

**Eser tahlil ve tenkitleri :**

**Asis. Dr. Ülkü AZRAK**

**René MARCIC, Verfassung und Verfassungsgericht, Wien, Springer Verlag, 1963, X + 212 sahife (DM. 23.80).**



1957 yılında yayınladığı «Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat» adlı eseriyle Avrupanın kamu hukuku literatüründe büyük yankılar uyandırmış olan Avusturyalı hukukçu René Marcic, bu defa «Anayasa ve Anayasa Mahkemesi» adlı bu eseriyle gerek Anayasa kavramının felsefî ve hukukî mahiyeti, gerekse Anayasa Mahkemesinin çeşitli ülkelerin hukuk düzenindeki yeri, mahiyeti ve fonksiyonu üzerine kısa, fakat oldukça teferruatlı ve titiz bir çalışma ortaya koymuş bulunuyor. Eserin bilhassa üçüncü ve son kısmında, Anayasa Mahkemesinin yargılama alanındaki fonksiyonu, muhakeme usulü ve mahiyeti hakkında 9 Avrupa ülkesi ile Afrika ve güney Amerika ülkelerini kapsayan gayet geniş bir mukayeseli inceleme yapılarak, bu alanda bir senteze varılmak hususunda verimli bir teşebbüste bulunulmuştur.

Eser, bizzat müellifin deyimiyle «hukukun gerçekliği» üzerine bir «hukuk felsefesi denemesi» teşkil etmekte olup, bu konudaki daha geniş bir tasavvurun ancak bir parçasından ibarettir (sh. 2 vd.). Öte yandan hukukun gerçekliği başka bir deyimle hukuk realitesi, bu eserde, hukukun yapısının bir şekil ve düzen olarak tahlili suretiyle elde edilmeğe çalışılmaktadır. 1960 ve 1962 yıllarında Viyana ve Münih üniversitelerinde müellif tarafından verilmiş olan dersler ve yapılmış bulunan seminerlerin konularının sistematik surette derlenmesiyle meydana çıkarılmış olan bu kitap «Anayasa»,

«Hukuk ve Mahkeme» ve «Anayasa Mahkemesi» başlıkları altında toplanmış bulunan 3 kısım ve bu kısımlar içersindeki çeşitli bölümlerden ibaret olup, önsözde belirtildiği gibi Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, üyelerin seçimi ve atanması, yorum metodları, iptâlin mâhiyeti ve mahkeme kararının hukukî etkisi gibi konular dışarda bırakılmıştır. Müellif, bu konuları başka bir kitapta inceleyeceğini bildirmektedir.

Gene önsözde belirtildiği gibi, eser, toplumun refah ve güvenliğiyle insan haysiyetinin korunması ve gerçekleştirilmesi için siyasal olayın ne suretle hukuksallaştırılacağı probleminin çözümü çabasına sahiptir. Bu maksatla, bir normatif Anayasa kavram ve teorisi ile bir mahz tabii (doğal) hukuk teorisine götüreceği yolun çıkış noktaları bulunmağa çalışılmıştır. Aynı zamanda, Anayasa yargısı, yâni kanunların Anayasaya uygunluklarının yargı yolundan denetimi kavramı aydınlatılırken genel mahakeme teorisinin esaslarından geniş ölçüde faydalanılmış bulunmaktadır.

Kitabın ilk kısmının 1. bölümünde Anayasa kavramının ontolojik, felsefî anlamı açıklanmıştır. Burada müellif, Anayasanın bütün toplum hayatında genel mahiyette temel bir kavram olduğunu açıklamak üzere, bu kavramın terminolojik köklerine kadar inmekte, Anayasa teriminin Yunan'da «fisis», Romalılarda «natura» deyimleriyle karşılandığını, bugünkü terminolojide «şekil», «esas yapı», «temel şart», «statü» ve «düzen» deyimleriyle eş anlamlı (synonime) bir terim olarak kabul edilebileceğini belirttikten sonra Aristo'da tüm gerçeğin temelinin, Anayasa (nitmos = usul), şekil (morfi) ve düzen'den (taksis) ibaret bulunduğuna, Aristo'ya göre kuvvetin hareketinin önceden belirtilmiş, sınırlanmış olması gerekeceğine (faneron oti proteron energeia dinameos estin; Met. VIII 3, 1049 b 5), aynı şeyin St. Thomas tarafından «şüphesizdir ki gerçek, imkândan önce gelir ve ondan daha geniştir» (palam quia prior est actus potentia) şeklinde ifade edilmiş olduğuna ve imkâna göre öncelik taşıyan gerçekliğin Anayasa'da, şekilde ve düzende kendini bulduğuna işaret etmekte, eski Yunan'daki «şeklin (morfi), malzeme veya maddeden (ili) hem daha üst aşamada olduğu (kiriotera), hem de doğal olarak ondan önce geldiği (ti fisei proteron)» düşüncesinin gerçeğe uygun olduğunu söylemektedir.

Bu bölümün 2. paragrafında «formal olan şeyin önceliği» ele alınmakta formal varlığı teşkil eden Anayasanın bir gerçek olarak, imkândan önce geldiği ve ondan üstün olduğu, imkânın gerçeğe

göre ölçülmesinde olduğu gibi Anayasanın altındaki normların Anayasa ile ölçülmesi, önceliğe sahip olan şeklin ölçüsüne vurulması gerektiği belirtilerek bir şeyin mahiyetinin sadece şekilden ibaret olmayıp maddeye de sahip olmasına rağmen, şeklin varlığın kurucu temeli olduğu düşüncesinin eski Yunan felsefesinden bu yana değerinden bir şey kaybetmemiş bulunduğu bildirilmektedir.

Böylece, Aristo'nun ve St. Thomas'ın, gerçeğe imkândan, şekle maddeden ya da muhtevadan önce bir yer veren düşüncesinin doğruluğu gösterilerek, şekilciliğin, varoluşçuluk, aktüalizm ve realizm (gerçekçilik) olarak ifade edilebileceği, ancak bu kabul edildiği takdirde ki Anayasanın üstünlüğünü ve önceliğini bilimsel olarak açıklamanın mümkün olacağı, şeklin gözden kaçırılmasının hukuksal şeklin değerinden kaybetmesine, Anayasanın bir temel norm olarak sahip olması gereken üstün durumdan uzaklaşmasına yol açacağı belirtilmektedir.

3. bölümde Anayasanın bir düzen olduğu ortaya konabilmek için düzenin ifade ettiği anlam üzerinde durulmakta ve düzen kavramının, ilişkilerden ibaret bir birlik, eski Yunan felsefesinin deyişiyle lojik bir birlik şeklinde açıklanması gerekeceği, hukukun bir düzenden ibaret olduğu, bu sebeple hukukun problemlerinin, aynı zamanda bir düzenin problemleri olarak ele alınarak çözümlenmesinin gerekliliği (1), hukukun bir düzen olarak aşamalı (hiyerarşik) bir yapıya sahip olduğu, bu düzende en az iki aşama bulunduğu ve bunlardan ön plânda gelenin bir temel norm olarak Anayasa olduğu, Anayasanın bu mahiyeti dolayısıyla dağınık olan çokluğu (kesreti) nefsinde toplayıp birleştirdiği hususları açıklanmaktadır.

4. bölümden dokuzuncu bölüme kadar, Anayasanın iç yapısı ve dinamiği, hukuk düzenindeki aşamalar, hukukîlik açısından Anayasa ve Anayasanın yürürlüğü, önceliğe sahip bir norm olarak Anayasa incelenmektedir. 9. bölümde Anayasa, Devletin şekli olarak gösterilmekte, Anayasanın hukukî karakterinin, Devletin birleştirici temelinden, daha doğrusu bizzat Devletin hukukî karakterinden ibaret olduğu, bunun da önceliği dolayısıyla ön plânda geldiği, Hukukun, Devletin ve Anayasanın bir ve aynı şeyin çeşitli görünüşleri olduğu hususuna işaret edilmektedir. Buradan anlaşılacağı gibi müellif Viyana okulunun ve özellikle KELSEN'in hukuk ve Devlet

(1) Bk. KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, sh. 195.

hakkındaki görüşüne sâdık kalmaktadır. Gerçekten bu görüşe nazaran, hukuk ile Devlet bir ve aynı şeyin iki ayrı görünüşüdür. Hukuk Devleti, yahut hukukla bağlı Devlet dışında bir Devlet yoktur ve olamaz. MARCIC te Anayasalı Devlet ve hukukla bağlı Devlet dışında bir Devlet olamayacağı görüşünü savunmaktadır (sh. 21).

Biz, bu görüşü, realiteye uymadığı için paylaşamıyoruz. Gerçekten aşırı iyimser olan bu fikir, hukuk ile Devlet arasındaki antinomiye ya da diyalektiği gözden kaçırmaktadır. Hukuk ile Devletin aynı şeyin iki görünüşü olarak kabulü, Devletin hukukla sınırlanması çabasını anlamsız bırakabileceği gibi Devletin yarattığı hukuk normları bakımından, olan ve olması gereken zıtlığı da kaybolmasına yol açabilir. Nihayet hukuka bağlı kalmadığı halde Devlet niteliğini muhafaza eden Devletlerin gerek eskiden gerekse günümüzde var olması, bu görüşün realiteye uymadığını göstermektedir. İmdi, Devlet niteliğini muhafaza ediyor diye, (hukuk Devleti dışında bir Devlet olmadığına göre) bu tipteki Devletleri de Hukuk Devleti mi sayacağız? Nasyonal Sosyalist rejimin savunucusu rolündeki hukukçular da bu görüşten faydalanarak, gerçekte hiç bir zaman hukuka bağlı bir Devlet sayılamayacak olan Nasyonal Sosyalist Alman Devletini de sui generis bir hukuk Devleti saymış değiller miydi? (2) Viyana okulunun ve onu takip eden Marcic'in bu konuda şekilciliği biraz fazla ileri götürmüş bulunduğu anlaşılıyor.

Eserin 1. kısmının 2. bölümünde müellif, siyasî ve hukukî anlamda Anayasa kavramını ele almakta, siyasî anlamda Anayasanın, Devletin şeklini gösterdiğini ileri sürerek şu hususlara işaret etmektedir: Aristoteles'in de belirttiği gibi, zamana bağlı siyasî anlamda Anayasa, bir hâkimiyet, egemenlik realitesinin akılcı ve objektif kriteriyumunu teşkil eder (sh. 48 vd.). Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet elemanları Politie (serbest - özgür Devlet) ve res publica kavramları içersinde yer alır ve bundan elde edilen sonuç, gerçek ve olumlu anlamda Demokrasidir. Buna karşılık Aristotelesin «Panbasileia» adını verdiği otokrasi, tiranlık, despotluk ve mutlak monarşi ile azınlığın diktasından ibaret olan oligarşi, demokrasinin kötü anlamda olanıdır (sh. 51 vd.) Azınlığın egemenliği şeklinde

(2) Bk. BINDER, J., System der Rechtsphilosophie, Berlin, 1937, sh. 333 vd.

SCHMITT, C., Nationalsozialismus und Rechtsstaat, Juristische Wochenschrift, 1934/I, sh. 713 vd.

görünen monarşi ve aristokrasi, hukuksal bir egemenlik olabilir. İşte bütün bu hallerde Anayasa, bir egemenlik şeklini ifade eder.

Hukukî anlamda Anayasaya gelince; burada da bazı ayırımlar yapılmaktadır. Bir kere deney-üstü (transzendental) Anayasa kavramı, hukuk felsefesi açısından ele alındığında, var olan temel norm anlamında mutlak bir önceliğe ve devamlılığa sahiptir. Aynı kavram, hukuk mantığı açısından ele alınırsa, Kelsen'in, Merkl'in ve Verdross'un kabul ettikleri gibi, sadece düşüncede bir temel norm, bir başlangıç normu (Anfangsnorm) olarak görünür. Öte yandan Viyana okulunun görüşünce (ki Marcic te bu görüşü paylaşmaktadır), deney-üstü Anayasa, pozitif Anayasayı meydana getirecek organı (pouvoir constituant) kurar ve bu organın uygulayacağı prosedürü tayin eder; pozitif Anayasa da bu organ tarafından ve tayin edilmiş olan prosedüre göre meydana getirilir.

Pozitif hukuk açısından Anayasa ise, kanun koyma faaliyetinin tâbi olacağı yetki ve prosedüre ait normlardan ibaret bir usul kanunu mahiyetinde olmakla kalmayıp, materyel, maddî normlar da ihtiva eder. Bu sonuncular da kanunların muhtevalarını çok defa olumsuz (negatif) şekilde sınırlayan, tayin eden «temel hak ve hürriyetler» ile ilgili normlardır (sh. 33). Şeklî anlamda Anayasa ile maddî anlamda Anayasa kavramları arasındaki ayırımı gelince; kanunların Anayasaya uygunluğunun denetimi bakımından büyük bir önem taşıyan bu meseleyi müellif şöyle açıklamaktadır: şeklî anlamda Anayasa, ya doğrudan doğruya Anayasa belgesinde bulunan, ya da başka hukuk kaynaklarında bulunmakla beraber, bahsi geçen belgedeki sarahat dolayısıyla Anayasa normu mertebesine yükseltilmiş olan normların tümünden ibarettir. Bu anlamda Anayasa ile alelâde kanun arasında şeklen hiyerarşik ilişki vardır. Maddî anlamda Anayasa ise, Devletin organlarının kuruluşuna, yetkilerine, faaliyetlerinde takip edecekleri usule ve nihayet temel hak ve hürriyetlere müteallik normlardan ibarettir. Müellife göre, bir Anayasanın temel hak ve hürriyetlerle ilgili olan kısmı, şeklen ve maddeten kanun koyma prosedürü çerçevesi içinde mütaâa olunur (sh. 33).

Şeklî anlamda Anayasa ile alelâde kanun arasındaki farklardan biri, ilkinin meydana getiren organ ile ikincisini meydana getiren organın birbirinden ayrı olmasıdır. Bu da Anayasanın felsefî mahiyetinden çıkan bir farktır. Şeklî anlamda Anayasanın kanundan farklı olarak, bir kurucu meclis tarafından meydana getirilmesi, Anayasanın üstünlüğünün (Suprematie der Verfassung) bir ifadesidir

(sh. 37 vd.). Öte yandan bu keyfiyetin, Anayasanın felsefî mahiyetinden çıkışı, «şeklî anlamda Anayasa kavramı»nın eşyanın tabiatına uygun olduğunu gösterir. Bütün bu açıklamalardan çıkan sonuç ta şudur: nasıl ki düzen, sadece şu veya bu aşamayı değil, tek bir temele dayanan tüm hiyerarşiyi ifade ediyorsa, Anayasa da bir yandan normlar hiyerarşisinde en yüksek basamak olarak, hendi altındaki normların temel ölçüsünü, diğer yandan da Devletin, hukukî birlik olarak tüm pozitif hukuk düzenini, normlar sisteminin tümünü, başka bir söyleyişle Anayasa düzenini ifade eder (sh. 57).

Buraya kadar nakledilen eserin bu birinci kısmı hakkında söylemek istediklerimiz şunlardan ibarettir: eserin bu kısmında Marcic'in günümüzün Anayasa hukuku doktrini karşısında benimsediği görüş ve davranışı açık bir şekilde dile getirilmiştir. Müellif, St. Thomas'ın ve Aristoteles'in tabii hukuk görüşünden hareket ederek Viyana okulunun (Kelsen, Mehl ve Verdross'un) görüşünü, özellikle Kelsen'in «mahz hukuk görüşü»nü birincisine bağlamaktadır. İlk bakışta heterojen gibi görünen bu iki teorinin unsurlarını birbirine bağlayarak bir senteze varılmış olması, çok orijinal ve ilgi çekicidir. Eserin bu kısmında açıkça görülebileceği gibi, müellif Thomizm ile Viyana okulunun görüşlerini sadece ana çizgileri itibarıyla değil, fakat somut meselelerde de birbirine bağlamayı başarmıştır. Bunun en tipik örneği hukuk düzeninin aşamalı yapısı (normlar hiyerarşisi) konusundaki görüştür. Bu görüşün izlerine St. Thomas'da rastlamak mümkün olduğu gibi, aynı görüş Viyana okulunun dayandığı esasr teşkil etmektedir (bk. Kelsen *Reine Rechtslehre*, B. 2, 1960, sh. 228 vd.). Her ne kadar müellifin, St. Thomas'ın görüşü hakkındaki açıklamalarının isabetli olup olmadığını burada tartışmak istemiyorsak da, müellifin bu eseriyle kilise hukukunun ve katolik hukuk felsefesinin görüşüne karşı bazı reaksiyonlar göstermesini beklediğimizi, fakat böyle bir reaksiyona eserde pek rastlamadığımızı ilâve etmek zorunluluğunu duymaktayız.

«Hukuk ve Mahkeme» başlığını taşıyan ikinci kısımda önce bir hukukî kavram olarak Devlet ele alınmakta ve Devletin tasarruflarının ancak birer hukukî tasarruf olarak mütalâa edilebileceği, Devlet düzeni bir hukukî düzen olduğuna göre şeklen hukukî mahiyet taşımayan hiç bir Devlet tasarrufu tasavvur olunamayacağı, Devletin beşerüstü bir varlık sayılamayacağı ve hikmeti hükümet (Straatsråson) denen şeyin reddi gerektiği yolundaki Viyana okulunun görüşü benimsenmektedir. Müellif Devletin hukuk dışı dav-

ranışlarının sonuçlarından da söz açarak hukukî dayanaktan yoksun Devlet tasarruflarının hukukî bakımdan muteber sayılamayacağını, özellikle yokluğa kadar varan bir sakatlık taşıyan Devlet tasarruflarına uymak gerekmeyeceğini, Devlet tasarruflarına itaat vecibesinin, bu tasarrufu yapan Devlet organının kendisinden değil, fakat tasarrufun hukuka uygunluğundan çıktığını ileri sürerek, hukuka aykırı her tasarrufun icrasının hukuk dışı cebrî bir fiil, bir haksız fiil teşkil ettiğini, bunun ise fertlerden gelecek bir direnmeyi, hattâ bir silâhlı mukavemeti haklı kılacağını belirtmektedir (sh. 61). Bir Devlet tasarrufunun yokluğa kadar varan bir sakatlık taşıması hallerinde tabiî hukuk açısından mukavemet hakkı etkisini gösterir. Bu gibi hallerde mukavemet hakkı Devletin dışında ve Devlete karşı bir korunma tedbiridir. Şu kadar ki müellif bu fikirlerin arkasından şunu eklemektedir: bir hukukî tasavvur olarak Devlet tasavvurunun iç kinetiği, hukukî himayeyi pozitif hukuk alanına yavaş yavaş kaydıran hukuk tekniğinin gittikçe incelmelerini ve hassaslaşmasını sağlamakta ve bu sayede tabiî hukukun bir müeyyidesi olarak mukavemet hakkı lüzumsuz bir hale gelmektedir. Gerçekten hukuka aykırı Devlet tasarruflarına karşı etkili bir hukukî himaye teşkil eden idarî yargı ve Anayasa yargısı, idare edilenlerin mukavemet hakkını gitgide geri plâna atmaktadır. Hukuk Devleti kavramı, XIX. ve XX. yüzyılın idarî yargı ve Anayasa yargısı kurumları sayesinde yürütme kuvvetiyle, yasama kuvvetinin hukuka aykırı tasarruflarına karşı hukukî himayeyi garanti eden bir millî siyasal düzenini ifade ediyorsa, hukuk Devleti ile bizzat ihkakı hakkı meşru kılar mahiyette bir yokluk şeklindeki sakatlık birbiriyle çelişme halindedir. Başka bir söyleyişle hukukî himayenin yeterli ve etkili olduğu yerde, yokluk şeklindeki bir sakatlık bahis konusu değildir (bk. WINKLER, G., Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten, 1960, sh. 35). Bu suretle müellif idarî yargının ve özellikle Anayasa yargısının hukuk Devleti açısından önemini ve var olmasındaki zorunluğu açıkça göstermektedir.

Eserin ikinci kısmının «Hukuk Devleti, Demokrasi, Muhakeme, Mahkeme» başlığını taşıyan ikinci bölümünde hukuk Devleti ile Demokrasinin ilişkisi ve bu açıdan muhakemenin taşıdığı önem açıklanmaktadır. Müellif, burada demokrasi ile hukuk Devleti arasında var olduğu ileri sürülen zıtlığın, görünüşte var olduğunu, fakat gerçekte bu iddianın, demokrasinin mahiyetinin iyice anlaşılmasından ileri geldiğini söylemektedir. Demokrasi ile hukuk Devleti

arasındaki sıkı bağ, müellife göre, özellikle Devlet tasarruflarının meydana getirilişinde kendini gösterir. Marcic, Viyana okulunu takiben her Devlet tasarrufunun meydana getirilişi işlemini, bir hukuk uygulaması olarak görmekte ve Merkl'in görüşüne uygun olarak, her hukuk uygulamasının da bir muhakemenin çerçevesi içerisinde cereyan etmesinin gerekliliğine inanmaktadır. Müellife göre gerek demokrasinin gerekse hukuk Devletin icabı olarak, ilgili fertler bir Devlet tasarrufunun meydana gelişi prosedürüne, başka bir deyimle muhakemeye aktif olarak katılmalıdırlar (3). Ancak bu suretledir ki Devlet organlarının keyfî hareket etmesi önlenmiş olur. Bu keyfiyete demokratik bir hukuk Devletinde, hukuk uygulamasının her aşamasında rastlanır: Seçimler, halkın kanun teklifi, referandum, idarî yargı, Anayasa yargısı v.s. Kelsen'in de ifade ettiği gibi (Vom Wesen und Wert der Demokratie, sh. 94) demokrasi, sosyal düzenin bir hukuk düzeni olarak yaratılışına ait bir metottur ki bu metot hukuka uymak zorunda olanların hepsinin kendileriyle ilgili muhakemeye (hukukun uygulanması prosedürüne) katılmalarının mümkün kılınmasından ibarettir. Demokrasi tasavvurunun sonunda, daima siyasî olayı hukukî ve kazaî yoldan denetleyen bir yargıç bulunur. Bütün bu mülâhazaların vardığı sonuç şudur: nasıl ki alt kademelerde hukukun uygulanması prosedürüne fertler aktif olarak katılıyorsa, daha üst kademede, yani Anayasanın uygulanması prosedürüne, başka bir deyimle kanunların Anayasaya uygunluğunun denetimi prosedürüne de katılmalıdırlar.

Eserin üçüncü kısmı «Anayasa Mahkemesi» başlığını taşımaktadır. Birinci kısımda tümevarım metodunun uygulanmasına karşılık bu son kısımda tümdengelim metodu kullanılmıştır. Şöyle ki bu kısımda önce hukukun mantıkî sistemi içerisinde mevcut bir fenomen olarak Anayasa Mahkemesinin mahiyeti ve fonksiyonu ele alınarak açıklanmakta, bunu bahis konusu fonksiyonun konusu, bu fonksiyonun icrasında uygulanacak ölçü, ve prosedürün çeşitli hukuk sistemlerinde incelenmesi takip etmektedir. Böylece müellif, bu

(3) Avusturya'da idarenin faaliyeti de bir yargılama faaliyeti gibi hukukun uygulanması tarzında ele alınmış ve özellikle ferdî mahiyette idarî tasarrufların meydana getirilmesi faaliyetinde yargılama usullerine benzer bir usulün, başka bir deyimle dar ve teknik anlamda muhakemenin uygulanması 1925 tarihli Umumi İdarî Usul Kanunu ile kabul edilmiştir (bk. HELLBLING, E. Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen, C, I, 1953, Wien).



kısmın başında vazettiği görüşleri, çeşitli hukuk düzenlerindeki pozitif hükümler ve uygulamalarla ispatlamağa çalışmaktadır. Hemen ilâve edelim ki, eserin bu kısmında Marcic, çeşitli ülkelerde Anayasa Mahkemelerinin fonksiyon, yetki ve işleyişini incelerken kendisini aşırı bir iyimserliğe kaptırmış görünmektedir. Meselâ, Haiti, Paraguay, Dominik gibi denizaşırı ülkelerin Anayasa mahkemelerinin diktatörlük rejiminin etkisi ve siyasî fırtınaların anaforu içerisinde kaldığını, Fransadaki Anayasa konseyinin (Conseil Constitutionnel) tarafsız bir mahkemedен ziyade bir yarı-siyasî organ olduğunu kabul etmesine rağmen (sh. 83), bu ülkeleri de klâsik Anayasa yargısına sahip hukuk sistemleri arasına katması ve bugün artık hemen hiç bir Devletin Anayasa yargısından, başka bir deyimle kanunların Anayasaya uygunluklarınının kazaî yoldan denetlenmesinden vazgeçemeyeceği sonucuna varması (sh. 85), bizim katılamadığımız aşırı bir iyimser görüştür. Bu iyimserliği boşa çıkaran olaylardan en trajik olanı, herhalde Kıbrıs Anayasa Mahkemesinin siyasî olaylar dışında ve onların etkisinden masun kalamayarak bugün işlemez hâle gelişidir. Bu da göstermektedir ki Anayasa Mahkemelerinin âkıbeti, özellikle siyasî ve sosyal rejimi oturmamış olan ülkelerde (bilhassa geri kalmış ülkelerde) bu rejimin âkıbetine tâbi olmaktadır.

Öte yandan Anayasa yargısının etkililiği meselesinde de müellifin iyimser görüşüne katılmak mümkün değildir kanaatimizce. Gerçekten Marcic eserinin bu kısmında Anayasa mahkemesinin fonksiyonlarını ve bu fonksiyonların şekli objelerini zengin misallerle göstermiştir (sh. 93 vd., sh. 112 vd.); bizce Anayasa yargısının etkililiği, kendisini her şeyden önce Anayasa mahkemesine başvurma yetkisinde gösterir. Bu yetki ne kadar geniş kütlelere verilirse Anayasa yargısı o derece etkililiğe sahip olur. Bu demek değildir ki bütün hukuk sistemlerinde Anayasa Mahkemesine başvurma yetkisi konusunda en geniş ölçü birbirinden farksız surette uygulanır. Müellif bu konudaki farklılıklara ve birçok hukuk sistemindeki yetersizliğe ve noksanlığa da işaret etmektedir (135 vd). Bununla beraber eski Yunan'daki Ephorat ve Tribunat'lardan (sh. 172) alınacak ilham ile ve bilhassa İskandinav ülkelerindeki halkın vekili mahiyetini taşıyan «Ombudsmand» müessesesine benzer bir müessesenin diğer hukuk sistemlerinde de ihdası ve bu maksatla bir kanun sözcüsü, yahut Genel savcı veya halk vekili sıfatını taşıyacak olan bir ajana Anayasaya aykırı kanunlar aleyhine Anayasa Mah-

kemesine gerek re'sen, gerekse idare edilenlerin uyarması üzerine başvurmasının sağlanması yolunda müellifin ortaya attığı teklife tereddütsüz katılıyoruz. Çünkü kanunların Anayasaya uygunluğunun denetimi, sadece ferdî menfaatlerin değil, aynı zamanda objektif hukuk ve Anayasa düzeninin de korunması gayesine yönelmiştir. Hattâ bu sonuncusu bir çok hallerde ön plânda gelmektedir.

Öte yandan müellifin «Anayasa Mahkemesinin uygulayacağı ölçüler = die Maßstäbe des Verfassungsgerichts» başlığı altında ileri sürdüğü fikirlerle de eserin başından beri sadakâtle takip ettiği Viyana okulunun «mahz hukuk görüşü» ne zıt bir yön takip ettiğine işaret etmek istiyoruz. Gerçekten mahz hukuk teorisine göre, hukuk bilimi kendisine yabancı olan elemanlardan ve bilhassa geleneksel mahkeme içtihatlarına hâkim olan ideolojik eğilimlerden temizlenmek gerekir (bk. KELSEN, H., Reine Rechtslehre, 1960, sh. 1). Oysa Mercic eserinin 128. sahifesinde Anayasa Mahkemesinin Kilise hukukunu bir ölçü olarak uygulayabileceğini söylemektedir. Lâik meselelerin çözümlenmesinde nasıl olup ta kilise hukukunun uygulanabileceğini izah etmek bizce mümkün değildir. Bundan başka hukuk âleminin, müstakar hukuk gelenekleri içersine sıkıştırılmasını da (sh. 129) isabetli görmemekteyiz. Hukuk gelenekleri «olması gereken» i değil, «olan» ı gösterir ve bu sebeple de hukuk normu mahiyetini taşımaz.

Müellif Anayasa mahkemesinin yetki ve prosedürünü muhtelif hukuk sistemlerine göre mukayeseli surette incelerken Türk sistemine eserinin bir çok yerinde atıflarda bulunmaktadır. Bunlardan kayda değer olanlarına burada işaret etmek isteriz: eserin 94 ve 95. sahifelerinde, 25 numaralı dip notunda Türkiye'de, İtalyan sisteminde mülhem olarak bir dâva mahkemesinin karara bağlayacağı olayda uygulaması gereken kanunun Anayasaya aykırılığına kanaat getirmesi halinde, bu meselenin incelenmesi için dâva dosyasını tarafların istemi olmadan, yâni re'sen de Anayasa Mahkemesine gönderebileceğine, bunun hukukî teminatı arttırdığına işaret etmekte ve Türk doktrininde kanunların Anayasaya aykırılığı meselesinin bir dâva dolayısıyla ortaya çıkması üzerine Anayasa Mahkemesinin yapacağı denetime «defi yoluyla denetim» denmesinin tarafımızdan

(4) Bu tenkit için bk. AZRAK, Ülkü. Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei, Jahrb. öff. R., C. 11, 1962, sh. 88, dip notu: 38.

kaleme alınmış olan bir makalede eleştirilmesine dikkati çekmektedir (4). Ayrıca 97. sahifede Türk Anayasasının siyasî partilere bir kanunun Anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurma yetkisinin verilmiş olmasını Kelsen'in yıllardan beri ileri sürdüğü bir talebe uygun olduğuna, bugün parlamentoda azınlıktaki parti ile çoğunluktaki parti arasında mevcut uyuşmazlıkların bir hukukî uyuşmazlık şekline büründüğüne işaret etmektedir.

Öte yandan müellif, yürürlükten kalktığı halde hukukî tesirlerini sürdürmekte olan bir kanunun Anayasaya aykırı olup olmadığının, 1961 Türk Anayasasının geçici 9. maddesi hükmü karşısında denetlenemeyeceği, bunun ise Anayasa yargısı sisteminin ruhu ve gayesine aykırı düştüğü yolundaki görüşümüze (5) katılmaktadır (sh. 123). İlâve edelim ki müellif, 1961 Anayasasının 153. ve geçici 4. maddesindeki kanunların Anayasaya aykırılığının dermeyeran edilememesi ve bunların Anayasa mahkemesince denetlenememesini garip karşılamakta ve tenkit etmektedir (sh. 115).

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz: eserin varmak istediği hedef demokratik hukuk Devletinin çağımızın Devlet şekli olduğunu ve Anayasa Yargısının bu Devlet şeklinin ayrılmaz bir elemanı haline geldiğini kanunların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesinin bir bağımsız mahkeme tarafından yapılmasının gerekliliği hususlarını inandırıcı delillerle ortaya koymaktır. Müellif uzun bir çalışmanın mahsulü olan bu eseriyle, bahsi geçen hedefe ulaşmıştır. Hayli çetin, karışık ve teferruatlı problemlerin 212 sayfa içersinde büyük bir vuzuhla aydınlatılmış olması takdire şayandır. Çağımızın kamu hukukunda çok büyük bir önem taşıyan Anayasa yargısını çeşitli yönleriyle inceleyen kamu hukuku ve hukuk felsefesi bilgini René MARCIC, bu eseriyle çok güç bir işi başarmış ve hukuk literatürüne değerli bir eser kazandırmıştır.

**Asistan Dr. A. Ülkü AZRAK**

(5) Bk. AZRAK, A. Ü., adı geçen makale, Jahrb. öff. R., C, 11, sh. 85.