

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

İŞİĞİNDA

“YOKLUK” YA DA “YOK İŞLEM”

Yılmaz ALİEFENDİOĞLU*

YOKLUK

Yükseköğretimde türbanın serbest bırakılması yönündeki çabaların yoğunlaştığı 2008 yılı başlarında, bu amaçla çıkarılan 9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Kanun’un 1. ve 2. maddeleri ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın “*kanun önünde eşitlik*” başlıklı 10. ve “*Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi*” başlıklı 42. maddelerinde değişiklik yapıldı.

Bu yasanın, Anayasa’da değişiklik yapan 1. ve 2. maddelerinin, Anayasa’nın Başlangıç kısmı ile 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 24, 42, 138, 153 ve 174. maddelerine aykırılığı savıyla yokluğunun hükme bağlanması ya da iptali ve yürürlüğün durdurulması istemiyle, 110 milletvekili tarafından Anayasa Mahkemesi’nde açılan dava sırasında basında ve siyasal söylemlerde “*yokluk*” ya da “*yok işlem*” sözcükleri sık sık yinelendi.¹ Özellikle YÖK Başkanı’nın, Anayasa’nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan değişiklik sonucunda kız öğrencilerin üniversitelere türbanla girişine izin verilmesi yönündeki “*genelgesinin*”, YÖK üyelerinin bir bölümünce; 110 milletvekili tarafından açılan davada ise, Anayasa’nın 10. ve 42. maddesinde yapılan değişikliklerin, *Cumhuriyetin değiştirilemeyecek, değiştirilmesi önerilemeyecek niteliklerinin*, özellikle laiklik ilkesinin içinin boşaltılması sonucunu doğurduğu ve ağır yetki aşımı suretiyle yapıldığı belirtilerek yokluğunun hükme bağlanması ya da iptali gerektiği ileri sürüldü.²

* Prof. Dr., Anayasa Mahkemesi emekli üyesi

¹ 24.2./26.2.2008 tarihli gazeteler

² AYM’nin E2008/16, K2008/116 sayılı kararı, *Resmî Gazete*, 22 Ekim 2008/ 27032 sayılı

Anayasa Mahkemesi, bu davada, “yokluğun” saptanması istemini incelerken, öncelikle, Anayasa yargısında yokluğun ne anlama geldiği üzerinde durdu. Mahkeme’ye göre; “Yokluk, bir normun var olmadığıdır.”³ Yasalar bakımından Parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, Resmi Gazete’de yayımlanmaması, gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece “var”lıktan söz etmek olanaksızdır. Ancak, bunun dışındaki sakatlıklar, “Anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler.”³ Anayasa Mahkemesi, böylece, 1961 Anayasası Döneminde verdiği kararlardaki görüşüne bağlı kalarak, karşısına gelen işlerde, ancak, normu oluşturan temel unsurlarda noksanlık bulunması durumunda “yokluğa” hükmedebileceği yönünde karar vermiş; başka bir deyişle, Anayasa Mahkemesi yokluğu, ancak, bir norma vücut veren ya da yürürlüğe koyan iradelerin bulunmaması durumlarıyla sınırlı olarak kabul etmiştir.⁴

Anayasa Mahkemesi, dava konusu olayda, Anayasa’nın 175. maddesine göre, Anayasayı değiştirme yetkisi TBMM’ye ait olup, Meclis bu yetkisini üçte bir çoğunluğun yazılı teklifi ve beşte üç çoğunluğun kabul oyuyla kullanabilmektedir.

TBMM üyelerinin üçte birinden fazla sayıda Milletvekilinin imzasıyla teklif edilen ve 9.2.2008 tarihinde TBMM Genel Kurulu’nda kabul edilmekle yasalaşan, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik yapılmasına dair 5735 sayılı Kanun,” TBMM’nin Anayasa’yı değiştirme yetkisi kapsamındadır. Dava konusu yasa, Cumhurbaşkanınca 23.2.2008 günlü Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir

Açıklanan nedenlerle dava konusu yasanın yokluğunun saptanması isteminin reddi gerekir.⁵ yönünde karar vererek “yokluk” savını kabul etmemiştir.

Anayasa Mahkemesi, 5735 sayılı Kanun’un iptali istemiyle açılan davada, ikinci aşamada, konuyu “teklif edilebilirlik” yönünden incelemiştir.

Mahkeme, bu amaçla, Anayasa’yı değiştirme yetkisinin niteliği ve

³ A. g. e.

⁴ AYM’nin 27.11.2007 günlü, E2007/99, K2007/86 sayılı kararı, RG, 19.02.2008/26792

⁵ AYM’nin E2008/16, K2008/116 sayılı kararı.

sınırları üzerinde durmuş, Anayasada değişiklik yapmaya yetkili yasama organının, başka bir deyişle “kurulu iktidarın”, eski Anayasa’ya bağlı kalmaksızın, tümünden yeni bir anayasa yapmaya yetkili “kurucu iktidar” karşısında hukuksal durumunu irdelemiştir. Mahkeme, önceki anayasalarla bağlı olmaksızın yeni bir anayasa yapma işlevini “asli kurucu iktidar”; mevcut Anayasa’da değişiklik yapma işlevini ise, “tali kurucu iktidar” olarak adlandırmıştır. Mahkeme’ye göre, ulusal iradeye dayalı asli kurucu iktidar, “...önceki anayasalarla bağlı olmaksızın yarattığı yeni Anayasa, temel düzen normu haline geldiği andan itibaren, tüm anayasal kurum ve kuruluşların meşruiyetlerin dayanağı haline gelir. Anayasanın öngördüğü ve öğretide kurulu iktidar olarak tanımlanan yasama, yürütme, yargı organları ile bunların alt birimlerinin asli kurucu iktidarın yarattığı “hukuksal” otorite sınırları içinde hareket etmeleri, işlem ve eylemlerinin hukuksal geçerlilik kazanabilmesinin önkoşuludur.” Bu durum, Anayasa’nın 6. maddesinde yer alan “hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa’dan almayan bir Devlet yetkisini kullanamaz.” ifadesiyle, herhangi bir istisna tanınmaksızın kabul edilmiştir. Anayasa koyucu, “hiçbir kimse ya da organdan söz ettiğine göre, kurulu bir organ olarak yasama organının da sistem dışı yetki kullanımının hukuksal açıdan geçerli olmayacağını kabulü gerekir... Zira kurulu iktidar olan yasama organının işlem ve eylemlerinin geçerliği, asli kurucu iktidarın öngördüğü anayasal sınırlar içinde kalması koşuluna bağlıdır”⁶ demek suretiyle tali kurucu iktidar yetkisini kullanan yasama organının yetkisinin sınırlarını belirlemiştir. Anayasa Mahkemesi, aynı kararda, 1961 Anayasa döneminde verdiği kararlara gönderme yaparak, bu kararlarda istikrar kazanan “...anayasal düzenin hukukun üstün kurallarına ve çağdaş uygarlığın gereklerine aykırı düşen nitelikte yeni ilkelere bağlanmasının bu düzenin bütününe bozabileceği, Anayasa’nın 1. maddesinde yer alan “Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir.” kuralı ile bunu tamamlayan ve Cumhuriyetin temel niteliklerini belirleyen 2. maddesini değiştirecek derecede etkili bir değişikliğin yapılamayacağı, aksi takdirde değişiklikten sonraki yeni düzenin önceki Anayasa’da tanımlanan biçimde işlemeyebileceği, bu gibi sonuçların önlenmesi için, çağdaş anayasaların kendilerini böyle değişikliklere karşı koruyan ve güvence altına alan hükümleri ve kuruluşları birlikte getirme yolunu seçtikleri ifade edilmiş, buna dayalı olarak da Anayasa değişikliklerine ilişkin tekliflerin her şeyden önce Anayasa’nın Başlangıç bölümü ile 1. ve 2. maddelerinde yer alan ilkelerden

⁶ A. g. e.

en küçük bir sapmayı veya değişikliği öngöremeyecekleri, değişikliklerin sözü geçen ilkelerin tümünü veya herhangi birisini hedef alması durumunda teklif edilemeyecekleri ve yasama meclislerinde kabul edilemeyecekleri, teklif edilmeleri ve kabul edilmeleri durumunda ise, Anayasa'nın 9. maddesinde belirtilen biçim koşullarına aykırı olacakları belirtilmiştir⁷ yönündeki görüşünü yinelemiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Anayasa'nın 148. maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin "teklif... şartına uyulup uyulmadığı" hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hüküm, yukarıdaki açıklamalar ışığında, "geçerli teklif" koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik olarak yapılacak bir denetimi de içerir"⁸.

"Yürürlükteki Anayasamızın öngördüğü düzen, anayasal normlar bütünü ve bu bütünü somutlaştıran ilk üç maddede ortaya çıkan bir anayasal düzendir... 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibarıyla doğal olarak değişmezlik özelliğine sahiptir. Bu durumda, Anayasa'nın 4. maddesi dahil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasi düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa'nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılması olasılığı göz ardı edilemez."⁹ Mahkeme, aynı karardaki, "Anayasa'nın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlik kazanması mümkün olmayacağından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa'ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır."¹⁰ gerekçesiyle, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde değişiklik yapan hükümlerin Cumhuriyetin Anayasa'nın 2. Maddesinde belirtilen niteliklerine aykırı olup olmaması yönünden inceleyebileceğini, aykırı bulması durumunda iptal edebileceğini hükme bağlamıştır.

Anayasa Mahkemesi, bu hükme dayanarak, üçüncü aşamada

⁷ Bkz. AYM'nin 12.10.1976 günlü. E1976/38, K1976/46; 27.9.1977 günlü, 1977/82, K1977/117 sayılı kararları

⁸ AYM'nin 5.6.2008 günlü, E2008/16, K2008/116 sayılı karar, RG, 22.10.2008/27032, S.136-138

⁹ A. g. e.

¹⁰ A. g. e.. s. 138.

verdiği kararında, Anayasa'nın 10. ve 42. maddesinde yapılan değişikliklerin, Cumhuriyetin 2. maddesinde yer alan niteliklerine uygunluğunu içerik yönünden tartışarak ve başka bir deyişle işin esasının incelenmesine geçerek, *"Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gözetildiğinde, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan düzenlemenin, yöntem bakımından dini siyasete alet etmesi, içerik yönünden de başkalarının haklarını ihlale ve kamu düzeninin bozulmasına yol açması nedeniyle laiklik ilkesine açıkça aykırı olduğu"* sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, *"Toplumsal sorunların Anayasa'nın açık hükümleri çerçevesinde ve demokratik barışı ve uzlaşmayı esas alan yöntemlerle çözümü yerine, dinin, din duygularının veya dince kutsal sayılan şeylerin istismar edilmek suretiyle kullanılmasına Anayasa izin vermemektedir"*.¹¹ Mahkeme, bu bağlamda, dinsel kaynaklı düzenlemelerle girişimlerin Anayasa karşısında geçerli olmayacağını belirten, 9.4.1991 günlü, E1990/36, K1991/8 sayılı kararı ile 16.1.1998 günlü, E1997/1 (SPK), K1998/1 Refah Partisi kapatma kararına ve 22.6.2001 günlü E1999/2 (SPK), K2001/2 sayılı Fazilet Partisi kapatma kararına; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 4. Dairesi'nin, *"...başörtü yasaklanmasının, Türkiye'nin koşulları dikkate alındığında, "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" ile "kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması" bakımından demokratik bir toplumda zorunlu bir tedbir niteliğinde olduğunu"* kabul eden 29.6.2004 günlü kararına ve AİHM Büyük Dairesi'nin 10.11.2005 günlü Leyla Şahin kararına; türban taktığı için ilk öğretim kurumlarında öğretmenlik yapması yasaklanan Dahlab'ın İsviçre'ye karşı açtığı davayı reddederken *"...türbanın cinsiyetler arası eşitlik ilkesiyle bağdaşması güç olan dini bir simge olduğunu, buna izin verilmesinin diğer dinlerin giyim sembollerinin de kullanılmasını beraberinde getireceği, okullarda devletin tarafsızlığını tehlikeye düşüreceğini ve yasaklamanın altında önemli bir kamu yararının bulunduğunu, özgürlüklerin, kamu güvenliğinin ve kamu düzeninin korunması amacıyla orantılı ve demokratik bir tedbir olduğunu..."* ifade eden 15.2.2001 günlü kararına; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) 3. Dairesi'nin 31.7.2001 günlü ve Büyük Dairesi'nin 13.2.2003 günlü Refah Partisi kararlarında ifade edilen, *"...başörtüsü takma özgürlüğünün, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması gereğiyle çatışması durumunda sınırlanabileceğini, laiklik ilkesine saygı gösterilmemesi şeklindeki bir tutumun sözleşmeden yararlanamayacağı, üniversitelerde çoğunluğa mensup dinin gereklerini yerine ge-*

¹¹ A. g. e.

tirmeyen ya da başka dinlere mensup öğrenciler üzerinde baskı kurulmasını engelleyecek önlemlerin sözleşmeye uygun olduğu, laik üniversitelerde çeşitli inançlara mensup öğrencilerin barış içersinde bir arada yaşamalarını ve dola-yısıyla da kamu düzeni ve başkalarının inançlarının korunmasını teminen söz konusu dine ilişkin ritüel ve simgeleri sergilemenin yeri ve şeklini belirleme hususunda sınırlamalar öngörülebileceği kabul edilmiştir”¹² yönündeki de-yime gönderme yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi, “Anayasa’nın 10 ve 42. maddelerinde değişiklik yapan dava konusu yasa hükümlerinin ve Anayasa’nın 2. maddesinde belirlenen Cumhuriyetin temel niteliklerini dolaylı bir biçimde değiştiren ve işlevsizleştiren düzenlemenin, Anayasa’nın 4. maddesinde ifade edilen değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırı olduğundan, Anayasa’nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen teklif etmeme koşulunun yerine getirilmiş olduğu kabul edilemez.”¹³ yönündeki gerekçe ve açıklanan nedenlerle Anayasa’nın 2, 4 ve 148. maddelerine aykırı olduğuna ve iptali gerektiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin, davada ileri sürülen “yokluk” savını kabul etmemesine karşın, Anayasa’nın, Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2., Anayasa’nın 4. maddesinin delaletiyle değiştirilemeyecek ve değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek 1, 2 ve 3. ve Anayasa değişikliklerinin sadece “şekil” açısından, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceğine koşuluna uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı bir denetim esasını öngören 148. maddesine dayanarak iptal kararı verdiği anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi’ne göre, Anayasa’da, Anayasa’nın temel yapısına açıkça aykırılık oluşturacak ve Cumhuriyetin temel niteliklerinin içini boşaltacak biçimde yapılan değişiklik, biçimi aşar, esasa aykırılık oluşturur ve iptali gerekir.

Yokluk, özel hukuk ve kamu hukuku, özellikle yönetsel hukuk alanında, hukuksal işlemin ileri derecede hukuka aykırılık (sakatlık) halini belirleyen bir kavramdır.

Her hukuksal işlem, temel ya da kurucu (esaslı) ve tamamlayıcı unsurlarıyla bütünlük oluşturur. Bu unsurlardan birinin noksanlığı ya da üst norma aykırılığı, işlemi sakat kılar.

¹² A. g. e., s. 141-142.

¹³ AYM’nin 5.6.2008 günlü, E2008/16, K2008/116 sayılı karar. RG, 22.10. 2008/27032, s.142.

Özel hukukta, hukuka aykırılığın ya da noksanlığın kurucu unsurlarda olması, işlemin kamu düzenine, ahlaka, adaba aykırı düşmesi durumunda mutlak butlan; aykırılığın tamamlayıcı unsurlarda olması halinde, görelî (nispî) butlan söz konusu olur. Mutlak butlan halini yargıç resen dikkate alır, herkes tarafından ileri sürülebilir, işlem, zamanla kendiliğinden ya da tarafların oluru ile düzeltilemez, kazanılmış hak niteliğine dönüşmez; nispî butlan durumu ise ilgilinin başvurusu üzerine incelenir, tarafların oluruyla düzeltiler. Nispî butlan halinde, aykırılığın giderilebilmesi için işlemin, başvuru üzerine, yargı yerince iptali gerekir.

YOK İŞLEM

İşlemin kurucu ya da esaslı unsurlarında noksanlık ve hukuka ağır aykırılık hali açıkça görülmekte ise, işlem “yok” sayılır ya da yok hükmünde kabul edilir. Yoklukla sakat işlemin geçersiz sayılması için iptal davasının açılması gerekmez, yokluk halini herkes ileri sürebilir. Mahkemenin işlevi, bu durumda, yokluğu saptamaktır. Yargı yerince yokluğun saptanması, tartışılan işlemi ve ona bağlı türevsel işlemleri kuruldukları tarihten itibaren geçersiz kılar. “Yok” olan işlemin iptali de söz konusu olmayacağından, uyumsuzluk durumunda yargıç, butlan durumundan farklı olarak, iptal kararı yerine, yokluğu saptamakla ve işlemin hükümsüzlüğünü belirtmekle yetinir; yokluk halini resen göz önüne alır; yokluk, her zaman ileri sürülebilir.

Nispî ya da mutlak butlan halinde, yargıç iptal kararı verinceye kadar, hukuksal işlemin geçerliği devam eder. Yargıç, nispî butlan halini tarafların başvurusu üzerine, mutlak butlan halini ise başvuru nedeniyle ya da resen dikkate alır.

“Yokluk”, hukuksal bir işlemde çok, eylemsel (*de facto*) bir durumu ifade eder.

Özel hukukta nispî butlan, mutlak butlan ve yokluk olarak tanımlanan öz ve biçim açısından hukuksal sakatlıklar; kamuda, yönetsel işlemlerde hukuka, açık ve ağır aykırılık biçimlerinde gözlenir.

YÖNETSEL YARGIDA YOKLUK

Yönetmel hukukta (idare hukukunda) butlan, yetki, biçim (şekil) sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırılığı ifade eder; kişisel hakları ihlal edilene yönetmel işlemi iptal ettirme hakkı tanır. Ayrıca, idare, hukuka aykırı işlemlerini her zaman geri alabilir, yaptığı işlemi düzeltebilir ya da yenileyebilir.

Her usul hatası, yönetmel işlemi sakat kılmaz. İşlemin sakatlanması için hata veya eksikliğin işlemin özünü etkileyecek önem ve ağırlıkta olması gerekir. Yönetmel işlemlerdeki sakatlıklar, ağırlık derecelerine göre işlemi, iptale ya da yokluğa götürebilir.¹⁴

Yönetmel yargıda, yetki, biçim (şekil), neden, konu ve maksat unsurları üzerine kurulu işlemin iptali istemiyle dava açılması durumunda işlem, yargı yerince, bu yönlerinden incelenir. Bu unsurlardan birinde ya da birkaçında hukuka aykırılığın bulunması durumunda işlem sakatlanır ve iptali gerekir. Aykırılığın açık ve ağır olması, esaslı unsurlarda (kurucu unsurlarda) eksiklik şeklinde görülmesi durumunda işlemin yok sayılması söz konusu olur.

ANAYASAL YARGIDA YOKLUK

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya uygunluk denetimi sırasında kuralı, Anayasa'ya uygunluk yönünden inceler. Anayasaya aykırılığın saptanması, incelenen kuralı sakat kılar ve iptalini gerektirir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı, yönetmel yargı kararlarından farklı olarak geriye yürümez; ilke olarak iptal hükmü, Anayasanın belirlediği ayırık durum dışında (m. 153/2) kararın *Resmî Gazete*'de yayımlanmasıyla hüküm ifade eder.

Anayasa Mahkemesi, kuruluşundan zamanımıza kadar, anayasaya uygunluk denetimi yaptığı sırada bir yasama işleminin yokluk nedeniyle hükümsüzlüğü yönünde bir karar vermemiştir. Ancak kimi kararlarına “yokluk” durumunu tartışmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, “Yönetim hukukunda yokluk, bir hukuksal işlemin hiç doğmamış, hukuk alemine çıkmamış sayılması sonucunu doğurur. Bu bağlamda, Anayasa Yargısında yasama işlemlerinin

¹⁴ Yenice, K./Esin, Yüksel, *Açıklamalı-İçtihat Notlu İdarî Yargılama Usulü*, 1983, s. 23.

yok sayılabilmesi ancak, yetki ve görev gaspı ya da çok ağır biçim eksikliği durumlarında söz konusu olabilir.”¹⁵ denilmektedir. Bu karara göre, Anayasa Yargısında da koşullar oluştuğunda Mahkeme “yokluk” (hüküm-süzlük) kararı verebilecektir.

Mahkemenin, bir başka kararına göre ise, “Yokluk, bir normun var olmadığına ifadesidir. Yasalar bakımından, parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, Meclis’ce kabul edilerek yasalaşan metnin Resmi Gazete’de yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece “var”lıktan söz etmek olanaksızdır”.¹⁶

Yokluk, bir hukuksal işlemin hiç doğmamış, hukuk alemine çıkmamış sayılması sonucunu doğurur. Bu nedenle “yok” sayılan işlem, yapıldığı andan itibaren hükümsüzdür, “YOK” sayılan yasaya göre yapılan işlemler de geçersizdir.

Anayasa Mahkemesi, yukarıda sözü geçen E92/K26 sayılı kararında, TBMM’nin, daha önce reddettiği Kültür Bakanlığı Bütçesini, Başkanlık Divanı’nın, ilk oylamada yanlışlık yapıldığı nedenine dayandırılan önerisini benimseyerek, bu kez, “kabul eden” kararının yoklukla sakat olduğu yönündeki savı yerinde bulmamıştır.

Anayasa Mahkemesi, bir başka kararında, Anayasa’da, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetiminde de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği koşuluna uyup uyulmadığı hususları ile sınırlı bir denetim olanağı tanınmıştır. “Yaptırımı iptal olarak belirlenmiş bu hususlar dışında denetim olanağı bulunmayan tali kurucu iktidar iradesinin hukuksal geçerliği üzerinde daha ileri bir tartışma yapmak için iptal nedenlerinden daha ağır bir hukuka aykırılığın varlığı zorunludur.”¹⁷ demek suretiyle, yokluk halinin saptanabilmesi için iptal nedenlerinden daha ağır bir hukuka aykırılığın varlığını aramıştır.

¹⁵ AYM’nin 17.9.1992 günlü, E1992/26, K1992/48 sayılı kararı, AYMKD Sayı 28/2, s. 545.

¹⁶ AYM’nin 5.7.2007 günlü, E2007/72, 2007/68 sayılı kararı.

¹⁷ AYM’nin, 27.11.2007 günlü, E2007/99, K2007/86 sayılı kararı, RG, 19.2.2008 günlü, 2008/26792 sayılı

Yasama İşleminde Kurucu

(Zorunlu) Unsur - Tamamlayıcı Unsur Ayrımı

Yasama işlemleri (yasa, yasa hükmünde kararname, Meclis kararları, İçtüzük hükümleri), yönetsel işlemler gibi, kurucu (zorunlu) ve tamamlayıcı unsurlardan oluşur. Kurucu unsurlar, Anayasa'nın öngördüğü ve yasama işleminin dayandırılması gereken temel kurallardır. Tamamlayıcı unsurlar ise, bir Yasama işleminin yapılışı sırasında uyulması gerekli, ikincil derecede önemli Anayasa ve İçtüzük kurallarıdır. Yasa tasarı ve önerilerinin TBMM'nde görüşülerek karara bağlanması, Cumhurbaşkanı tarafından *Resmi Gazete*'de yayımlanmaları; Yasa hükmünde kararnamelerin bir yetki yasasına dayanmaları, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılmaları ve *Resmi Gazete*'de yayımlanmaları yasa ya da yasa hükmünde kararnamelerin kurucu unsurlarıdır. Yasa tasarı ve önerilerinin TBMM'de İçtüzüğe göre görüşülmesi, Anayasa'nın her hangi bir hükmüne aykırı olmamaları gibi kurallar yasanın tamamlayıcı unsurlarını oluştururlar.

Yasama işlemlerinin kurucu unsurlarında eksiklik olması durumunda işlem, yetki ve biçim yönlerinden “yok” kabul edilir, Mahkeme durumu saptar ve yok işlemin hükümsüzlüğünü belirtmekle yetinir.

Anayasa Mahkemesi, anayasaya uygunluk denetimi yaptığı yasama işlemini, sadece tamamlayıcı unsurları yönünden Anayasaya aykırılı bulmuşsa, yokluk kararı vermez, işlemi, başvuru üzerine, Anayasa aykırılık yönünden iptal eder.

Yetki - Fonksiyon Gaspı

Anayasanın öngördüğü kuvvetler ayrımı ilkesine aykırı olarak yasanın yargı yetkisini üstlenmesi, yasamanın yargısal alana girmesi,¹⁸ yargının, yasama organının yetki alanına giren konularda kural koyucu nitelikli kararlar vermesi; yürütmeyi yargı yetkisiyle donatan bir yasa çıkarılması, bu işlemleri yoklukla sakat kılar. Bu durumda yetki gaspı- fonksiyon gaspı söz konusu olur

Anayasa Mahkemesi, TBMM'nin, *Resmi Gazete*'de halkoyuna su-

¹⁸ 18.11.1960 günlü, 7468 sayılı yasayla, TBMM Tahkikat Encümenleri'nin naip olarak görevlendirecekleri Tali encümenlere, C. Savcılarına, sorgu hakimlerine, sulh hakimine ve as. adli amirlerine ait yetkiler verilmiştir.

nulmak üzere yayımlanan TC Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında 31.5.2007 günlü, 5678 sayılı Kanun'da değişiklik yapan 16.10.2007 günlü 5697 sayılı Kanun'un, TBMM'nin, halkoyuna sunulmuş bulunan 5678 sayılı Kanun'da değişiklik yapma yetkisinin bulunmadığı, bu durumun kaynağı Anayasada bulunmayan bir yetkinin kullanılması anlamına geleceği ve 5697 sayılı Kanun'un yetki unsurunda ağır sakatlığa bağlı yetki tecavüzü veya yetki gaspı oluşturduğu; ayrıca, söz konusu yasayla, halkın türevsel kurucu iktidar olarak Anayasa'yı değiştirme ve Cumhurbaşkanı'nın Anayasa değişikliklerini halkoyuna sunma yetkilerinin TBMM tarafından gasp edildiği ve bu nedenle "yokluğuna" hükmedilmesi gerektiği yönündeki savı, "Halkoyuna sunulurken kabul edilen bir Anayasa değişikliğini yürürlükten kaldırma yetkisine sahip olan TBMM, henüz referandumla oylanmamış ve yürürlüğe girmemiş bir Anayasa değişikliği yasası üzerinde evleviyetle tasarruf yetkisine sahiptir."¹⁹ gerekçesiyle reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi, aynı kararında yokluğun tanımı ve uygulama üzerinde durmuştur.

Anayasa Mahkemesi'ne göre; "Yokluk, bir normun var olmadığının ifadesidir. Yasalar bakımından, Parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, Resmi Gazete'de yayımlanmaması gibi bir normun varlığı için zorunlu olan koşulları içermediği sürece "bir varlıktan" söz etmek olanaksızdır. Ancak, bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tabi oldukları sürece, Anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler" Anayasa Mahkemesi, böylece, yokluğu, bir norma vücut veren ya da yürürlüğe koyan iradelerin eksikliğiyle sınırlı olarak kabul etmiştir.²⁰ Anayasa Mahkemesi'ne göre; yetki ya da fonksiyon gaspı, ancak, bu durumlarda söz konusu olur.

Ağır Biçim Eksikliği

Yasama işlemlerinin, Anayasanın öngördüğü biçime ve temel düzenleme kurallarına uyulmayarak yapılması, ağır biçim eksikliğini oluşturur. Ağır biçim hatası, işlemi, "yoklukla" sakat kılar. Örneğin, olağan dönemde, bir yetki yasasına dayanmayarak yasa hükmünde

¹⁹ AYM'nin 27.11.2007 günlü, 2007/99, K2007/86 sayılı kararı, RG, 19.2.2008 / 26792.

²⁰ AYM'nin 2.7.2007 günlü, E2007/72, K2007/68 sayılı kararı.

kararname çıkarılması, Meclis’çe kabul edilen bir yasanın, Cumhurbaşkanınca yayımlanmadan yürürlüğe sokulması; Meclis’çe kabul edilen bir İçtüzük hükmünün Resmi Gazete’de yayımlanmadan yürürlüğe sokulması gibi.

İçtüzük kuralının Meclis’e kabul edilmemiş olması, Meclis’çe, henüz kabul edilmeyen bir yasanın, Cumhurbaşkanınca, Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe sokulmak istenmesi gibi durumlar ağır biçim eksikliğine örnek oluşturur ve yasa, yoklukla sakat kabul edilir...

Konu Unsurunda Sakatlık

Bir yasama işleminin konusu, elde edilmesi istenen sonuçtur.

Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında, *“Anayasa Mahkemesince iptal edilerek Anayasaya aykırılığı belirlenen bir hükümle aynı ya da özdeş nitelikte olan bir başka kuralın, yasalaştırılarak Anayasa Mahkemesi kararının etkisiz duruma düşürülmesi, kuşkusuz, Anayasanın 153. maddesinin ağır ihlali anlamına gelir.”*²¹ denilmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu kararında, Anayasa’nın 153. maddesinin son fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı kuralına uyulmamasını ve Anayasa Mahkemesi kararının etkisiz duruma getirilmesini bu maddenin *“ağır ihlali”* olarak nitelemişse de, yok işlem olarak kabul etmemiştir. Burada sözü geçen *“ağır ihlal”* deyimini, Anayasaya *“ağır aykırılık”* anlamındadır. *“Ağır ihlal”* ya da *“ağır aykırılık”* hali, tek başına yasama işleminin *“yok”* sayılması için yeterli değildir. Yokluk için ağır aykırılık yanında, aykırılığın açık olması da gerekir. Sadece ağır aykırılık, kuralı işlemi mutlak butlanla sakat kılar, iptale neden olur, ancak bu durumda yokluktan söz edilmez. Bir yasama işleminin yok sayılabilmesi için Anayasa’ya ağır aykırılık halinin *“açık”* olması gerekir.

Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanını halk tarafından seçilmesine, TBMM seçim döneminin 5 yıla çıkarılmasına ve Cumhurbaşkanı görev süresinin beş yıla indirilmesi ve bir kimsenin en fazla iki kez Cumhurbaşkanı seçilebilmesine ilişkin Anayasa’da değişiklik yapan 31.5.2007 günlü, 5678 sayılı Kanun’un iptali istemiyle açılan davada, Cumhurbaşkanının, dava dilekçesinde ileri sürülen, *“Yasanın, Cum-*

²¹ AYM’nin 9.4.1991 günlü, E1990/36, K1991/8 sayılı kararı, AYMKD, Sayı 27/1, s. 306.

hurbaşkanınca, yeniden görüşülmek üzere TBMM'ne geri gönderilmesi üzerine gerçekleştirilen birinci tur görüşmede, Kanun'un tümünün görüşülmesi bitirildikten sonra yapılan oylamada maddelere geçilmesinin 366 oyla kabul edildiğinin açıklandığını, oysa bu sayının üye tamsayısının 2/3 çoğunluğundan az olması nedeniyle Anayasa değişikliğinin TBMM'nce reddedilmiş sayılması gerektiğini, maddelerin görüşülmesine geçilmesinin ve sonuçta Yasa önerisinin kabul edilerek yeniden Cumhurbaşkanına gönderilmesinin, tüm oylamalarda nitelikli çoğunluğun bulunması gerektiğine ilişkin E1970/1 ve E1973/19 sayılı Anayasa Mahkemesi kararlarına aykırılık oluşturduğunu, bunun yasayı şekil açısından sakatladığını, bu nedenle 5678 sayılı Kanun'un öncelikle yok hükmünde olduğunun saptanması" gerektiği yönündeki savı, "1961 Anayasası döneminde bu Anayasa'nın kurallarına göre verilmiş Anayasa Mahkemesi kararlarının, yeni bir Anayasa olan 1982 Anayasası döneminde hukuksal bağlayıcılıkları yoktur. Yürürlükte olmayan Anayasalar döneminde bu Anayasa kurallarının esas alınmasıyla verilen iptal kararları, "yokluk" ya da diğer yaptırımların gerekçesi olamaz." yönündeki görüşüyle reddetmiştir.²²

Yokluğun Yasama İşlemlerine Etkisi

Anayasa Mahkemesi'nin, yok hükmündeki kararlarının etkisi, işlemin hukuk alanında ortaya çıktığı tarihe kadar geri gider, hakkında yok kararı verilen yasama işlemi, hukuk alanına çıktığı tarihten itibaren yok (hükümsüz) kabul edilir. Yok sayılan kurala göre yapılan işlemler de, kendiliklerinden yok duruma düşerler.

Konu, Anayasa Mahkemesi'nin önüne, TBMM'nin, emeklilikle ilgili olarak, kendi üyeleri için art arda çıkardığı benzer nitelikli ayrıcalıklı yasalar nedeniyle gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, TBMM'nin kendi üyelerine ayrıcalık tanıyan bu yasaları, yok hükmünde kabul etmemiş, ancak iptal etmiştir.

Bu konuda TBMM'nin geliştirdiği ikinci bir yöntem, bu tür yasanın, Anayasa Mahkemesi'nin "olası" iptal kararını etkisiz kılmak için, Anayasa Mahkemesi'nde incelenme aşamasında olan ve TBMM üyelerine emeklilik bakımından ayrıcalık getiren yasayı, henüz Anayasa

²² AYM'nin 5.7.2007 günlü, E2007/72, K2007/68 sayılı kararı.

Mahkemesi iptal kararı vermeden önce “*aynı nitelikte, ayrı bir yasa ile yedeklemesidir*”.

Örneğin, 26.10.1990 günlü, 3671 sayılı “TBMM Üyelerinin Ödenek Yolluk ve Emekliliklerine Dair Kanun”a karşı, Anayasa’ya aykırılık savıyla yapılan başvurunun Anayasa Mahkemesi’nde henüz karara bağlanmadan aynı nitelikte, 3.12.1992 günlü 3855 sayılı yasa çıkarılmıştır. 3855 sayılı Kanun’un 2. maddesi ile 3671 sayılı Kanun’un 2. maddesi hemen hemen aynıdır.²³ Anayasa Mahkemesi, bu konuda açılan davalarda, yokluk konusunu tartışmakla beraber, iptal kararı vermeyi yeğlemiştir.

SONUÇ

Yokluk, özel hukukta ve kimi zaman yönetsel ve anayasal yargıda, zaman zaman ortaya çıkabilecek hukuk dışı uygulamalara karşı kullanılabilir, hukuksal bir araçtır.

Yok sayılan işlemler kimseyi bağlamaz ve kuruldukları tarihten itibaren geçersiz sayılırlar.

“Yokluk” hali, konuyu incelemeye yetkili yargı yerlerince belirlenir. Anayasa yargısında, bu yetki Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılır.

Türk Anayasa pratiğinde, anayasal organların, kimi zaman, kaynağı Anayasa’da bulunmayan bir yetki kullanarak ve Anayasa’ya açık ve ağır aykırılıkta bulunarak başka kuruluşların yetki alanına girdikleri oldukça sık görülen olaylardandır. Bu durum karşısında, yasama, yürütme ve yargıya düşen, hukuka açık aykırılığı belirlemek ve yokluğa neden olan olay karşısında tavır alabilmektir. Anayasal düzene ve Anayasa’nın koruduğu değerlere sahip çıkmanın herkes için, özellikle yargı yerleri için onurlu bir görev olduğu unutulmamalıdır.

²³ 3671 sayılı Kanun’un 2. maddesi, Mahkeme’nin 2.2.1993 günlü kararıyla; 3855 sayılı Kanun’un aynı konudaki 2. maddesi, 28.12.1994 günlü, E1994, K1984/83 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.