

1982 ANAYASASINA GÖRE DEVLETİN ÖZÜ

Prof. Dr. Yıldızhan YAYLA (*)

GİRİŞ

Anayasa, iktidarın hukukî statüsünü belirleyen kurallardan oluştuğu ve bu kralları da, demokratik düzenlerde, egemen güç olan Millet veya Millet adına temsilcileri belirlediği için, bunların iç hukuk bakımından en üstün kurallar oldukları kolayca kabul edilir. Ama, sözkonusu kurallar arasında, iktidarın temelini, özünü meydana getiren ve artık kuraldan çok ilke adı verilebilecek öyle esaslar vardır ki, bunları değiştirmek, olağan hukukî yollardan, çok kere mümkün olmaz. Hâтта, böyle bir imkânın verilmesini, doğrudan doğruya Anayasa yasaklar. Bu durum, Anayasanın zor değiştirilebilir olmasından yani katılığından da farklıdır. Burada korunan, iktidarın temeli, Devletin özüdür. Değiştirilmesi istenmeyen bu temel, Anayasanın hukuk alanındaki özsavunmasına bırakılmıştır. Türk Anayasa Mahkemesi bunu şu satırlarla ifade eder: "...çağdaş anayasalar, kendilerini... istenmeyen ve uygun olmayan değişikliklere karşı koruyan ve güvence altına alan hükümleri ve kuruluşları birlikte getirme yolunu seçmişler ve sonunda sağlamayı başarmışlardır¹".

Anayasanın değiştirilemeyecek esası, özü konusu ve bu esasa bağlı tartışmalar, 1961 Anayasası döneminde, şüphesiz, Anayasa Mahkemesinin etkisini ve işlevini sürdürebilmesi ihtiyacının da katkısıyla ciddi tartışmalara yol açmıştı². Bu tartışmaların üzerinde yoğunlaştığı sorunlar şöyle özetlenebilirdi:

(*) Prof. Dr. Yıldızhan Yayla, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesidir.

1) A. Mahk. 15.4.1975, K. 87 (RG. 26.2.1976).

2) Bkz. EROĞUL (C.), Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ank. 1974;

1 — Anayasa hükümleri arasında farklılık var mıdır? Anayasa Mahkemesinin, Cumhuriyet kavramının içeriğinde varsaydığı esaslar, Anayasa kuralları içinde bir silsile yaratmakta mıdır?

Bizim, bu tartışmalar ve kararlar çerçevesinde vardığımız sonuç şu idi: Anayasa Mahkemesi, Anayasada, değiştirilebilen kurallarla, Cumhuriyetin temelini, özünü oluşturan ilkeler ve bunlara içerik kazandıran, kurallar arasında, ilkeler lehine bir ayırım yapıyor, ikincisine uymayan değişiklikleri geçersiz sayıyordu³.

SEROZAN (R.), "Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları", İst. Huk. Fak. Mec., C. 37, Sayı 1-4; SOYSAL (M.), "Anayasanın Anlamı, 100 Soruda, 2. Baskı, İst. 1974, soru 73; TURHAN (M.), "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri", Ank. Üniv. Huk. Fak. Der., Ank. 1977, Sayı 1-4; YAYLA (Y.), "Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü", Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İst. 1979 ve ilgili Anayasa Mahkemesi kararları.

- 3) YAYLA (Y.), a.g.m., s. 976-979. Burada, bir noktayı açıklamamız gerekiyor. Konunun, daha sonra tartışıldığı bir başka çalışmada, (SAĞLAM, F., "Temel Hakların Sınırlanması ve Özü" Ank. 1982, s. 179, dipnot 109), müellif şöyle demektedir: (...Anayasa Mahkemesinin, Anayasa normları arasında hiyerarşi bulunduğunu açıkça kabul eden hiç bir kararı yoktur. Bu bakımdan YAYLA'nın... yazısında Anayasa Mahkemesinin "Anayasaların kendi bünyeleri içinde de bir kurallar silsilesi" bulunduğunu kabul ettiği yolundaki görüşü... özellikle tırnak içine aldığı ibare dolayısıyla yanıltıcı ve hatalıdır. Çünkü yukarıda altını çizdiğimiz bu ibare dava dilekçesinde yer almış olup... Anayasa Mahkemesi kararında geçmemektedir).

Hemen belirtelim ki, yazımızda, tırnak içine aldığımız ibareye değil tırnaktan sonraki "**bulunduğunu**" kelimesine dipnotu numarası verilmiştir. Çünkü gerçekten, sözkonusu ibare dava dilekçesine yani "İDDİA" ya aittir. Ve bu iddiayı kabul etmiş görünen de Anayasa Mahkemesidir. Pek tabiidir ki, Anayasa Mahkemesi, SAĞLAM'ın da belirttiği gibi, bunu AÇIKÇA kabul ettiğini ifade etmemiştir. Öyle olsa idi, SAĞLAM'ın tamamını nakletmediği cümlemiz şu şekilde yazılır mı idi? (Yüksek Mahkeme, "Anayasaların kendi bünyeleri içinde de bir kurallar silsilesi" bulunduğunu kabul ediyor olmasaydı, şeklen geçerli Anayasa değişikliği ile Anayasanın bir veya bir kaç eski hükmü arasından birini diğerine tercih etmeyecek; hatta belki de, genel yorum kurallarına uyararak, çelişik gördüğü hükümler arasında mutlaka bir seçim yapması gerektiğinde yenisini dikkate alacaktı.) Görüldüğü üzere, SAĞLAM'ın ileri sürdüğü gi-

2 — Cumhuriyetin değişmezliği kabul edilmiş; bu konuda yasa organının bir teklif dahi getiremeyeceği Anayasa ile öngörülmüştü. Acaba, Cumhuriyet sadece hanedanın reddi mi idi? Yoksa, Devlet şekli olarak kabul edilen bu kavramın içeriğini oluşturan -ve hanedanı reddi aşan- başka nitelikler, esaslar ve kurallar mı vardı? Öğretide çoğunluk, Cumhuriyet kavramının genişletilemeyeceği görüşündeydi ama, Anayasa Mahkemesi, Cumhuriyeti çok geniş bir içerikle anlatmaktaydı⁴.

Anayasa Mahkemesine göre, Cumhuriyet, siyasal iktidarın bütün öğeleri ile birlikte ulusa geçişi demektir". Yüksek Mahkeme, Cumhuriyeti bir rejim, bir devlet sistemi olarak kabul ediyor, bu rejimi ve sistemi oluşturan ilkeleri yani Anayasanın, Başlangıç kısmındaki, Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2. maddesindeki esasları da değiştirilmez sayıyordu. Anayasa Mahkemesi, neden böyle bir zorlayıcı yoruma yönelmişti? Çünkü, Anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi, 1971 yılındaki değişiklikler sırasında sınırlanmıştı ve Cumhuriyetin değiştirilmezliği kuralı, Yüksek Mahkemeye "şekil" adı altında, özellikle "demokratik hukuk" Devletinin korunması açısından bir hukukî imkân sağlıyordu. Anayasa Mahkemesinin bir tür teknik kullandığı ve bu suretle bir yapıma (Construction) vardığı söylenebilirdi. Yalnız, Öğretideki karşı çıkışlara hakverdirecek bir belirsizlik ortaya çıkmıştı. Anayasakoyucu, Anayasada neyi, ne kadar değiştirebilecek, bu kolayca ve önceden kestirilemez hale gelmişti. Çünkü, Cumhuriyet, insan haklarını, demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti niteliklerini de içermekteydi. Anayasa Mahkemesine göre. Gerçi, Yüksek Mahkeme, çeşitli kararları ile, asıl "hukuk devleti" esasını korumayı amaçladığını satırları arasında gösteriyordu ama bu yeterince açık değildi.

3 — 1961 Anayasası dönemindeki, önemli konulardan biri de, şekil açısından Anayasaya aykırı bulunup iptal edilen bir Anayasa değişikliğinin akıbetinin ne olacağı idi. Acaba, bu değişiklikler iptal edilince, Anayasada bir boşluk mu meydana gelecekti?

bi, Anayasa Mahkemesinin yorum ve uygulaması hakkındaki açıklamamız ne yanıltıcıdır, ne de hatalıdır. Ama, sözkonusu iddia, bizim hakkımızda yanıltıcı olabileceğinden bu açıklama zorunlu görülmüştür.

4) Tartışmalar için bkz. YAYLA (Y.), a.g.m., s. 1006 vd.

Bu konudaki incelememiz, bizi şu sonuca götürmüştü: Anayasa Mahkemesinin verdiği bu tür iptal kararları, yalnız Yüksek Mahkemenin yapabileceği bir tür "Yok"luk tesbitidir, iptal edilen Anayasa değişikliğinin hiçbir hukukî etkisi ve geçerliliği yoktur. Değiştirildiği öne sürülen evvelki Anayasa kuralı da varlığını sürdürmektedir⁵.

1982 Anayasası, getirdiği yeni hükümlerle, Anayasaya aykırı Anayasa değişikliği meselesine bazı boyutlar kazandırmış görünmektedir.

I. DEĞİŞTİRİLEMEZ HÜKÜMLERİN ÇOĞALMASI

1982 Anayasasının getirdiği önemli yeniliklerden biri, değiştirilemez hükümleri açıkça çoğaltmasıdır. Bu suretle, bir yandan öğreti ve uygulamaya ışık tutulurken, bir yandan da yeni tartışmalar açılmaktadır.

1 — Yeni Anayasanın 4. maddesi, 1961 Anayasasından farklı olarak şu düzenlemeyi getiriyor: Anayasanın 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ile 3. maddesindeki hükümler de, Cumhuriyet gibi değiştirilemez; değiştirilmeleri teklif dahi edilemez.

4. maddenin "Gerekçe"leri de oldukça ilgi çekicidir. Danışma Meclisi Anayasa komisyonu, ilk defa 1924 Anayasasıyla konulan, Cumhuriyet şeklinin değişmezliği esasının, o tarihte yeni kaldırılmış olan saltanata dönülmesini önlemek ve Cumhuriyeti korumak amacıyla konduğunu; 1961 Anayasası düzenlenirken artık böyle bir endişenin kaybolduğunu, buna rağmen, tarihi niteliğinden dolayı sözkonusu hükmün Anayasaya alındığını belirttikten sonra, aynı sebeple 1982 Anayasası tasarısında da bu hükme yer verildiğini belirtmektedir. Görülüyor ki, komisyon, Anayasa Mahkemesinin yo-

5) YAYLA (Y.), a.g.e., s. 983 vd. Ancak, burada bir ekleme yapmamız gerekiyor. Anayasa Mahemesi, 19.10.1971 tarihli ve K. 73 sayılı bir kararında (RG. 2.7.1972); şekil yönündeki iptal edilen bir Anayasa değişikliği ele alınıyor ve yokluk, mutlak butlan ve iptal müeyyideleri incelendikten sonra, "iptal" de karar kılınıyor ama bunun, "eski hükme geçerlik kazandırdığı" sonucuna varılıyor. Evvelki incelememizde gözümüzden kaçırdığımız bu kararlar ilgili konuya, aşağıda döneceğiz.

rumuna yer vermemekte; bu yorumun Cumhuriyete verdiği “*saltnatı reddi aşan*” anlamı dikkate almamakta ya da, böyle bir yoruma katılmadığını göstermek için, 1924 Anayasasına Cumhuriyeti koruyucu hükmün neden konulduğunu açıklamak ihtiyacını duymaktadır.

Aynı maddenin, Milli Güvenlik konseyi Anayasa komisyonu gerekçesindeki açıklaması ise, 4. madde tasarısında yapılan değişikliği hatırlatmaktan ibarettir. Bu değişiklik, Anayasa Mahkemesinin yorumu değil ama amacı benimsenmiş görünmektedir. Gerçekten, yorum doğru bulunup, benimsense idi, gerekçede yer alacak küçük bir açıklamayla, Cumhuriyetin değişmezliğini sağlayan hüküm ile Devletin niteliklerinin yani 2. maddenin esasen korunduğu belirtilir, belki sadece 3. madde koruma kapsamına alınırdı. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesinin Cumhuriyetin özü içinde kabul ettiği anlaşılan nitelikler de değiştirilmez hükümler arasına alınınca, anlaşılıyor ki, Milli Güvenlik Konseyi, Anayasa Mahkemesinin amacını benimsemiş, Devletin niteliklerinin korunmasını da açıkça istemiştir:

2 — Bu durum karşısında, artık Cumhuriyet kavramının zorlanmasına ihtiyaç kalmamış görünmektedir. Ancak, gene de, tartışılabilecek veya vurgulanacak hususlar bulunmaktadır.

Bir kere, Cumhuriyetin değişmezliğinden ne anlaşıldığı artık açıktır: saltanata dönülemezdir.

İkincisi, devletin bütünlüğünü, resmî dili, bayrağı, millî marşı ve başkenti koruyan hükmün değiştirilmezliği de, içerik bakımından oldukça açıktır. Belki, idarî teşkilâtı düzenlerken siyasî özerkliği hatırlatan hükümler konması düşünülür ve meselâ, Anayasanın mahalli idarelerle ilgili esasları değiştirilmek istenirse bazı tereddütler, tartışmalar veya 4. maddeye aykırılık sebebiyle iptaller sözkonusu olabilecektir.

3 — Bunun yanında, 1982 Anayasasının 4. maddesi, “Anayasanın... 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri...” ibaresini kullanarak, 1961 Anayasası döneminin Anayasa Mahkemesi kararların-

6) YAYLA (Y.), a.g.m., s. 1016-1017. O zaman şöyle demiştik : “Anayasa Mahkemesi bizce, 9. maddenin mutlaka bir içeriği olduğunu kabul ederken de, bu içeriği, dolaylı olarak, sadece hanedanı

daki belirsizliği⁶ de, kısmen önlenmiş görünüyor. Çünkü bu defa, değişmezlik kapsamına alınan, 2. maddenin tümü değil, sadece “Devletin niteliklerine ilişkin” hükmüdür. Ancak, sözkonusu niteliklerin, Anayasanın neredeyse tamamını kapsayacak genişlikte oldukları da meydandadır. Bu itibarla, konuyu gene Anayasa Mahkemesinin içtihadı aydınlatacak; özellikle “demokratik hukuk devleti” cevherinin nasıl korunacağını zaman gösterecektir.

Tabii, biraz aşağıda inceleyeceğimiz sorunların, Anayasa yargısı lehine çözüme kavuşturulması şartıyla.

II. HALKOYU İLE ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ

1982 Anayasasının getirdiği yeni bir başka hüküm, Anayasa değişikliklerine ayrı bir boyut kazandırıyor. Bu hükme göre (m. 175), “Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerini T.B.M.M.ne geri gönderdikten sonra, Meclis geri gönderilen kanunu aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu kanunu halkoyuna sunabilir.”

Demek ki, 1961 Anayasasından farklı olarak Cumhurbaşkanının imkânları artırılmıştır. Evvelce, anayasa değişikliği hakkındaki kanunu tekrar görüşülmek üzere parlamentoya geri gönderemeyen Cumhurbaşkanı (1961 Anayasası m. 93) artık bu imkâna sahiptir. Buna ek olarak, Cumhurbaşkanına, aynen kabul edilen anayasa değişikliği kanununu, gerekli görürse, halkoyuna sunma yetkisi de tanınmıştır. Tabii, bir de, 1961 Anayasasında olduğu gibi, Anayasa Mahkemesine “şekil” yönünden denetim için başvurma imkânı vardır. (1982 Anayasası m. 148). Bu düzenleme, hemen şu soruları ön plana çıkarmaktadır:

1 — Halkoyu ile kabul edilen bir anayasa değişikliği Anayasa Mahkemesince denetlenebilir mi? Bu soru kuramsal ve pratik iki yönden incelemeyi gerektirmektedir.

a) Kuramsal yön: halkoyu ile kabul, egemen güç tarafından kabul demektir. Anayasa Mahkemesi ise, esasen Türk Milleti adına

reddetmekle sınırlamazken de doğru içtihad etmektedir. Ancak, Yüksek Mahkemenin, “Cumhuriyet” teriminin genel anlam ve içeriğini, Anayasanın 2. maddesinin tümüne yollama yaparak belirlemeğe yönelmesi yanlıştır.”

karar veren yargı organının bir parçasıdır. Bu durumda, Yüksek Mahkemenin, iradesini denetleyebileceği başka bir Devlet Organı yoktur. Ancak, Anayasa değişikliği yalnız şekil yönünden incelenebiliyor. Eğer, değiştirilemeyecek hükümlere aykırılık varsa, ortada halkoyuna sunulamiyacak bir metin var demektir. Şu halde, Anayasa Mahkemesinin halkoyuna sunma sözkonusu olmadan, Anayasa değişikliğini, şekil yönünden incelemesine imkân tanımak zorunludur. Bu noktaya hemen aşağıda döneceğiz.

b) Pratik Yön: Denilebilir ki, yalnız şekil açısından denetlenebilen Anayasa değişikliği kanuna karşı, bu kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün içinde Anayasa Mahkemesine başvurulabilir. Halkoyuna başvuru üzerine, halkoylaması beklenecek olursa, bu süre çoktan geçmiş olacaktır. Ancak, burada da, bir kaç sorun karşımıza çıkmaktadır.

— Bir kere, Anayasanın 148. maddesi, “kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz”, diyor. Bu ifadeye ve m. 148 ile 149’un gerekçelerine bakılırsa, şekil yönünden iptal davası açabilmek için kanunun (Anayasa değişikliğinin) yayımlanmış olması şart değil.

— İkincisi, Cumhurbaşkanı’nın hem Anayasa Mahkemesine, hem de halkoyuna başvurması imkânı, belki saklı tutulmamış ama önlenmiş de gözüküyor.

— Üçüncüsü, şekil yönünden Anayasa Mahkemesine başvurma imkânı T.B.M.M. üyelerinin beşte birine de tanınmış. Bu üyelerin, Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna başvurulması halinde, Anayasa Mahkemesinde, şekil yönünden iptal davası açamıyacaklarına ilişkin bir hüküm ise yok.

2 — Cumhurbaşkanı, Anayasa değişikliğini, yayımlanmadan halkoyuna sunabilir mi? Anayasanın 175. maddesi, halkoyuna sunulacak metnin “kanun” olduğunu açıkça belirtmekle birlikte, yayımlanmadan sözetmemektedir. Bu durum, 175. maddeyle, kanunların yayımlanması zorunluğunu öngören 89. maddeye bir istisna getirildiği sonucuna götürebilir. Fakat, susmayı bir istisnanın varlığı şeklinde anlamak yerine, açıklık olmayan yerde, asıl kuralın geçerliliğini sürdürmesi gerektiği de ileri sürülebilir. Başka bir ifadeyle, 175.

maddenin yayımdan sözetmemesini, 89. maddedeki genel yayım kuralıyla tamamlamak doğru görülebilir. Yeter ki, halkoyuna sunmanın amacıyla ters düşürülmesin. Eğer, halkoyuna başvurma, bir Anayasa değişikliğinin, son çare olarak halkın onayına sunulması demekse, sözkonusu değişikliğin yürürlüğe girmiş olmaması uygun olur. Çünkü, yürürlüğe girmiş bir kanunun (Anayasa değişikliğinin) halkoyu tarafından reddi ihtimali, Anayasanın 175. maddesiyle öngörülmemiş bir takım ciddi sorunlara yol açabilir. Sözgelimi, Onaylanmayan kanun belki oylamanın yapıldığı günden itibaren yürürlükten kalkmış sayılabilir ama arada etkisini gösterir; uygulanır ve Anayasayı değiştirmiş olur. Onaylanmayan kanun geçmişe etkili olarak iptal edilmiş sayılabilir mi? Halkoyu, sadece hukukî noksanlıkları tesbit eden ve şekle ilişkin bir işlem değildir ki! Bir Anayasa değişikliği, “yerinde” görülmediği, halkın çoğunluğunun o sıradaki “eğilim” veya “özelliklerine” uymadığı için de reddedilebilir. Yayımlanarak yürürlüğe konulan bir Anayasa değişikliğinin, Cumhurbaşkanının takdirine bağlı bir “halkoyu onayını alma” şartına bağlı olarak yürürlüğe girebileceği de savunulabilir. Ama, bütün bunlar, 175. maddede öngörülmüş değildir. Bu kadar ayrıntılı sonuçları, sözkonusu maddeden çıkarmak mümkün bulunmadığına göre, 175. madde hükmünü, istisnaî niteliği ve amacı doğrultusunda değerlendirmek gerekir. Bu madde, Anayasa değişikliğine karşı, Anayasanın aslî yapıcısı, egemenliğin sahibi halkın-Milletin, iradesiyle son bir korunmaya da destek sağlamaktadır. İvedilikle görüşülemeyen, Cumhurbaşkanıca tekrar görüşülmek üzere T.B.M.M. ne geri gönderilebilen bir anayasa değişikliğinin, bütün bu düzenleme ve sorunlar dikkate alındığında, yürürlüğe girmesini kolaylaştırıcı değil zorlaştırıcı, geciktirici bir eğilimin 175. maddeye hakim olduğu anlaşılmaktadır. İşte bu sebeplerle, 175. madde Anayasa değişikliği ve halkoylaması sözkonusu ise 89. maddenin bir istisnası durumundadır. Özetle, Cumhurbaşkanı, halkoyuna sunma işlemlerine başvurursa, Anayasa değişikliğini yayımlamıyabilir; hattâ yayımlamamak durumundadır.

3 — Halkoyuna sunulan bir Anayasa değişikliği Anayasa Mahkemesine de götürülebilir mi? Anayasa, yayımlanmamış kanunların da Anayasa Mahkemesince şekil yönünden denetlenebileceğini gösteren bazı ifadeler içermektedir. Gerçekten, 148. maddenin metni: “kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra,

şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; defi yoluyla da ileri sürülemez”, demektedir. Anayasa tasarısının ilk şekli ile 148. maddenin gerekçesi karşılaştırıldığında şu sonuçlar ortaya çıkıyor:

— Önce, şekil noksanlığına dayalı iptal davasının, kanunun yayımından önce incelenip tamamlanması yani öndenetime tâbi tutulması istenmiş (nitekim, 149. maddedeki “öncelikle inceleme” ödevi, bu maddenin gerekçesinde belirtildiği gibi, “...çıkarılan bir kanunun iptali için yeterli neden bulunmadığı hallerde, YÜRÜRLÜĞE GİRME SİNİ FAZLA GECİKTİRMEK gereğine dayanmaktadır”);

— Sonra, Millî Güvenlik Konseyi, Konsey Anayasa komisyonunun gerekçesinde açıklanan sebeplerle, bunu, yayımlanmadan itibaren on gün şeklinde belirlemiştir. Ancak, gerekçede açıklanan sebeplerden biri şudur: “...kanunun yayımlanma süresi... ile kayıtlı sürenin... sağlıklı inceleme ve dava açma hazırlıklarına YETERLİ olmayacağı...” yani, amaç, inceleme ve tabii, dava süresini kısaltmak değil, uzatmaktır. Bu nasıl olur? kanunun yayımlanma süresi olan onbeş güne (m. 89), yayımdan itibaren On günlük zamanı ekleyerek, Demek ki, inceleme bitmişse, yayımı beklemeyi gerektiren bir zorunluluk da yoktur. Böylece, kanunu yayımlayacak olan Cumhurbaşkanı ile T.B.M.M.’nin, gelişmelerin zaten içinde bulunan üyeleri, gerekli incelemeyi yaptıktan sonra kanun henüz yayımlanmadan da dava açabilecekler; Anayasa Mahkemesi de, süratli bir görüşme ve karar yolu izleyerek davayı sonuçlandırabilecektir.

Şüphesiz, bütün bu sonuçlara sadece gerekçelerle varılamaz. Ancak, yürürlükteki metnin, sözkonusu açıklamalara ters düştüğü de söylenemez. Aksine, Anayasanın, bu sonuçları açıkça öngörmediği halde, onlara giden yolları açık tuttuğu görülmektedir.

Şu halde, halkoyuna sunulan bir Anayasa değişikliğinin, aynı zamanda Anayasa Mahkemesi önüne götürülmesi -yayım da şart olmadığına göre- mümkündür.

4 — Bu takdirde, Anayasa Mahkemesi ile halkoylamasının çatışması, kararların birbirine ters düşmesi ihtimali var mıdır? Varsa, çözüm ne olabilir? Böyle bir ihtimal, Anayasa Mahkemesinin şekil yönünden iptal kararı vermesi ile halkoyununun “kabul”le sonuçlanması halinde ortaya çıkabilir. Gerçi, halkoylamasının yapılması zaman alabilir ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararı, yukarıda belirt-

tiğimiz sebeplerle daha önce verilebilir. O zaman, ortada halkoyuna sunulabilecek bir kanun veya bir Anayasa değişikliği de kalmaz. Ama Anayasa Mahkemesi kararının gecikmesi ihtimali de yok değildir. Çünkü, “öncelikle inceleme ve karara bağlama”nın açık bir süresi yoktur. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesinin red kararı vermesinin, halkoyu üzerinde hukukî bir etkisi olmayacak ve halkoylaması da redle sonuçlanabilecektir.

Şu halde, sorun, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı oluşmadan önce, halkoylamasının yapılması ve kabul ile sonuçlanması ihtimalinde ortaya çıkmaktadır.

Bu varsayımda, Anayasa değişikliğinin halkoyu tarafından kabulü üzerine, artık, Anayasa Mahkemesinin incelemeye devam edip edemeyeceği tartışılmak gerekir. Denilebilir ki, halkoyu egemen gücün iradesi olduğundan, böyle bir Anayasa değişikliğinin, şekil yönünden Anayasaya aykırı olup olmadığını incelemeye hukuken imkân yoktur; değişiklik anayasalaşmıştır. Çünkü, bu değişikliğin müellifi Millettir.

Böyle bir ihtimal, Anayasa Mahkemesinin, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşme yasağına uyulmamış olması halinde, verebileceği iptal kararını engelleyebilir. Fakat, bu durum Anayasanın felsefesiyle kesin olarak bağdaşmaz da değildir. Zira, sonuç itibarile, sözkonusu şartlar varsa, Anayasa değiştirilebilmektedir. Halkoyu, bu noksanlıkları gidermiş sayılabilir.

Ama değiştirilemez Anayasa hükümleri için aynı gerekçe geçerli olabilir mi?. Bir Anayasanın hem değişmez temel ilkeler koyması hem de gene kendi kabul ettiği bir yoldan bu ilkelerin değiştirilmesine izin vermesi düşünülebilir mi?.

Gerçekten, asıl inceleme konumuş olan, “Devletin özü”ne ilişkin değiştirilmez hükümler bu yolla değiştirilmek istenirse ne olacaktır? Kabul veya red üzerine kurulu bir oylamadaki herhangi bir çoğunluk ile -çünkü 175. madde böyle bir sınırlama koymamıştır- değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek olan bir Anayasa hükmü de değiştirilebilecek midir? Kuramsal yapının, esasen halkoyuyla kabul edilmiş bir Anayasanın belli bazı hükümlerinin bu yolla değiştirilmesinin de doğal karşılanmasını gerektirdiği ileri sürülebilir.

Öte yandan değiştirilmesi teklif dahi edilemeyen Anayasa hükümlerini değiştirme iddiasındaki metinlerin,"... Anayasanın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koması olanağı..."na sahip bulunmadıkları⁷, Anayasa Mahkemesinin içtihadıyla kabul edilmiştir. Yani böyle bir değişiklik, bu yolda bir KANUN yoktur⁸. Mevcut hükümlerde en küçük bir etki ve değişme yapamıyacak" metinler, kanun olamayacaklarına göre bunların halkoyuyla kabulünün sözkonusu hukukî geçersizliği geçerliliğe dönüştürecek bir irade olması gerekir. Oysa bu da kesin-dir, denilemez, Çünkü halkoylaması, hukuken var olan, var olması gereken bir metnin (kanun) onayından ibarettir. Yani, burada halkoyuna bir tasarinin sunulması ve halkın oyu ile bu tasarinin kanunlaştırılması sözkonusu değildir. Başka bir ifadeyle, özellikle değişmez hükümlere aykırı olduğu için baştan beri geçersiz sayılan kanunu, bir tasarıya dönüşmüş saymak için Anayasa m. 175'de yeterli veya bu doğrultuda bir açıklık bulunmamaktadır. Halkoyu, önüne gelen metni kanun olduğu için onaylayacak veya reddedecektir. Nihayet, şu da ileri sürülebilir: halkoyuna sunma yolu, Anayasanın değiştirilmesini değil değiştirilmemesini amaçlayan, değiştirilmesini zorlaştırmaya ve bu amaçla, son bir defa da Millet'in iradesini harekete geçirmeye yönelik bir çaredir. Bu çareyi, aksi yönün de en sivri ucu olan, "Devletin özünü değiştirme"nin bir aracı olarak kullanmak, 175. maddenin varlık sebebine ters düşer. Herhalde, bu maddeden yararlanarak, Cumhuriyeti ve Devletin niteliklerini, birliğini, bütünlüğünü, dilini millî marşını ve başkentini koruyan hükümler ortadan kaldırılamaz.

Bununla birlikte, bütün bu tartışma, tereddüt veya ihtimalleri azaltabilmek için, Anayasa Mahkemesinin inceleme yapıyor olması halinde, halkoylamasını bekletmek doğru ve uygundur. Daha önce de açıkladığımız gibi, bu süre esasen fazla olmayacaktır.

Özetlersek: bir Anayasa değişikliği, Cumhurbaşkanı tarafından, yayımından önce de, sonra da (on gün geçirilmemek kaydıyla) Anayasa Mahkemesi önüne götürülebilir.

7) A. Mahk. 16.6.1970, K. 31 (RG. 7.6.1971).

8) Gerçi Anayasa Mahkemesi "Yokluk"u kabul etmemektedir, ama içtihadının bütün olarak ortaya koyduğu sonuç, bizce, yokluk benzeri bir müeyyidedir. Bkz. YAYLA (Y.), a.g.m., 983-990. Bu hususa, aşağıda başka açılardan da dönülecektir.

Aynı yetki, T.B.M.M. üyelerinin beşte birine de tanınmıştır.

Cumhurbaşkanı, ayrıca, gene yayımından önce, Anayasa değişikliğini halkoyuna sunabilir. Yayımından sonra da buna imkân vardır, ama, bu durum, red halinde sorun yaratabilir.

Buna karşılık, Anayasa Mahkemesine başvurulmuş olması halinde, şekil denetiminin özelliği gereği, halkoylamasının bekletilmesi doğru olacaktır. Ancak, Anayasa böyle bir beklemeyle öngörmüş bulunmadığından, Anayasa Mahkemesi kararından önce halkoylaması yapılır ise, bunun sonucu Devletin özüne ilişkin ilkelere dokunulmuş olması kaydıyla iptal davasının düşmesi olacaktır. Anayasa Mahkemesi kararının iptalle sonuçlanması halinde ise, halkoylaması başvurusu, konusu kalmayacağı için kalkacaktır.

III. ŞEKİL DENETİMİNİN KAPSAM VE ARAÇLARI

Değiştirilemez hükümlerin şekil incelemesiyle denetlenmesi bakımından 1982 Anayasasının getirdiği genel şekil denetimi düzenlemesi bazı sorunlara kaynak olabilir. Çünkü, yeni Anayasanın 148. maddesi, şekil denetiminin kapsamını açıklarken, biraz da daraltmış gibidir. Gerçekten, bu maddeye göre: “kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır.” Demek ki, konumuzu asıl igilendiren Anayasa değişikliklerinde, şekil denetiminin kapsamı ve araçları :

- Teklif çoğunluğu;
- Oylama çoğunluğu;
- İvedilikle görüşmeme şartlarıyla sınırlıdır.

Acaba, teklif edilemez, edilse bile kabul edilemez olan hükümleri değiştirmeye kalkan (ivedilik şartına da en az üçte bir üyenin teklif şartı ile üçte iki oylama çoğunluğuna -veya geçici madde 9 daki çoğunluğa-da uyulmuş ise) bir metin T.B.M.M.nden çıksa, bu metnin şekil yönünden yokluk derecesinde sakat bulunduğu gerekçesile Anayasa Mahkemesince iptali mümkün olmayacak mıdır?

1961 Anayasasının değişik 147. maddesi, Anayasa değişikliklerinin, Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluk bakımından denetleneceğini belirtiyordu. Şüphesiz, sözkonusu şartlar, teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülmeme (m. 155) şeklindeydi. Ama, sözgelimi teklifin yazılı olması da değişik 147. maddenin öngördüğü şartlardandı ve şekil sakatlığına yol açabilirdi. 1982 Anayasası, teklifin arkasındaki çoğunluğa önem vermiş fakat yazılılığı şartını ayrıca belirtmemiş, belki de buna nasılsa üye sayısının tesbiti için bir yazılı teklif olacaktır düşüncesile- lüzum görmemiştir. Bu küçük ve sonucu etkilemek bakımından önemi fazla olmayan şart dışında, iki Anayasa hükmü arasında fark bulunmamaktadır. Şu halde, Anayasa Mahkemesinin, 1961 Anayasası dönemindeki, teklif edilemez ve kabul edilemez değişiklikleri şekil yönünden iptal eden içtihadı bugün de geçerli olabilecektir⁹. Esasen, oybirliğiyle bile teklif ve kabul edilemeyecek bir değişiklik metninin şekil yönünden -evleviyetle- sakat, hatta, ölü doğmuş sayılması zorunludur. Üstelik, Anayasanın öngördüğü şartlar, "Anayasanın DEĞİŞTİRİLMESİ" içindir. Değiştirmenin olamayacağı bir konuda, bunun şartları dahi sözkonusu edilemez. Başka bir ifadeyle, teklif ve kabul edilemez değişiklikler, böyle olduğu Anayasaya Mahkemesince belirlendiği anda, VARLIK ŞARTINI taşımadıklarından, baştan beri geçersiz kabul edilecekler ve artık bu tür metinler için, öteki şartların varlığı ya da yokluğu herhangi bir anlam ifade etmeyecektir.

1 — 1982 Anayasasına göre, şekil yönünden denetimin ilk bakışta bir tek aracı vardır: iptal davası. Bunu da, ancak, Cumhurbaşkanı veya T.B.M.M. üyelerinin en az beşte biri açabilir. Defi veya itiraz yoluyla şekil yönünden aykırılık meselesi Anayasa Mahkemesi önüne götürülemez. Gerçi, Anayasa, sadece defi yolunu kapamış görünmektedir. Ama, şekil yönünden denetimin öncelikli olması ve yukarıda açıkladığımız amaç ve yaklaşımla düzenlenmesi karşısında, itiraz yolunun da kapandığını kabul etmek gerekir.

Buna karşılık, Anayasanın 150. maddesi, hazırlık aşamasındaki bazı değişiklikler sebeble, 148. maddeye, "kanunlar" bakımından

9) Bu içtihad ve değerlendirmesi için bkz. YAYLA (Y.), a.g.m., s. 979-983. "Yasaların yapılmasına önce teklif ile başlanacağına ve TEKLİF YASAĞI da ilk olarak bu evrede gözönünde bulundurulacağına göre..." (A. Mahk. 15.4.1975, K. 87 - RG. 26.2.1976).

uymayan bir ifadeye sahiptir. Gerçekten 150. maddede, kanunların da, şekil ve esas bakımından iptal istemiyle Anayasa Mahkemesi önüne götürülebileceği, bu davayı, 148. maddeden farklı olarak, yalnız Cumhurbaşkanı ve T.B.M.M. üyelerinin en az beşte birinin değil, iktidar ve anamuhalefet partilerinin Meclis gruplarının da açabileceği; nihayet, 152. madde aracılığıyla, itiraz ve defî yollarına da başvurabileceği; doğrudan doğruya açılacak iptal davasında, şekil ve esas, kanun ya da kanun hükmünde kararname veya içtüzük ayrımları yapılmaksızın, sürenin Resmi Gazetede yayımlanmadan itibaren altmış gün olduğu belirtilmektedir.

Bu farklılığa bakılırsa, gerekçelerin ve Anayasa hazırlık aşamalarındaki metinlerin de yardımıyla, iki türlü şekil incelemesinin istendiği sonucu çıkarılabilir: Öndenetim (en fazla, yayımı izleyen on gün içinde dava açılması -m. 148- Anayasa Mahkemesinin öncelikle karar vermesi -m. 148); şekil ve esas denetimi (doğrudan iptal davası yoluyla -m. 150- itiraz ve defî yoluyla m. 152). Eğer, bu yorum kabul edilecek olursa, 148. maddedeki denetimin (bu yoruma göre öndenetimin veya öncelikle denetimin) ne faydası olacağı; madde nin öngördüğü süre geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davasının açılmaması veya bunun defî yoluyla da ileri sürülememesi hükmünün ne işe yarayacağı sorulabilir. Çünkü, sonradan, esas ile birlikte, şekil sakatlığını ileri sürmek, m. 150'nin açık, m. 152'nin de geniş kapsamlı ifadesine bakılırsa pekalâ mümkündür. 148. maddenin, artık başka şekil denetimine imkân bırakmadığı savunulacak olursa, bu defa da, 150. maddedeki "kanun" ve "şekil" bağlantısının ne anlama geldiği veya yanlışlıkla mı konmuş olduğu sorulabilecektir.

Bütün bu çelişik hükümleri -mümkün olduğunca ve Anayasanın amacı doğrultusunda- bağdaştırmak için, bizce, bu amacı tesbit ederek, hukuk tekniğinin yardımıyla bir yapıma varmak gerekli. Şüphesiz, asıl belirleyici yapının mimarı Anayasa Mahkemesi olacaktır.

— Kanunlar ile K.H.K. ve içtüzükler arasında bir ayırım yapılmış; çelişkiler, kanun sözkonusu olunca ortaya çıkıyor.

— Kanun ile Anayasa değişiklikleri arasında da bir ayırım yapılmış; Anayasa değişikliklerinde "esas" denetimi yok, şekil denetimi ise daha fazla.

— Şekil denetimine bakış açısı, hukukî kararlılığın korunmasına dönük. Çeşitli hükümlerden ve, tabii gerekçelerden bu hemen anlaşılıyor. Esasa girip red kararı verilince, on yıl süreyle bir daha iptal davası açılmaması (m. 152/son); Anayasa Mahkemesi kararı zamanında gelmezse, ilgili mahkemenin yürürlükteki kanunu uygulamak zorunda olması (m. 152/3); şekil denetimindeki sürenin özellikle kısa tutulmuş (m. 148) ve genel dava süresinin de 1961 Anayasasındaki oranla kısaltılmış bulunması (m. 151) bu durumu doğrulamaktadır.

İçtüzüğün kendine has etkileri sebebiyle bir yana bırakılması halinde, karşılaştırmada asıl ilgi çekici olan K.H.K. lerdir. Neden K.H.K. ile kanun arasında bir ayırım yapılmış ve hukukî kararlılık bakımından K.H.K. ler için, şekil yönünden aynı sınırlamaya gidilmemiştir? Öyle sanıyoruz ki, bunu açıklayabilmek, K.H.K. lerin (tabii, yargısal denetime tâbi olan K.H.K. lerin) esasen geçici olduklarını; kısa süre sonra kanunlaşabildiklerini ve şekil yönünden de, bir Bakanlar Kurulu işlemi olarak, kanundan çok daha basit şartlara tâbi bulduklarını dikkate almakla mümkün olur. Kısaca, K.H.K. ler, hukukî kararlılıktan önce, sürat ve etkililik aracı olarak kabul edilmişlerdir.

Hukukî kararlılığı önde tutan veya hedef alan bu tutum, yukarıdaki tartışmada bizi şu sonuca götürmektedir: Anayasanın 150. maddesindeki, “şekil ve esas” unsurları, kanunlar için, yalnızca “esas” şeklinde anlaşılmalıdır. Madde, sanki şöyle başlıyormuş gibi: “kanunların veya belirli madde ve hükümlerinin esas, K.H.K. lerin, T.B.M.M. içtüzüğünün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından...”.

2 — Anayasa değişiklikleri? Bunlar da birer kanundur. Anayasanın 175. maddesi, bunun böyle olduğunu açıkça belirtmektedir. Şu halde, yukarıda kanunlar için söylediklerimiz Anayasa değişiklikleri için de geçerli olacaktır.

Bu durumda, defî veya itiraz yoluyla şekil denetimi sağlamak 1982 Anayasası döneminde, artık mümkün olamayacaktır. Çünkü, kanunlar için, m. 148’in sınırlayıcı düzenlemesi ve m. 150’nin aynı doğrultuda sınırlı anlaşılması sebebiyle böyle bir şekil denetimi yolu açık tutulmamıştır¹⁰.

10) Oysa, 1961 Anayasası döneminde bu açıkça kabul ediliyordu (A. Mahö. 23.3.1976, K. 19 - RG. 12.8.1976).

Ama devletin özü niteliğindeki değiştirilmez hükümler değiştirilmeğe kalkışılmış ve süresi içinde doğrudan şekil denetimi davası da açılmamış ise¹¹ ne olacaktır? Burada, öyle sanıyoruz ki, sözkonusu değişikliğe dayalı bir uygulama ve bu uygulamadan doğan bir itiraz ya da ciddî bulunmuş bir defi yoluyla başvuru olursa, Anayasa Mahkemesi, yokluk benzeri sakatlığı tesbit edebilecektir. Çünkü, ortada bir "DEĞİŞİKLİK" olmadığı anlaşılacaktır. Tekrar edelim, değişikliğin şekle uygun olup olmamasını tartışmak başka şeydir, var olup olmadığını tesbit etmek başka, Anayasa Mahkemesinin, böyle bir tesbiti, konunun önüne gelmiş olması şartıyla her zaman yapabileceği yolundaki görüşümüzü bir ölçüde destekleyebilecek bir açıklama, Anayasa m. 152'nin gerekçesinde şu satırlarla yer almıştır: "... Anayasa Mahkemesi, kararında, davanın dayandığı gerekçeyle bağlı olmadığından Anayasaya aykırılığı her türlü neden yönünden araştırmak zorundadır". Esasen, hukuk tekniği, "yokluğun" veya benzeri tesbitlerin her zaman yapılabileceğini kabul etmektedir¹².

11) Hemen belirtelim ki, zor bir ihtimaldir. Çünkü Cumhurbaşkanı'nın, ya da, hiç değilse T.B.M.M.nde bu davayı açacak en az beşte bir üyenin harekete geçmesi ihtimali çok daha kuvvetlidir. Kuramsal katkıyı, elimizden geldiğince tamamlayabilmek için bu zayıf ihtimal üzerinde de duruyoruz.

12) Bkz. SARICA (R.), "İdarî Kaza", İst. 1942, s. 134 vd.; ONAR (S.S.), İdare Hukukunun Umumî Esasları, İst. 1966, C. I, s. 238-330; VEDEL (G.), Droit Administratif, Paris 1964, s. 425-426; LAUBADERE (A. de), Traité de Droit Administratif, C. I, Paris 1973, No. 435; YAYLA (Y.), a.g.m., s. 988-990.

Anayasa Mahkemesinin (19.10.1971 tarihli ve 73 sayılı kararı) iptal edilen Anayasa değişikliğini, herhangi bir kanun iptalinden farklı tuttuğunu, ama 'yokluk' veya mutlak butlan' müeyyidesine kadar da gitmediğini biliyoruz. Ancak sözkonusu kararında, Yüksek Mahkeme, hukuk tekniğinin nesnel araçları yerine, sorun çıkarmama, boşluk yaratmama gibi belirsiz ve tartışılabilir kavramlara dayanmıştır. Ayrıca, Anayasa Mahkemesinin yokluğu daha fazla hatırlatan ifadeleri de olmuştur: "...Anayasanın mevcut hükümlerinde EN KÜÇÜK BİR ETKİ VE DEĞİŞME yapması veya YENİ bir Anayasa KURALI koyması OLANAĞI yoktur" (16.6.1970, K. 31).

1982 Anayasası, değişmez hükümleri açıkça genişlettiğine göre, Anayasa Mahkemesinin kendisini, bu hükümlerin korunması bakımından daha etkili görmesi gerekir. Zira, yeni Ana-

SONUÇ

Bu incelemenin amacı, 1982 Anayasasının, Anayasa değişiklikleri konusunda getirdiği düzenlemeyi, çağrıştırdığı, sorunlarla birlikte, kısaca ortaya koymaktır. Gerçi, bazı çözüm önerilerimiz oldu. Ama, bu önerilerin kesin ve seçeneksiz çareler olma gibi bir iddia taşımadığını da hemen belirtmemiz gerekir.

İncelemenin kapsamına girdiği için değindiğimiz bir başka sorun da, genel olarak şekil denetimi olmuştur. Tabii, bu konuda da, bir çok güçlük karşılaşılmaktadır.

Vardığımız sonuç şudur: kanunların ve Anayasa değişikliklerinin şekil yönünden denetimi konusunda, Anayasa Mahkemesinin, özellikle kamu hukuku tekniğini kullanarak çeşitli yapımlara gitmesi gerekecektir. Özetle işi zordur.

yasanın düzenlemelerine bakılırsa, Anayasa Mahkemesinin evvelki içtihatları içinde en fazla, Cumhuriyeti genişleterek değişmez kuralları çoğaltan içtihadına —öğretideki eleştirilerine rağmen— amacı itibarile hak verilmiştir.