

## IV. BÖLÜM

# ANAYASA MAHKEMESİ'NİN MAHKEME KAVRAMINI DAR YORUMLAMASINA YÖNELİK BAZI TESPİTLER

### 4.1. “Organik” Yaklaşım “Fonksiyonel” Yaklaşım Karşılaştırması

Anayasa Mahkemesi'nin yargı mercii kavramına “organik anlamda” yaklaşması, yapılan işin maddi anlamda bir yargılama işi olup olmadığını dikkate almaması, bu problemlerin ilk tartışıldığı dönemde üyeler arasında bile eleştiri konusu olmuştur. Örneğin, “*Haysiyet Divanı*” kararında karşıoy yazısı yazan sayın Hakkı Ketenoğlu'nun konuya yaklaşımı bugün için oldukça önem kazanmaktadır. Sayın Ketenoğlu oldukça başarılı bir şekilde, Haysiyet Divanı'nın bir mahkeme olduğunu şu gerekçe ile savunmaktadır.

“Avukatlık Kanununun 84 üncü maddesi disiplin Kurulunun İdare Meclisi olduğunu ve bu vazifeyi Disiplin Meclisi sıfatıyla yapacağını, 93 üncü maddesi, takibat icrasına karar verilen hallerde tetkikatın duruşma yapılarak icra olunacağını, 94 üncü maddesi, gelmeyen ve davete icabet etmeyen avukatın gıyabında duruşma yapılabileceğini, 95 ve 96 ncı maddeleri delillerin ne ölçüde ikame olunacağını Kurulca takdir edileceğini, 98 inci maddesi, duruşmada zabıt tutulacağını, naip marifetiyle veya istinabe yoluyla dinlenen şahitlerin ifadelerini müsbit zabıtların duruşmada okunmasının mecburi bulunduğunu, 99 uncu maddesi ise istinabe yolu ile alınacak ifadenin Sulh Hâkimleri vasıtasıyla zabtolunacağını, 100 üncü maddesi, şahit ve ehli hibrenin Müddeiumumilik vasıtasıyla çağırılıp davete icabet etmeyenlerin cezalandırılmalarının Sulh Hâkimlerinden istenebileceğini, şahit ve ehlihibrenin ihzar müzekkeresiyle ve zorla getirilebileceğini, 101 inci maddesi, Disiplin Meclisi Üyelerinin Ceza Muhakemeleri usulündeki sebeplere dayanarak reddolunabileceğini, 102 nci maddesi, Meclis kararlarının Adalet Bakanını temsil eden en kıdemli hâkime tebliğ edilip onun tarafından itiraz olunabileceğini

ve itiraz etmediği karar dosyalarını Adalet Bakanına göndereceğini, 109 uncu maddesi, Adalet Bakanının üç ay içinde kararın bozdurulması uğrunda Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı emir verebileceğini, 110 uncu maddesi de Haysiyet Divanının, biri ikinci Reis ve iki Temyiz Hâkimi ile 111 inci maddeye uygun şekilde barolardan seçilecek üç üyenin Temyiz Birinci Reisinin Riyasetinde toplanması suretiyle kurulacağını, diğer maddelerinde de Haysiyet Divanında bazı kararların Cumhuriyet Başmüddeiumumisi huzuru ile maznun ve müdafii de bulundurulacak yapılacağını ihtiva etmektedir, gerek Ceza Usullerinin her yönünden tatbik olunması ve gerekse Haysiyet Divanından dört üyenin Hâkimliğin en yüksek mevkilerini işgal eden şahıslardan bulunması sebebiyle Haysiyet Divanının kazai mercilerden bulunduğu aşikârdır. Üç üyenin meslekî kadro içinden seçilmiş olması kazai fonksiyonunu kabule mani teşkil etmez. Nitekim halen mahkemelerimiz arasında hâkim olmayan âza ile tamamlanan iş mahkemeleri mevcuttur.”

Yukarıdaki yaklaşımın temelinde, Haysiyet Divanının maddi anlamda bir yargılama yaptığı gerçeği yatmaktadır. Sayın Ketenoğlu'nun sorgu hakimlerinin mahkeme kavramı içerisine girdiklerine dair 1965/3 sayılı karara yazdığı “muhalefet şerhi”, mahkeme kavramına amaçsal, realist veya fonksiyonel yaklaşımın başka güzel bir örneğini oluşturmaktadır. Ketenoğlu'na göre;

“1- Ceza yargısında dâva genel olarak C. Savcıları tarafından Sorgu Hâkimliğine veya mahkemelere açılır.

2 - Yargı (Hüküm) için yargılama (Soruşturma ve tahkikat) zorunludur.

3- Yargılama (Soruşturma ve tahkikat) ceza dâvalarında ilk ve son tahkikat olmak üzere çoğunlukla iki derecede olur.

4- Yargılama, hükmün temeli ve dâvanın hallini sağlayan bir yargı işidir. Bu hâkim tarafından yapılır.

5- Mahkeme tabiri (Hükmün hazırlanması için çalışan ve yargılama icra eden) sorgu hâkimlerini de geniş anlamı ile içine alır. Nitekim yargılama görevlerinden bir veya bir kaçını yapan tek başına reis, naip hâkim, tahkikat hâkimi gibi yargılama işlerini yapanlarda mahkemenin birer unsurudurlar.

6- Sorgu hakimi açılmış olan davayı yargılamakta, tahkikatın gayesini gerçekleştirmek için bir takım kararlar verebileceği gibi dâvanın esasını ortadan kaldıran kararlar vermekte ve bu yönü ile yargı yetkisi ile mücehhez bulunmaktadır.

7- Hükmün verilmesi için adalet teşkilâtının şartlarına ve hâkimlik vasıflarına uygun şekilde soruşturma yaptığına ve hükmü hazırladığına nazaran baktığı dava dolayısı ile bir çok kanun maddelerini uygulama mevkiindedir.

8- Anayasamızın 151 inci maddesi (Dâvaya bakmakta olan mahkeme) tabirini kullanmakta ve ekseriyetin kabulünde olduğu gibi, hüküm veren mahkeme dememektedir. Sorgu hâkimliği de dâvaya bakan bir yargı teşkilâtıdır.

Bu sebeplerle sorgu hakiminin uygulama mevkiinde olduğu bir kanun maddesinin iptalini itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesine getirebileceği kanısındayım.”

Anayasa Mahkemesi'ne göre, uyuşmazlıkların çözümünde yapılan işin *kaza işi* olması önemli değildir; önemli olan bu merciinin bir mahkeme olmasıdır. Bize göre, bu yaklaşımın temeli 1876 Kanun-i Esasi'ye kadar uzanmaktadır. 1876 Anayasası'nın 83. maddesi “Herkes *huzuru mahkemede* hukukunu muhafaza için lüzum gördüğü vesaiti meşruayı istimal edebilir” diyerek mahkeme olgusuna vurgu yapmıştır. 1924 Anayasa'sının 59. maddesi; “Herkes *mahkeme huzurunda* hukukunu müdafaa için lüzum gördüğü meşru vesaiti istimalde serbesttir”. Her iki maddeden de görüleceği üzere 1961 öncesi hakların bir *mahkeme önünde*, aranması açık bir dille ifade edilmiştir. Ancak, 1961 ve 1982 Anayasalarında bu terminolojiden vazgeçilmiş ve “*bir yargı mercii*” tabiri kullanılmıştır. 1982 Anayasası'nın 36. maddesinin gerekçesinde bu ifade ile mahkemelerin mi kastedildiğini yoksa mahkeme niteliğinde olmayan organların mı anlatılmak istendiğini anlamak mümkün olmamaktadır. Aynı durum 1961 Anayasası'nın 31. maddesi için de geçerlidir.<sup>129</sup>

Bu kavramla neyin ifade edilmek istendiği 1961 Anayasası'nın 114. maddesinin 1971 değişikliğinden önceki haline ve maddenin gerekçesine bakıldığında daha iyi anlaşılacaktır: 114. maddenin ilk halinde yargı mercii terimi kullanılmıştır. Buna göre; “İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, *yargı mercilerinin* denetimi dışında bırakılamaz.” Burada kullanılan “yargı mercii” teriminin tercih edilmesi gerekçede şu şekilde açıklanmaktadır.

“Maddede (Kazai murakabe) terimi yerine (Yargı mercilerinin denetimi) deyiminin kullanılması, özel bir önem taşımaktadır.

<sup>129</sup> 1961 Anayasası'nın 1982'den tek farkı “Herkes, meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle...” ifadesinde yer alan “bütün” kelimesidir. 1982 Anayasası bunu gereksiz görerek kaldırmıştır.

Gerçekten her kazai murakabe, kaza organı tarafından yapılan bir murakabe demek değildir. Bir merciin kaza organı olarak vasıflandırılabilmesi için, kazai bir usul uygulamasından başka üyelerinin de bağımsız olması ve hakim statüsünde bulunması da şarttır. Memleketimizde idari kaza manzumesinde kaza ve vilayet idare heyetleri, vergi itiraz ve temyiz komisyonları, gümrük eksperler heyeti ve disiplin kurulları gibi tam kaza organı sayılmayacak merciler de mevcuttur. Bu organların kazai usuller içinde vazife görmeleri sevk edilen bu madde hükmüne göre yeter sayılmamıştır. Bu bakımdan kazai merci vasfında olmayan mercilerin kararlarına karşı, genel idare mahkemesi olarak kabul edilen ve üyeleri tam bir hakimlik statüsüne kavuşturulan [Danıştay'a ... ve idare mahkemelerine...] müracaat hakkı kanunlarla önlenemeyecektir.

Yeni yargı mercilerinin ortaya çıkması ihtimaline binanen mahkemelerin isimleri tek tek verilmemiştir. 1971 yılında Anayasa'da yapılan değişiklikle bu uygulamadan vazgeçilmiş ve "Yargı Denetimi" şeklinde olan başlık "Yargı Yoluna" dönüştürülerek "yargı mercii denetimi" ifadesi yerini "yargı yoluna" bırakmıştır. Görüldüğü üzere 1876 Anayasasından 1971 Anayasa değişikliklerine kadar olan aşamada, yargılamanın mutlaka bir "mahkeme" önünde yapılması gerektiği anlayışı, "kaza organı" teriminin terk edilmesine neden olmuştur.

Anayasa Mahkemesi de geçmişten beri süregelen ve anayasa yargısının dışında gelişen bu ayrımın etkisinde kalarak, her "kaza-i murakabe organı"nı "mahkeme" olarak kabul etmemiş; her "murakabeyi" de "yargılama" şeklinde anlamamıştır.

Örneğin, Anayasa Mahkemesi, önüne gelen "Haysiyet Divanı" davasında üç meslekten hakim ve üç avukattan oluşan Haysiyet Divanı'nın verdiği kararlarının aleyhine hiçbir yargı merciine başvurulmamasını öngören Avukatlık Kanununun 144. maddesini Anayasa'ya aykırı bulmuştur.<sup>130</sup> Ancak, Anayasa Mahkemesi, ilgili yasaya göre Baro İdare Meclisince verilen disiplin cezalarını<sup>131</sup> duruşmalı

<sup>130</sup> E.1963/75 K.1963/129, AMKD, 8, 311-315. Bu karara aşağıda da atıfta bulunmaktadır.

<sup>131</sup> 3499 sayılı eski Avukatlık Kanunu'nun 82. vd maddelerine göre avukatlık vakar ve şerefine uymıyan fiil ve harekette bulunanlarla meslekî faaliyette vazifelerini yapmayan veya vazife icâbı olan dürüstlüğe riayet etmeyen avukatlar hakkında - aynı zamanda Disiplin Meclisi vazifesini gören-Baro İdare Meclisince, uyarma ile meslekten çıkarma arasında değişen disiplin cezaları uygulanmaktaydı. Disiplin Meclisinin kararlarına karşı ilgili avukatın, Baronun bulunduğu yerdeki en yüksek

olarak inceleyen ve duruşmada hazır bulunan Cumhuriyet Başsavcısının mütalaasını alan Haysiyet Divanının disiplin itirazlarını incelemekle görevli diğer mercilerden ayrı bir özelliği olmasına rağmen, önemli olanın yapılan işin kazai nitelikte olması değil, kuruluş bakımından “yargı mercii” olarak kurulması olduğunu vurgulamıştır. Yüce Mahkeme kararında son mercinin bir mahkeme olması gerektiği üzerinde durmuş ve “aksi takdirde yargı denetiminin varlığından bahsedilemez” demiştir.<sup>132</sup> Anayasa Mahkemesi’ne göre;

“Yargı Yetkisi Türk Ulusu adına kullanılır. Kişilere her alanda tanınan (Yargı yoluna başvurma) hakkını memurlardan ve kamu görevlilerinden disiplin işlerinde esirgemenin sebebi yoktur. Avukatlık kanununa göre teşkil edilen Haysiyet Divanına hâkimlerin de katılmış olması bu konuda bir istisna yaratmayı icap ettirmez.

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

Anayasa’nın 114. ve 118 inci maddeleri, her türlü idarî eylem ve işlemlerin ve disiplin işlerinin yargı denetimine tabi olacağını kabul ederken bu denetimin, Anayasa’nın 7 nci maddesi uyarınca Türk Milleti adına bağımsız mahkemeler tarafından yapılmasını kastetmiştir. Mevzuatımıza göre bu nitelikteki tek merci Danıştay’dır. İlçe ve il Yönetim Kurullarının, Bakanlıklar Disiplin Komisyonlarının ve bunlara benzer sair mercilerle, hadisede olduğu gibi, Haysiyet Divanının kendi görevlerine giren konularda bazı idarî dâvaları ve itirazları inceleyip karara bağlamaları mümkün olmakla beraber, son merci Danıştay olmak gerekir. Aksi takdirde yargı denetiminin varlığından bahsedilemez. Bu itibarla, Haysiyet Divanı kararlarına karşı itiraz yolunun kapatılması Anayasa’nın 118 inci maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne aykırı bulunmaktadır.”

---

dereceli hâkimin ve Adalet Bakanının itiraz hakları vardı. İtiraz, Yargıtay Birinci Başkanının başkanlığında Üç Yargıtay Hâkimi ile üç avukattan kurulu Haysiyet Divanında tetkik olunmaktaydı.

<sup>132</sup> *İbid.*, AMKD, 8, 314.

Kanımızca, yukarıdaki örnekte üç Yargıtay üyesinin ve Cumhuriyet Başsavcısının varlığı ve sayın üye Hakkı Ketenoğlu'nun karşı oyunda değindiği diğer güvenceler, Haysiyet Divanının bir *tribunal* olarak kabulüne yeterli olmalıydı. Şayet durum aşağıda değinilen Kore Anayasa Mahkemesi örneğinde olduğu gibi olsaydı, o takdirde Anayasa Mahkemesi'ne katılmamak mümkün olmazdı..

Kore Barolar Birliği'ne bağlı Avukatlık Disiplin Komitesi, bir kadınla gayrimeşru bir hayat yaşadığı için mesleğin itibarını zedeleyen ve bağlı olduğu baroya ödemesi gerekli yıllık aidatı ödemeyen bir avukatı, 3 milyon won para cezasına çarptırmıştır. Bunun üzerine, bu avukat Adalet Bakanlığının Avukatlık Disiplin Komitesi'ne itiraz etmiş; ancak, Bakanlık Disiplin Komitesi yapılan başvuruyu inceledikten sonra reddetmiştir. Bunun üzerine, Avukat, Seul İdare Mahkemesine başvurarak verilen disiplin cezasının temyizen incelenmesini istemiştir. Uygulayacağı kuralı anayasaya aykırı bulan İdare Mahkemesi'nin Kore Anayasa Mahkemesi'ne başvurması üzerine, Anayasa Mahkemesi, karara itiraz eden avukatın itirazını, maddi gerçekleri bulmakla görevli bir hakim tarafından temyizen incelenmediği gerekçesiyle, iptale konu olan hükmü Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Kore Anayasa Mahkemesi, idari bir işlemin bir idare mahkemesi veya bir Yüksek Mahkeme gibi esası incelemekle görevli bir mahkeme (fact-finding court) tarafından incelenmesi gerektiğine karar vermiştir. Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulan Avukatlık Disiplin Komitesi'nin yaptığı incelemenin idari kararın kanun ve tüzüklere uygunluğunu denetlemekle sınırlı olması, Kore Anayasası'nın 27(1). Maddesinde yer alan bir hakim önünde adil yargılanma hakkına aykırı bulunmuştur. Mahkemeye göre, hakimin atanması hem esas hem de usul yönünden yasayla öngörülmesi ve yasalar bu hakimin bağımsızlık ve tarafsızlığını güvenceye almalıdır. Bu tür bir hakim tarafından yapılan bir yargılama adil yargılamanın güvencesidir. Adil yargılanma hakkı odur ki, hakim bu yargılamada gerçekleri tespit etsin, yasaların yorum ve uygulanmasını somut olayın gerçeklerine aktarabilsin. Bu nedenle Kore Anayasa Mahkemesi, Kore Barolar Birliği'nin Avukatlık Disiplin Komitesi'nin verdiği kararın temyiz edilememesini bir hakim tarafından yargılanma hakkına aykırı bulmuştur.<sup>133</sup>

---

<sup>133</sup> Attorney Disciplinary Procedure case, (12-1 KCCR 753, 99Hun-Ka9, June 29, 2000) (Professor Park KYUNG-SİN (çev)), Decisions of the Korean Constitutional Court (2000). <http://www.court.go.kr/english/decision01.htm>

Kore Anayasa Mahkemesi, anılan kararında sadece avukatların durumuna değinmekle kalmayarak, aynı zamanda şöyle demiştir:

“Doktorlar, yeminli muhasebeciler, vergi danışmanları, mimarlar ve diğer meslek erbabı kendileri hakkında verilen disiplin cezalarının iptali amacıyla İdare Mahkemesine veya Üst Mahkemeye başvurabilirler. Avukatlık serbest bir meslek olabilir, ancak, bir hakim tarafından esasın incelenmesi hakkı verilmeksizin, disiplin cezası alan kişinin Anayasa Mahkemesi’ne doğrudan başvurmasını istemek makul olmayan bir ayrımcılıktır”.<sup>134</sup>

Bu karardan görüleceği üzere, Kore Anayasa Mahkemesi disiplin komitesinin bir mahkeme olup olmadığını tartışmamış; temyiz aşamasında olayın maddi gerçeklerinin araştırılıp araştırılmadığına bakmıştır.

Aslında, Anayasa Mahkemesi, amaçsal yorumu itiraz yoluyla kendisine gelmesinden sonra davanın bir şekilde ortadan kalkması durumunda, inceleme yapmaya devam ederek göstermektedir.<sup>135</sup> Çünkü burada önemli olan bakılmakta olan bir davanın olması değil, Anayasa’ya aykırılık olup olmamasıdır. Anayasa Mahkemesi’nin bu konudaki yaklaşımı doğru olmakla birlikte, bir merciin mahkeme olup olmadığı ve mahkeme ise görevli olup olmamasını incelerken yaptığı sıkı denetim eleştirilmektedir. Ergun Özbudun’un “görevli mahkeme” kriterini anlatırken eleştirdiği gibi;

“Bizce, Anayasa Mahkemesi’nin ... izlediği düşünce, davanın ortadan kalkması halinde itirazı incelemeye devam etmesindeki mantıkla bağdaşmamaktadır. Şöyle ki, eğer Anayasa’ya aykırılık iddiasında nihai amaç Anayasa’ya aykırı kuralların ayıklanması ise, itirazın gerçekten görevli olan mahkeme tarafından yapılmış olup olmamasının önemi yoktur.”<sup>136</sup>

<sup>134</sup> *İbid.*: Bu kararın ardından, Kore Adalet Bakanlığı Avukatlık Yasasını, iptal gerekçesi yönünde değiştirmek amacıyla Kasım 2000 tarihinde bir yasa değişikliği teklifi önerdi.

<sup>135</sup> E.1963/16, K.1963/83, 8.4.1963, AMKD, 1, 194-210, 196-197, “...“Bir davaya uygulanacak bir kanun hükmünün mevcudiyeti” şartı ancak iptidaen aranacak bir şart olup intihæen bu şartın devamını aramaya yer olmamak lâzım gelir”: E.1966/31, K.1967/45, 18.2.1967, AMKD, 5, 246-249.

<sup>136</sup> Özbudun, görevli mahkeme kriterinin tespitinin Anayasa Mahkemesi’nin değil uyuşmazlık mahkemesinin işi olduğunu söylemekte, Anayasa Mahkemesinin sadece davaya bakan mahkeme olup olmadığını tespiti ile yetinmesi gerektiğini;

Bugün, Anayasa'nın 152. maddesi anlamında "mahkeme" kavramını yorumlarken, geçmişteki tarihsel yorumdan farklı olarak, yapılan işin bir "kaza faaliyeti" olup olmadığına dikkat edilmeli; bu organın organik anlamda nasıl ve kimlerden kurulu olduğundan çok, bu organda bulunan kişilerin kaynağını yasadan aldıkları yargılama usul ve güvencelerine sahip bir yargılama sürecini, bağımsız ve tarafsız kimlikleri ile yapıp yapmadıkları üzerinde durulmalıdır. Önemli olan yargı mercilerinin (tribunal'ların) verdikleri kararların en son aşamada esastan bir temyiz mahkemesi tarafından temyizen incelenip incelenmemesidir.

## 4.2. Anayasa Mahkemesi'nin İşyükünün Mahkeme Kavramının "Dar Yorumlanmasına" Etkisi

Anayasa Mahkemesi, 1960'lı yıllarda Anayasa'nın 152. maddesinde geçen "mahkeme" terimini niçin dar olarak yorumlamış olabilir? Bu sorunun cevabını Sayın Üye Muhittin Gürün'ün bir karşıoy yazısında bulduğumuzu sanıyoruz. Sayın Gürün, hakem mahkemesinin görevlendirildiği durumlarda, hukuk mahkemelerinden gelen başvuruları gayri ciddi bulmakta ve şöyle demektedir.

"Kişileri, Anayasaya aykırı kanunların uygulanmasından koruyarak Anayasa Güvencesi altına almak ve Anayasanın üstünlüğünü sağlamak amacıyla kurulmuş bulunan ve kişi yaşantısında pek ciddi ve önemli yeri olan Anayasa Denetimi" müessesenin, danışıklı ve yapma olarak oluşturulması hiçte güç olmayan, şeklen dâva biçimi verilmiş istemlerle gayri ciddi bir yola ve niteliğe dönüştürülmesi olanağına yer verilmiş olur"<sup>137</sup>

Kanımızca bu yaklaşım, Anayasa Mahkemesi tarihinin ilk on yılında açık olarak dile getirilmese de birçok üyenin aklında olan bir kaygıydı. Anayasa Mahkemesi ilk kuruluş yıllarında nasıl bir dava yükü altına gireceğini bilmediği için, ilk başta mahkeme kavramını dar yorumlayarak, kendisine gelecek başvuruların sınırlandırılmasını istemiş olabilir.

Nitekim, Ankara Siyasal Bilimler Fakültesinin hazırladığı 1961 Anayasa Tasarısında, bireysel başvurunun kabul edilmemesinin ve

---

mahkemenin görevli olup olmadığını araştırmaması gerektiğini ileri sürmektedir, 400.

<sup>137</sup> E.1972/19, K.1972-47, AMKD, 10, 520-528, Karşıoy yazısından, 528.



başvurunun “defi” yoluyla sınırlanmasının nedeninin, Anayasa Mahkemesi’nin işyükünün arttırılmaması olduğu açıkça ifade edilmiştir.<sup>138</sup> SBF Tasarısına göre;

“Anayasa Mahkemesi’ne bazı memleketlerde olduğu gibi hemen her anayasa ihtilafı için müracaat edilmesine yol açan şümulü bir sisteme gitmeyi doğru bulmadık. Grupların ve şahısların müracaatlarını çok mahdut hallere inhisar ettirmeyi ve kanunların anayasaya aykırılığı meselesini de ancak “defi” yoluna ve ilgili yargı mercii tarafından bu defin varit görülmesi haline hasretmeyi uygun gördük. Aksi halde anayasa mahkemesinin 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.”

Kanımızca, Anayasa Mahkemesi yapılacak her türlü başvuruyu ele aldığı takdirde, yoğun bir iş yükü altına gireceğini düşünmüş ve bu nedenle mahkeme kavramını dar yorumlamıştır. Halbuki, “mahkeme” gibi sınırları Anayasada gösterilmemiş bir kavramın yorumlanmasında, normal mahkemeler önünde uygulanması mümkün olmayan hükümlerin denetlenmesi yatmalıydı.

1960’lı yılların başında, bireylerin başvurusuna bile teorik olarak olumlu yaklaşılmaktaydı.<sup>139</sup> Ancak, haklı gerekçelerle bireysel başvurunun o dönem Türkiye için erken bir düşünce olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak, bu dönem Anayasa Mahkemesi’nin , yargılama yapan veya uyuşmazlığı çözen makamın niteliğine bakmaksızın, organik anlamda mahkeme niteliği taşımayan her türlü yargı mercisinin başvurusunu mahkeme olmadığı için reddetmesi, Anayasaya aykırı hükümlerin mevzuatta kalması sonucuna yol açmaktadır.

Geçmişte duyulan “aşırı işyükü” korkusunun, bugün için geçerli olmadığı düşünülmektedir. Özellikle, 2005 yılında şekillenmesi beklenen yeni Anayasa Mahkemesi modelinde bireysel başvuru hakkı getirilmek istenmektedir. Bireylerin belirli şartları gerçekleştirdiği takdirde yaptığı bir başvuruyu dikkate alacak bir Anayasa Mahkemesi’nin, bireylerin haklarını verdikleri kesin hükümlerle sınırlandıran yargısal görevlerle

<sup>138</sup> Ankara Üniversitesi. Siyasal Bilgiler Fakültesi, *İdari İlimler Enstitüsü’nün Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkındaki Görüşü*, Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1960, 86.

<sup>139</sup> Bu konuda 1961 Anayasasının konuyla ilgili maddelerinin Temsilciler Meclisindeki görüşme kayıtlarına bakınız. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, B. 50-60, cilt 4, 1961.

donatılmış mercilerini, sırf klasik şablon içerisine oturmadıkları gerekçesiyle Anayasa'nın 152. maddesi anlamında mahkeme olmadıklarını ileri sürmesinin doğru olmadığı düşünülmektedir.

Farklı bir şekilde ifade etmek gerekirse, asli kurucu iktidar, 1961 Anayasasına “bireysel başvuruyu” almazken, teknik anlamda, böyle bir başvurunun genel sistemle bağdaşmadığını düşünmemiş; sadece, Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü arttırmak istememiştir. Buradan hareketle denebilir ki, kuramsal olarak bireylerin başvurmasına karşı çıkmayan bir düşünce tarzı, somut bir uyuşmazlıkta davaya bakmakta olan hakem mahkemesi gibi “tribunal”ları Anayasa Mahkemesi'ne başvurmadan hariç tutmuş olamaz. Eğer önemli olan, ister bireyler isterse mahkemeler kanalıyla getirilmiş olsun, yasalarda Anayasa'ya aykırı hükümlerin temizlenmesi ise, bu takdirde bu tür bir başvurunun kimin tarafından yapıldığının çok önem taşımaması gerekir.

### **4.3. “Mahkeme” Kavramının Yorumlanmasında Anayasa Yargısının *Sui Generis* Niteliği**

Takdir edileceği üzere, her disiplinin kendisine has bir terminolojisi vardır. Örneğin, “sözleşme” ve “antlaşma” kavramları devletler umumi hukukunda ve borçlar hukukunda farklı anlamlara gelmektedir. Veya “kıyas” kavramı medeni hukukta farklı, ceza hukukunda farklı yorumlanmaktadır. Bir başka çarpıcı örnek, anayasa yargısının içinde saklıdır.

Türk doktrininde Anayasaya aykırılığın mahkemelerde ileri sürülmesi “def'i-itiraz” (*exceptio*) olarak adlandırmaktadır.<sup>140</sup> Burada kullanılan “def'i-itiraz”, özel hukukta kullanılan “def'i-itiraz”dan farklıdır.<sup>141</sup> Çünkü, Anayasa yargısında görülmekte olan bir davada sadece tarafların aykırılığı ileri sürmesi (def'i) olup, bu kavram, davaya bakan hakimin (*judge a quo*) re'sen Anayasa Mahkemesi'ne başvurmasını da kapsayacak şekilde geniş kullanılmaktadır. Özel hukukta, “itiraz” konusu

<sup>140</sup> 1961 Anayasasının 151. maddesinin özgün halinin gerekçesinde *exceptio* itirazın karşılığı olarak kullanılmıştır, ancak Meclis görüşmelerinde üyeler def'i terimini kullanmışlardır.

<sup>141</sup> Özel hukukta, davacının ileri sürdüğü olay ve dava konusuna (örneğin zamanaşımı def'i). Karşı çıkılmamakta, fakat bu savı çürütecek karşı nedenler ileri sürülmektedir. İtiraz ise, davacının ileri sürdüğü olaylara karşı (örn. hak düşürücü süre) davalının karşı olaylar ileri sürerek hakkın mevcut olmadığını ileri sürmesidir. Bknz. ARMAĞAN, a.g.e., 74.

olan bir olay hakim tarafından re'sen dikkate alınır. Halbuki, anayasa yargısında davaya bakmakta olan hakim, görülmekte olan davada, Anayasaya aykırılığı sadece kendisi re'sen getirmemekte, taraflardan birisinin anayasaya aykırılık savını ciddi bulursa, karşı tarafın görüşünü aldıktan sonra göndermektedir. Bu terimlerin çift fonksiyonlu niteliğine karşın, özel hukukta her bir terimin ifade ettiği anlam özgündür. Armağan'ın dediği gibi "...kanaatimizce, Amme Hukukunda bu terimlerin ifade ettiği mânâyı tâyin için, hususi hukuka başvurmaya hacet yoktur".<sup>142</sup> Bu nedenle, def'i ve itiraz anayasa yargısında birbirleri yerine kullanılmaktadır.

Bir kavramın iki anlam yüklenebileceği gerçeği karşısında, Anayasa Mahkemesi'nin "66. Mekanize Tümen Komutanlığı nezdinde kurulu disiplin mahkemesi"nden gelen başvurunun gerekçeli kararında ifade ettiği şu cümleler eleştiriye açıktır.<sup>143</sup>

"«Mahkeme» deyimini Anayasa'nın bir takım maddelerinde geçer. 7., 132., 133., 134., 135., 151. maddelerde olduğu gibi. Anayasa koyucunun, «mahkeme» deyimini değişik maddelerde değişik anlamlarda ve özellikle «mahkeme» kavramının yerleşmiş hukukî niteliği dışına çıkartarak kullandığı, söz gelimi 151. maddesinde ki «mahkeme» deyimiyile, «138.» maddesindeki «mahkeme» deyiminin ayrı ayrı terimler olabileceği düşünülemez..."<sup>144</sup>

Bu yaklaşımın doğru olmadığı şu şekilde gösterilebilir. Örneğin, 1982 Anayasasında "kamu hizmeti" terimi, 33, 47, 70, 71, 76, 121/2, 126, 127, 128, 132, 137/1 ve 146/2. maddelerde yer almaktadır. Ancak kullanıldığı her yerde aynı anlam ve kapsama sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Anayasa farklı maddelerde yer verdiği kamu hizmeti terimini tanımlamamıştır. Bu terim, Anayasada kimi zaman yapılan işin sadece organik yönüne ağırlık veren (örn. Madde 70), kimi zaman da faaliyet yönüne ağırlık veren (örn. madde 126) anlamlarda kullanılmıştır. Anayasa Mahkemesi, kararlarında kamu hizmetini geniş yorumlayarak doğru bir yaklaşım içerisine girmiştir.

"Kanun" kavramı Anayasa'nın her yerinde aynı anlamda kullanılmamıştır. Anayasa'nın 137. maddesinin başlığında yer alan "Kanunsuz emir"de kanun mevzuat anlamında kullanılırken, Anayasa'nın bir çok yerinde (örn. 138. madde) organik ve şekli

<sup>142</sup> *İbid.*

<sup>143</sup> E.1970/6, K.1970/29, AMKD, 8, 288-312, 291.

<sup>144</sup> Avni Givda, bu görüşü karşıoy yazısında eleştirmektedir. Bknz. *İbid.*, 303.

anlamda yasama tasarrufu anlamında kullanılmıştır. Anayasa Mahkemesi de, kararlarında kanun kavramını geniş yorumlamıştır.

Anayasa Mahkemesi, ilk yıllarında “mahkeme” kavramını geniş yorumlayarak sadece anayasa yargısına uygun özel bir elbise dikebilirdi. Ancak, anlaşıldığı kadarıyla, usul hukukunda hakim olan anlayış çerçevesinde, sadece organik sınıflandırmaya bağlı kalarak yorum yapmış, yapılan yargılamanın fonksiyonel yönünü göz ardı etmiştir. Ancak, bilindiği üzere, bazı kavramlar farklı hukuk disiplinlerinde farklı anlamlara gelmektedirler. Bir idare hukukçusunun “yasallık” ilkesine bakışı da, bir ceza yargıcınıninki gibi değildir.<sup>145</sup> Kanımızca, anayasa yargısında, mahkeme kavramının o dönem içerisinde bir yasayla verilmiş bir yargılama işini yapan bağımsız ve tarafsız üyelerden kurulu bir “yargı mercii” olarak anlaşılması anayasa yargısının ruhuna uygun düşerdi.

Anayasa Mahkemesi, “mahkeme” kavramını yorumlarken, anayasa yargısının özel ihtiyaç ve amacını düşünerek kavrama farklı bir içerik kazandırabilirdi. Anayasa Mahkemesi’nin bu kavramı dar yorumlaması, anayasaya aykırı hükümlerin Türk pozitif hukukundan silinmesi açısından olumlu olmamıştır. Örneğin, 1963/43 sayılı kararda Anayasa Mahkemesi, Yüksek Dereceli Hukuk Hakiminin yaptığı başvuruyu reddederken, iptali istenen maddenin gerçekten Anayasa’ya aykırı olup olmadığını dikkate almamıştır. Olayda, İstanbul Belediyesinin parasını ödeyerek kamulaştırdığı Mısır Çarşısı’nın Vakıflar Genel Müdürlüğü adına tescilinin Anayasa’nın koruduğu mülkiyet hakkına aykırılığından bahsedilmektedir. Deyim yerinde ise, ortada bir nevi kamulaştırmaz elatma olmasına rağmen işin esasına girilememiştir. Aynı şekilde, 1969/29 sayılı kararda, Anayasa Mahkemesi, Yüksek Dereceli Hukuk Hakimi’nin verdiği kararlar aleyhine yargı yolunu kapatan yasa hükmünün (3533 sayılı Kanun, m.6) olaya uygulanacak kural olmadığını söyleyerek, hem Pertek Sulh Hukuk Mahkemesi’nin istemini sınırlandırarak incelemiş, hem de tarafların bu savı def’i yoluyla “Hakem sıfatıyla davaya bakan hakim” önünde ileri sürerek Anayasa Mahkemesi önüne getirme imkanını ortadan kaldırmıştır. Bunun sonucunda, söz konusu 6. maddenin anayasal denetimini çift taraflı kısıkaca almıştır. Böylece, Anayasa Mahkemesi, Geçici 15. maddesinin mülga son fıkrasında yer alan hükme benzer bir dokunulmazlık duvarı

<sup>145</sup> Bknz. Yücel OĞURLU, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Seçkin yayınları, Ankara, 2000, 58.

oluşturmuştur. Böyle bir yorum tarzının, anayasa yargısının ruhu ve dinamikleri ile bağdaşmadığı düşünülmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin ilk on yılında görev yapan üyelerin Anayasa yargısını nevi şahsına münhasır bir disiplin olarak yorumlama şansları vardı. İlk dönem yargıçları, anayasa yargısına ait ilkeleri anayasa yargısının temel amacı doğrultusunda farklı yorumlayabilirdi. Örneğin, yürütmenin durdurulması kavramını idari yargıdaki gibi anlama yerine, anayasa yargısına özgü bir "yürürlüğün durdurulması" kavramı geliştirebilirlerdi<sup>146</sup> Halbuki, 20. Yüzyılın ortalarında, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin yorum konusundaki yaklaşımı Türk Anayasa Mahkemesi'nden farklı olmuştur. 1930 yılında Amerikan Devletleri Başyargıcı olan Charles Evans Hughes'ın şu ifadesine çok sık atıfta bulunmaktadır: "Anayasa, yargıçların dediği şeydir."<sup>147</sup> 1958 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Cooper vs. Aaron* davasında "Anayasa'nın VI. maddesi, Anayasayı 'ülkenin yüksek kanunu' kılmaktadır. Yasanın ne olduğunu söylemek kesin olarak yargının alanı ve görevidir. Bu Mahkeme tarafından açıklanan (Anayasa'nın) yorumu ... ülkenin yüksek yasasıdır"<sup>148</sup> diyerek anayasayı yorum tekelinin kendisinde olduğunu çok cesur bir şekilde ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 1960'larda "mahkeme" kavramını yorumlarken, Anayasa'ya aykırı hükümlerin mevzuattan temizlenmesi amacından hareket ederek, mahkeme kavramına HUMK ve CMUK'da yer aldığından daha farklı bir anlam verebilirdi. Başka bir anlatımla, Türk anayasa yargısının temelleri atılırken, diğer usul hukuku dallarının mahkeme kavramını nasıl yorumladığı gözardı edilebilirdi. Böyle bir yorumu yapmaya ilk dönem yargıçlarının hem yetkisi, hem de gücü

<sup>146</sup> E.1963/162, K.1964/19, AMKD, 2., 88-94.: Karş. İl Han Özay, "Yeni Bir Düzendeki Anayasa Mahkemesinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri ile Yargılama Usulleri", Anayasa Yargısı, 12, 45-50, 48. Anayasa Mahkemesi bunu ancak kuruluşunun 30. yılını geride bıraktığında gerçekleştirmiştir. E.1993/33, K.1993/40-42, AMKD, 29/1, 563-604.

<sup>147</sup> "The Constitution is what the judges say it is". Alınan kaynak: Cal THOMAS, "The Battle for the Constitution" 24 June 2003, <http://www.townhall.com/columnists/calthomas/ct20030624.shtml>. Yazarın görüşü için karşılaştırm. Ayrıca bknz. İl Han ÖZAY, "Yargının Sorunlarına Yaklaşımında Bir Örnek Olarak Geçmiş ve Geleceğiyle «İtalyan Anayasa Mahkemesi»", Anayasa Yargısı, 6, 1989, 215-232, 217.

<sup>148</sup> "Article VI of the Constitution makes the Constitution the 'supreme law of the land' .. It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is .. It follows that the interpretation of the (Constitution) enunciated by this Court is the supreme law of the land .." (Alınan Kaynak: Cal Thomas, *ibid.*)

vardı. Ancak, onlar tekellerinde olan bu gücü o dönem kullanmak istemeyerek kendilerini sınırlandırmışlardır.

#### 4.4. Anayasa Mahkemesi'nin Mahkeme Kavramına Değişken Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi ilk dönem Anayasa'nın bazı metinlerini lafzi olarak yorumlamış, bazılarını ise geniş olarak yorumlamış; bazı yorumlarında zaman içerisinde tavrı değiştirmiştir.<sup>149</sup> Aşağıdaki örneklerden de görüleceği üzere, Anayasa Mahkemesi'nin mahkeme kavramına ilk dönem yaklaşımı istikrarlı olmamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin Yargıtay ve Danıştay'a mahkeme olarak bakışı bu konudaki genel yaklaşımına uygun düşmemektedir. Şöyle ki, eğer mahkeme kavramı dar olarak yorumlanacak olursa bu tanım içerisinde Yargıtay ve Danıştay'ın girmemesi lazım gelir. Çünkü, Yargıtay, kural olarak, davanın esası hakkında karar vermek için yargılama yaparak kesin nitelikli bir karar veremez, sadece dava mahkemeleri tarafından verilen kararların Türk pozitif hukukuna uygunluğunu denetler. Bu mahkemeler kararı bozduğu takdirde, işin esasına girerek karar veremeyeceği için, dar anlamda, davaya bakmamaktadır. Yalnızca CMUK'un 322. maddesinde sayılan durumlarda davanın esasına hükmedebileceği için, duruşmalı bir şekilde yaptığı yargılamada kendisi davaya bakan mahkeme sıfatı ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir veya yapılan aykırılık itirazını ciddi görürse, Anayasa Mahkemesi'ne iletebilir. Aynı şey Danıştay için de geçerlidir. Danıştay, sadece Danıştay Kanununun 85. maddesinde yer alan gerekçelerle davaya bakan mahkeme sıfatı kazandığı halde, diğer bir deyişle, diğer durumlarda sadece uygunluk denetimi yaptığı halde, Anayasa Mahkemesi bu Yüksek Mahkemelere yaklaşımında "geniş yorumu" tercih etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 1967 tarihli bir kararında "mahkeme"yi, "yargılamayı yapan ve uyuşmazlığı kesin olarak çözümleyen organ"<sup>150</sup>

<sup>149</sup> Anayasa Mahkemesi, 1960'lı yıllarda verdiği kararlarda "kanunilik ilkesini" de esnek yorumlamıştır. Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde Yüce Mahkeme'nin genelde suçta ve cezada kanunilik ilkesine ılımlı yaklaştığı; bu ilkeyi geniş yorumla ele aldığı söylenebilir. Anayasa Mahkemesi'nin Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun, Türk Parasının Kıymetinin Korunması Kanunu ve TCK'nun 526. Maddeleri ile ilgili kararları buna örnek olarak gösterilebilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin kanunilik ilkesini dar yorumladığı kararları da vardır.

<sup>150</sup> E.1967/4, K.1967/5, R.G. 2.12.1967, 12766 (Yayımlanmamıştır)

olarak nitelendirirken, kuşkusuz Yargıtay bu şablon içerisinde oturmuyordu. Anayasa Mahkemesi'nin Yargıtay'ı mahkeme olarak değerlendirirken kullandığı kriter ve gerekçe hem mahkeme kavramının tanımının bir olaydan diğerine değiştiğini göstermekte; hem de Yargıtay için kullandığı gerekçe, Anayasa Mahkemesi'ni de "mahkeme" konumuna sokmaktadır. Söz konusu karara göre "Bir ceza karar veya hükmünün incelenmesi sırasında Yargıtay'ın esas görevi geçerli bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması sonucu ortaya çıkan kanuna aykırılığın çözülmesi olduğuna göre, ... inceleme sonunda Yargıtay'ca verilecek karar, sadece yeni uyuşmazlığı çözmekle kalmayacak, bu yolda davanın kapsadığı asıl uyuşmazlığın esasını dahi etkileyecektir. Bundan ötürü, Yargıtay, temyiz yoluna başvurulmuş bir ceza davasının belli bir evresinde, yani temyiz incelemesi sırasında bakmakta olan bir mahkeme durumuna girmektedir."<sup>151</sup>

Bu gerekçeden çıkan sonuç şudur ki, Yargıtay'ın yaptığı uygunluk denetimi aslında Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı uygunluk denetiminden farklı değildir. Nasıl Yargıtay'ın verdiği kararın uyuşmazlığın esasını etkilemesi söz konusu ise, aynı şekilde, bekletici mesele yapılarak Anayasa Mahkemesi önüne getirilmiş bir uyuşmazlıkta, Anayasa Mahkemesi'nin vereceği karar tıpkı Yargıtay'ın vereceği karar gibi uyuşmazlığın esasını etkileyecektir. Yargıtay'ın verdiği karar bir İçtihadı Birleştirme Kararı olmadığı sürece sadece tarafları bağlamasına karşın (*inter partes*) Anayasa Mahkemesi'nin vereceği karar, aynı konuda görülmekte olan bütün davaları etkileyecektir (*erga omnes* etki ilkesi). Bu nedenle, *a fortiori* (evleviyet) ilkesi gereğince, Anayasa Mahkemesi'ne bekletici mesele yoluyla gelen bir dava henüz sonuçlanmadığından, başvuran mahkeme tarafından uygulanmakta olan bir yasa hükmü, Anayasa Mahkemesini de dolaylı olarak "davaya bakan mahkeme" konumuna sokmaktadır. Bu açıdan, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay arasında "yüksek mahkeme" sıfatı açısından hiçbir fark bulunmamaktadır. Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi'nin kendisi de, Yargıtay ve Danıştay gibi "uygunluk denetimi" yapmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi, kendi yetkisini dar olarak yorumlamayı tercih etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, geliştirdiği mahkeme formüllerini uygularken geçmişte farklı sonuçlara varabilmiştir. Örneğin, bir kararında Sayıştay'ı

---

<sup>151</sup> E.1971/17, K.1971/58, AMKD, 9, 544.

mahkeme olarak kabul ederken,<sup>152</sup> daha sonra bu görüşünü değiştirmiştir.<sup>153</sup> Aynı şeyi Yüksek Seçim Kurulu için de söylemek mümkündür. 1969 tarihli bir kararında, Kurul'un bir yüksek yargı organı olduğunu, kararlarının kesin nitelikte olduğunu ileri sürerken Yüksek Seçim Kurulu'nun mahkeme sayıldığını kabul etmiş gözüktürken,<sup>154</sup> daha sonra verdiği bir kararında klasik şablona oturmadığı için İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının başvurusunu mahkeme olmadığı için kabul etmemekle birlikte<sup>155</sup> yaptığı işi yargısal olarak kabul etmiştir.<sup>156</sup> Bu durumda, bağımsız mahkemelerce kullanılmayan bir yargı yetkisinin Anayasa'nın 9. maddesine aykırı olup olmayacağı da açık bir soru olarak kalmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin istikrarlı davranmadığı diğer bir örnek, disiplin mahkemeleri ile ilgili 1970/29 sayılı karardır. Bu kararında, Anayasa Mahkemesi disiplin mahkemelerini "davaya bakan mahkeme" olarak kabul etmiştir. 30 Mayıs 1967 tarihli kararında "hakim niteliğindeki kişilerden kurulu" olmasını mahkemenin tanımı için gerekli görürken, üç yıl sonra verdiği bir kararda disiplin mahkemesinin kompozisyonunu dikkate almamıştır. Bu davada bazı üyeler karşıoy yazısı yazmışlardır. Örneğin, Lütfi Ömerbaş şöyle demektedir:

"Bu mahkemelerde görev alanlar hâkim niteliğinde olmayan subay ve astsubaylardır. Disiplin mahkemesi başkan ve üyelerini komutan veya askerî kurul âmiri seçer. Bunların toplanmaları da

<sup>152</sup> E.1967/13, K.1969/5, AMKD, 7, 165-172: E.1967/19, K.1969/6, AMKD, 7, 208-210 (ESEN, a.g.e., 76).

<sup>153</sup> E.1972/56, K.1973/11, AMKD, 11,139 (*ibid.*).

<sup>154</sup> E.1967/13, K. 1969/5, AMKD, 7, 170 (*ibid.*, 78).

<sup>155</sup> E.1992/12, K. 1992/7, AMKD, 28/1, 139-140.: Anayasa Mahkemesi'ne göre, başta Yüksek Seçim Kurulu olmak üzere seçim kurulları, Anayasa'nın "yargı" bölümünde yer almadıkları gibi yargı organlarının sahip olması gerekli olan, karar organlarının yargıçlardan oluşması, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları çözmekle görevli olması, Anayasa'da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması biçimindeki anayasal niteliklerin tümüne sahip değildir. Mahkeme, bu gerekçeyle itirazda bulunan İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'nın başvurusunu reddetmiştir.

<sup>156</sup> Anayasa Mahkemesi'nin, Yüksek Seçim Kurulu'yla diğer seçim kurullarının mahkeme sayılamayacağı sonucuna vardığı 1992 tarihli kararına karşı oy yazan üyeler "yargı organı", "yargı mercii", "mahkeme", "hakim" ya da aynı anlamda kullanılmış başka bir sözcüğe bakmadan bunların işlevleri üzerinde durarak sonuca varmak gerektiğini ve bu doğrultuda, Yüksek Seçim Kurulu ile seçimlerde görevli yargıçların, seçimle ilgili uyuşmazlıkların çözümünde yaptıkları görevin yargısal olduğunu dile getirmişlerdir. E.1992/12, K.1992/7, AMKD, 28/1, 141-142.



komutanın veya askerî kurul âmirinin isteğine ve davranışına bağlıdır. Çünkü komutun, disiplin mahkemesini toplatmaksızın, disiplin suçlusunun cezasını doğrudan doğruya tayin ve tatbik etmek yetkisine sahiptir.

Bu durumdaki bir kuruluşu, Anayasa'da "mahkeme" adı verilmesine bakarak, öteki mahkemelerle bir tutmaya yer yoktur. Kuruluş biçimleri işlerin nitelikleri ve tüm kararlarına karşı Yargıtay'a başvurma yolunun kapalı olması gözönünde tutulursa, bunları "mahkeme" değil, disiplin kurulu saymak daha doğru olur..."

Celâlettin Kuralmen, müstakil karşıoy yazısında;

"İddianame ile disiplin Mahkemesine dava açılmış olduğu halde; Mahkemenin yargı yetkisini, itiraz konusu maddede öngörüldüğü üzere ancak nezdinde bulunduğu komutan veya kurum âmirinin emriyle kullanabilmesi Anayasa'nın yukarıda sözü edilen "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesine açıkça aykırı düşmektedir"

derken, Anayasa Mahkemesi'nin bu haklı eleştiri karşısında daha önce koyduğu bağımsızlık kriterini gözardı ettiği görülmektedir.

Avni Givda ise karşıoy yazısında çok önemli birkaç noktaya temas etmektedir: Bunlardan ilkinde;

"disiplin mahkemesi, teminatlı olmayan ve hâkim niteliğinde bulunmayan kimselerden oluşmuş, bir komutanlığa veya askerî kurum amirliğine bağlı, karar ve hükümlerinin tümüne temyiz yolu kapalı bir kuruldur. Yalnız asker kişilerin disiplin suçlarına ilişkin davalara bakar... Bütün bu özellikleri ve ayrılıkları bir yana bırakarak ve sırf adında "mahkeme" sözcüğünün bulunduğu bakar[ak] bu kurulu Anayasanın 151. maddesinde öngörülen «mahkeme» kavramı ve kapsamı içinde görmek kolay bir yapılmaya yol açar."<sup>157</sup>

derken Anayasa Mahkemesi'nin daha önce aradığı, "Onaya bağlı karar verme, kararlarının esas yönünden itiraz edilebilir olması" kriterinin nasıl göz ardı edildiğini, gözler önüne sermektedir.

Avni Givda'nın şu söyledikleri de, çoğunlukta kalan üyelerin 151. maddeyi nasıl ikiye bölerek okuduklarını göstermektedir:

"Konu incelenirken Anayasa'nın 151. maddesinin ikinci fıkrası üzerinde de önemle durulmak gerekir. Bu fıkra, bir davaya bakmakta bulunan mahkeme uygulanacak kanun hükümlerine

---

<sup>157</sup> E.1970/6, K.1970/29, AMKD, 8, 303.

ilişkin olarak taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddianın temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanacağı ilkesi yer almıştır. Demek ki 151. maddedeki yetkiyi kullanması öngörülen mahkemeler olağan yargılama usullerine göre işleyen, karar ve hükümleri temyiz mercilerinin incelemesine bağlı yargı yerleridir ve karar ve hükümlerinin tümüne temyiz yolu kapalı bulunan kurulların 151. madde kapsamına alınması hiçbir zaman düşünülmemiştir.”

Ziya Önel ve Şahap Arıç, ortak karşıoy yazılarında şöyle demişlerdir:

“Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işlerinin "mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve askerî hizmetlerin gereklerine göre özel kanunla" düzenleneceği emrolunmuştur. Özel kanunun yalnız "askerlik hizmetinin gereklerine göre" düzenleneceği gösterilmiş olsaydı çoğunluğun yukarıda açıklanan görüşü hakkındaki esasların münakaşa kabul etmez sonuçlar olarak kabulü zorunlu olurdu. Ancak fıkroda "mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı" gereklerine göre de tanzim edileceği emredilmektedir. O halde yalnız son fıkradaki, askerî hizmetlerin gereklerini ve arz ettiği hususiyet ve zaruretleri, esasları göz önüne alarak ve Anayasa'da disiplin mahkemelerinin hüküm ve kararları aleyhine temyiz yolunun öngörülmemiş olması ve disiplin mahkemeleri bünyesinde hâkimlerin bulunacağı hususunda bir sarahat bulunmaması gibi esaslara da dayanılarak itiraz konusu maddelerin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varılması Anayasa'nın prensiplerine ve amacına uygun düşmemekte ve son fıkradaki mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerini tatbik kabiliyeti olmayan bir hale getirmektedir.”

dedikten sonra, disiplin mahkemelerini anayasaya uygun olarak telif etmeye çalışmaktadırlar.<sup>158</sup>

Kanımızca, Anayasa Mahkemesi'nin disiplin mahkemelerini mahkeme olarak görmesi, yedi yıl boyunca vermiş olduğu kararlarla çelişse ve daha sonra ortaya koyacağı kriterlere tam uymasa da,<sup>159</sup> anayasa yargısının amaçlarına uygun doğru bir yaklaşımdır.

<sup>158</sup> Hakkı Ketenoğlu da disiplin mahkemelerini Anayasa'ya uygun görme yönünde görüş bildirmiştir.

<sup>159</sup> Daha sonraki kararları “Bu gerekçelerle diğer maddelere ait gerekçe ve görüşme tutanaklarından da anlaşılacağı üzere, “yargı mercileri” ile “yargı yolu” birbirinin aynı olan kavramlar değildir. Bir merciin yargı mercii sayılabilmesi için yargısal usul uygulaması ve yargısal karar vermesi yeterli olmayıp aynı zamanda bu merciin

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından iki sonuç çıkarmak mümkündür: İlki, mahkeme kriterlerini tek bir formül içerisinde toplamaya çalışmanın oldukça güç ve sıkıntılı olduğudur. İkincisi, mümkün olduğunca genel kriterler ortaya koyup, şablonun içinin her olayda doldurulmaya çalışılması uygun olur.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi'nin olayın özelliklerine göre bazen dar bazen geniş yorum yapmasının ancak anayasa yargısının temel amaçlarını gerçekleştirme ışığı altında doğru olacağını, bu durumda küçük çelişkilerin bile büyük amaç ışığı altında makul görüleceği; aksi takdirde, kararlar ve kriterler arasındaki çelişkilerin "anayasa yargısının" gelişimine olumlu yönde katkı yapmayacağı düşüncesi ağır basmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin mahkeme kavramına yaklaşımını analitik bir şekilde incelediğimiz bu bölüm, doktrinde Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili kararlarına karşı gösterilen eleştirel yaklaşımın kümülatif bir yansımasıdır.

Örneğin, Servet Armağan,<sup>160</sup> yıllar önce, Anayasa Mahkemesini, mahkeme kavramını dar yorumlayarak bireysel hakların korunması aleyhine bir tavır içinde olmasından dolayı eleştirmiştir. Kendisinden sonrakilerin de aynı görüşü benimsemelerinde etkisi olan Armağan şöyle demektedir:

"Kanaatimizce "mahkeme" tabirini yalnız "resmi mahkemeler" şeklinde kabul etmek isabetli bir anlayış değildir. Hakemlerin

---

bağımsızlığa ve karar verenlerin de "hakimlik teminatı"na sahip olması 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. Yargısal usul uygulayarak verdikleri kararlar yargısaldır. Ancak, bu kararlara karşı Danıştay'a başvurma hakkı kanunla önlenemez."... Anayasa Mahkemesi "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." derken Bu durumda yargısal yargı yetkisinin mahkeme olmayan bir organca kullanılması Anayasanın 7. maddesine aykırı olmayacak mıdır sorusunun cevabını vermek güçleşmektedir. Nitekim, bu konuda yazılan karşıoy yazısında Necdet Dancıoğlu, Yılmaz Aliefendioğlu, Selahattin Metin ve Vural Savaş'ın ortaklaşa paylaştıkları bu kaygıya hak vermek gerektirir. Sayın üyeler şöyle demektedirler: "Sonuç olarak, idare kurullarının bu tür kararlarının yargısal nitelikte sayılması ve bu yolun "yargı yolu" olarak nitelendirilmesi Anayasa'ya uygun düşmeyecektir." E.1987/4, K.1987/20, 21, 22, 23, 24 ve 25) nolu kararlarda geçmektedir. AMKD, 23, 344-366.

<sup>160</sup> Servet ARMAĞAN, *Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi*, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967, 80.

hallettikleri ihtilaf hakkında verdikleri kararlar kabil-i icra olduğuna göre (HUMK, m. 536), ferdi hakların korunması için onları da “mahkeme” tabirine sokmak gerekir. Hukuki olarak hakemler, o ihtilafın bakımında adeta bir mahkemedirler. Bu sebeple, hakemlere alman dilinde “hakem mahkemesi” (Schiedsgericht) de denilmektedir. Binaenaleyh, kararları Yargıtayca tanınan ve kabil-i icra olan hakem mahkemelerini bunun dışında tutmak herhalde ferdi hakların aleyhinedir.”<sup>161</sup>

Selin Esen, kitabında aynı görüşleri tekrar etmekte, hakem mahkemelerine başvurma hakkı tanınması halinde anayasaya aykırı hükümlerin yasalardan ayıklanması yolunun genişletileceğinden bahsetmektedir.<sup>162</sup> Anayasa Mahkemesi’nin Sayıştay’a yaklaşımı eleştiren Esen, şöyle demektedir:

“Amaç, anayasaya aykırı hükümlerin hukuk mevzuatından ayıklanması olarak ele alındığında, “mahkeme” kavramını dar yorumlamayarak itiraz yolunu genişletmek gerekir. Ancak, 1982 Anayasası’nda Sayıştay’a ilişkin yapılan değişiklikler de gözönüne alındığında Sayıştay’ın, sorumluları yargılayıp haklarında beraat ya da tazminat hükmü verme yetkisini kullanırken “mahkeme” durumunda olduğunu kabul etmek gerekir. Öğretide de bu konuda görüşler vardır”.<sup>163</sup>

Ergun Özbudun<sup>164</sup> ve İbrahim Kaboğlu<sup>165</sup> da anayasaya uygunluk denetimi yönünden dava açmaya yetkili kişi ve organların çok sınırlı tutulduğunu ileri sürmektedirler. Hasan Tunç, Sayıştay’ın Yüksek Seçim Kurulu’nun ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin mahkeme olarak kabul edilmemesine karşı çıkmaktadır.<sup>166</sup> Necmi Yüzbaşıoğlu da Anayasa Mahkemesi’nde yapılan Sempozyumda sunduğu tebliğde, Anayasa Mahkemesi’nin mahkeme kavramını dar yorumladığını söylemiştir.

Anayasa Mahkemesince yürürlüğün durdurulması kararı verilmesini en çok eleştirenlerden birisi olan İl Han Özay’ın<sup>167</sup> dahi – İtalyan

<sup>161</sup> *İbid.*

<sup>162</sup> ESEN, a.g.e., 72.

<sup>163</sup> *İbid.*, 77.

<sup>164</sup> Ergun ÖZBUDUN, *Anayasa Hukuku*, 6. Baskı, Beta, İstanbul, 2000, 400.

<sup>165</sup> KABOĞLU, a.g.e. 202.

<sup>166</sup> TUNÇ, a.g.e., 27-29.

<sup>167</sup> İl Han ÖZAY, “Günahıyla ve Sevabıyla Anayasa Mahkemesi”, **Anayasa Yargısı**, 14, 337-344, dn. 23. Özay, yürürlüğün durdurulmasının Ceza Hukukundan ıztırar halinde ödünç alınmış bir kavram olduğunu söylemektedir.: Bknz. ÖZAY, “Yeni bir Düzendede...” 12, 45-49, 48.: Ankara’da 6-10 Ocak 2004

Anayasa Mahkemesi için söylediklerine bakarak --Anayasa Mahkemesi'nin kendisini mahkeme olarak kabul etmesinden ve re'sen Anayasaya aykırı gördüğü hükümleri iptal etme yetkisini elde etmesinden mutluluk duyacağı söylenebilir.<sup>168</sup>

Öğretinin eleştirilerindeki odak noktası, Anayasa Mahkemesi'nin ilk yıllarında pasif bir yaklaşım göstermesi ve şekilciliğe çok önem vermesinde toplanmaktadır. Anayasa Mahkemesi, 1962-1972 yılları arasında verdiği kararlarda "iptal" kararından çekindiğini göstermiştir.<sup>169</sup> Bu dönem içerisinde doktrinin ağır eleştirilerine maruz kalmasına rağmen, iptal kararını mümkün olduğunca açık aykırılıklarda kullanmak istemiş; *yorum kurallarının elverdiği ölçüde, yasa hükümlerini Anayasaya uygun yorumlamaya "adeta gayret"*<sup>170</sup> sarfetmiştir.

---

tarhleri arasında yapılan Uluslararası Hukuk Kurultayı'nın son günündeki panelde tebliğ sunan Özay, eleştirilerinin dozunu azaltmış görünmektedir.

<sup>168</sup> Bu gerekçenin nedeni için bkz. İl Han ÖZAY, "Yargının Sorunlarına Yaklaşımında bir Örnek Olarak Geçmiş ...", a.g.m., 221-222.

<sup>169</sup> Bu konudaki örnekler için bkz. ARMAĞAN, a.g.e., 166-177.

<sup>170</sup> *İbid.*, 166.

**BU SAYFA ÇİFT OLDUĞU İÇİN  
BOŞ BIRAKILMIŐTIR**