

**ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN DENETİMİ BAĞLAMINDA
ANAYASA MAHKEMESİNİN MEŞRUIYETİ
(Türk ve Fransız Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında)**

DR. MUSA SAĞLAM*

ÖZET

20 yy.da, özellikle II. Dünya Savaşından sonra, Batı Avrupa'da da yaygın olarak kurulan Anayasa Mahkemeleri günümüzde demokratik sistemin vazgeçilmez bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Ancak hâlâ bu kurumun meşruiyetinin temelleri ve demokratik sistemdeki yeri konusundaki tartışmalar devam etmektedir. Ülkemizde de özellikle 1961 Anayasası döneminde Mahkeme verdiği kararlarla sürekli olarak tartışmaların odağında bulunmuştur. Türk ve Fransız anayasa yargısı deneyimi ışığında iddia edebiliriz ki Mahkeme "siyasi ve hukuki planda son sözün Egemene, halka veya onu meşru olarak temsil edenlere ait olduğu kabul ettiği" ölçüde bu tartışmalar en aza inmektedir. O halde Anayasa Mahkemesinin meşruiyetini onun "Egemene tabi olmasına" bağlayabiliriz. "Egemen ise halktır".

Anahtar kelimeler:

Türk Anayasa Mahkemesi, Fransız Anayasa Konseyi, Anayasa Değişikliklerinin Denetimi, Anayasa Mahkemesinin Meşruiyeti, Kurucu İktidar.

ABSTRACT

Constitutional courts, which are commonly established in Western Europe especially after World War II, are considered as an inevitable element of the democratic life today. However, an absolute consensus has not been reached among the jurists and the politicians about the legitimacy of this institution and its place in the democratic system yet. As such, the Turkish Constitutional Court was in the center of debates under the Constitution of 1961, because of its decisions. In the light of the Turkish and French experiences we can assert that as long as constitutional courts give up the last say in legal and political sense to the Sovereign, which refers to the people or to his (her) elected legitimate representatives, the debates on the legitimacy of constitutional courts are decreased. In this case, the legitimacy of constitutional courts depends upon their subordination to the Sovereign. "The Sovereign is one, and it is the people".

Keywords:

Turkish constitutional court, French Constitutional Council, Controlling constitutional laws, Constituent Power, Legitimacy of the Constitutional Court.

Giriş

İlk yazılı Anayasamızın (1876) kabulü ve üstünlüğünün ilan edilmesinden yaklaşık yüzyıl sonra, yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi Türkiye’de 1961 Anayasası ile kabul edildi. Anayasayı hazırlayanlara göre anayasaya uygunluğun yargısal yoldan denetimi iki sebepten zorunluydu : “Despotik” bir hal almış siyasi iktidarın hareketlerini sınırlamak ve Hukuk Devleti ilkesini Türkiye’de tam olarak hayata geçirmek¹. Bu fikirler aynı zamanda İkinci Dünya Savaşından sonra Batı Avrupa’da anayasa yargısının kurulması ve geriye dönülmez bir şekilde yerleşmesinin de nedenleriydi: 1947’de İtalya’da, 1949’da Almanya’da. Türkiye’de Anayasa Yargısı Amerikan Modeli 1961 yılında tartışma konusu dahi olmamıştı, çünkü yerel mahkemelerinin büyük çoğunluğu ve yüksek yargı organları 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu döneminde anayasallık denetimini yapmayı sürekli bir şekilde reddetmişlerdi². Ayrıca anayasal yargı organının Kıta Avrupa’sındaki ve Türkiye’deki kuruluş nedenleri arasında varolan benzerlikte Avrupa Modelinin benimsenmesinde önemli bir rol oynadı.

Temeli 1920 yılında Avusturya’da Anayasa Mahkemesinin kurulmasında esin kaynağı olan Hans Kelsen’in fikirlerine dayanan Anayasa Yargısı Avrupa Modeline³ uygun olarak, Türkiye’de de yasaların anayasallığının denetimi yargı organının dışında yer alan ve anayasal uyumsuzluklar konusunda uzmanlaşan bir organa verildi. Demek ki söz konusu olan merkezi ve uzmanlaşmış bir organca yapılan denetimdir yoksa yaygın denetim değildir.

Tarihi göreceli olarak eski olan Türk Anayasa Mahkemesi deneyiminden Anayasa Yargısı Genel Teorisi alanında genel nitelikte dersler ortaya koyabilmemiz mümkündür. Anayasa değişikliklerinin denetimi bağlamında anayasal yargı organının meşruiyeti meselesi bunlardan belki de en önemlisidir. Sorun Türk deneyiminde o kadar net olarak ortaya çıkmaktadır ki

* Niğde Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri ABD.

¹ Bkz., ÖZER Attila; *Gereçeli ve 1961 Anayasası İle Mukayeseli 1982 Anayasası*, Ankara, Lazer Ofset Matbaası, 1996, ss. 14-15 (Bu makalede gerek 1961 Anayasası, gerekse 1982 Anayasasının metinlerine ve gerekçelerine yapılan atıflar yukarıdaki eserden alınmıştır).

² Bkz., FEYZİOĞLU Turhan; *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakebesi (Yabancı Memleketlerde – Türkiye’de)*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları n : 19-1, 1951, ss. 265-335.

³ Anayasa Yargısı Avrupa ve Amerikan Modelleri arasındaki benzerlikler ve farklılıklar konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız, FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy; *Droit constitutionnel*, 3^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2000, ss. 237-245.

1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi kendi yetkisini en uç noktaya taşımış, yaptığı denetimi anayasa değişikliklerini de içine alacak şekilde genişletmiştir. Bu durum bir anlamda “kurucu iktidar” ile “kurulmuş (kurulu) iktidar” arasındaki farkın ortadan kalkması sonucuna varmaktaydı.

1. AYM Kurucu İktidar Çatışması AYM'nin Aleyhinedir: Türkiye Örneği

Göreve başladığı ilk yıllarda Anayasa Mahkemesinin metodu ve kararları oldukça “cüretkâr” olarak nitelendirildi, hem doktrinde hem de siyasi çevrelerde oldukça sert tepkilere yol açtı⁴. Gerçekte Anayasa Mahkemesi bu dönemde hukuki ve siyasi sistem içinde kendi yerini tayin etmekte zorlanıyordu.

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde birçok kez kendisinde anayasa değişikliklerini denetleme ve iptal etme “cesaretini” gördü ve böylece temsilciler vasıtasıyla ifade edilen anayasa koyucunun iradesini sansür eden, ona itiraz eden bir kurum (kurulu iktidar) konumuna düştü.

1961 Anayasasının 9 Temmuz 1961 tarihli referandumla kabul edilen metni anayasa değişikliklerinin denetimi hususunda Mahkemeyi yetkili kılan açık ve net bir hüküm içermiyordu; çünkü onun 147. maddesi sadece “*yasaların* ve *yasama meclisleri içtüzüklerinin*” anayasallık denetimine imkan veriyordu. Bu kesin hükme rağmen Anayasa Mahkemesi kanunların hem Anayasadaki şekil kurallarına uygunluğunu hem de esasa ilişkin anayasal ilkelere uygunluk açısından denetimi yetkisini kendisinde görmüştü. Mahkemeye göre anayasa değişikliğine ilişkin metinlerde bir yasa olduğuna göre Anayasanın 147. maddesinde yer alan “*yasa*” teriminin “*anayasa değişikliğine ilişkin yasaları*” da içerdiğini kabul etmek gerekecektir. Yaptığı denetimi meşrulaştırmak için, Mahkeme Anayasanın 9. maddesinde yer alan Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hükmünün değiştirilemeyeceği esasına dayanmıştır. Diğer yandan, Anayasa Mahkemesine göre bu yasaklama hükmü sadece “Cumhuriyet” terimini değil, aynı zamanda 1961 Anayasasının Başlangıç bölümü ile 1 ve 2. maddelerinde nitelikleri tanımlanmış olan “Cumhuriyet Rejimini” de içermekteydi⁵.

Mahkemenin bu pozisyonunu kabul edilemez bulan Anayasakoyucu 1488 sayılı ve 20 Eylül 1971 tarihli anayasa değişikliğine ilişkin kanunu kabul ederek AYM'nin sadece “anayasa değişikliklerinin anayasada belirtilen şekil koşullarına uygunluğunu” denetleyebileceğini ilan etmiştir⁶. Bu hükme rağmen, Mahkeme kendi içtihadında ısrar etmiş ve anayasal ilkeyi şekil denetimini çok

⁴ Bu konuda daha detaylı bilgi için bakınız, SAĞLAM Musa; L'expérience de la justice constitutionnelle en Turquie, thèse de doctorat, Pantheon-Assas, Paris, 2004, ss. 50-57.

⁵ Bkz., E.1970/1 K.1970/31 k.t. 16 Haziran 1970, AYMKD n° 8, s. 323.

⁶ Bkz., ÖZER Attila; op. cit., ss. 566-567.

AY Değişikliklerinin Denetimi Bağlamında AYM Meşruyeti

geniş bir şekilde yorumlayarak “yok saymıştır”. AYM’ye göre şekil denetimi sadece öneri, görüşme ve kabule ilişkin koşulları değil, aynı zamanda Devletin Cumhuriyet olan şeklinin değiştirilemeyeceği yasağını da içeriyordu. Diğer bir ifadeyle, Mahkeme hem anayasa değişikliklerinin kabul edilmesine ilişkin esasları içeren 155. maddeyi hem de Devletin Cumhuriyet olan şeklinin değiştirilmesini yasaklayan 9. maddeyi bir şekil kuralı olarak algılıyordu⁷. Böylece, 20 Eylül 1971 anayasa değişikliği ile 1961 Anayasasına giren ve Yüksek Hakimler Kurulu kararlarına karşı her türlü başvuruyu yasaklayan Anayasanın 144. maddesinin birinci fıkrasıyla⁸ aynı anayasa değişikliği ile 1961 Anayasasında yer alan ve kamulaştırılan taşınmazın kamulaştırma bedelinin hesaplanmasında vergi dairesine bildirilen değer esas alınacağını belirten Anayasanın 38. maddesinin ikinci fıkrası⁹ Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğunu belirten anayasal ilkeye aykırı bulunarak iptal edildi.

Kendi koyduğu kuralların Anayasa Mahkemesinin yorumuyla etkisiz hale gelmesini önlemek amacıyla 1982 Kurucu İktidarı Anayasanın 148. maddesinde sınırlı ve tereddüde yer vermeyecek bir surette anayasa değişikliklerinin denetiminde AYM’nin dikkate alması gereken şekil koşullarını belirlemiştir: anayasa değişikliklerinin önerilmesi ve kabulü için gerekli çoğunluk şartının gerçekleşip gerçekleşmediği ve değişikliklerin ivedilikle görüşülemeyeceği şartına saygı gösterilip gösterilmediği. 1982 Anayasası döneminde AYM şimdiye kadar bir kez anayasa değişikliğine ilişkin bir yasanın denetimini yapmaya davet edildi. Mahkeme bu kararında 1982 Kurucu İktidarının yaptığı düzenlemeyi dikkate aldı ve böylece Anayasakoyucunun iradesine boyun eğmek zorunda kaldı. Çünkü, “iptal isteği Anayasa’da sınırlı bir şekilde işaret edilen koşullardan birini içermiyorsa davanın incelenmesine imkan yoktur. Oysa başvuru dilekçesinde ileri sürülenler Anayasanın 148. maddesinde belirtilen şekil bozukluklarından biri değildir”¹⁰.

Bununla beraber, 1961 Anayasası dönemi deneyimi Türkiye’de unutulmuşu benziyor, zira anayasa değişikliklerinin anayasallık denetimine ilişkin tartışmalar ülkemizde yeniden alevlenmeye başladı. Kimi hukukçular, Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası dönemimdeki içtihadını terk etmesini doğru bulmamakta, eski içtihadın yeni Anayasa döneminde de devam ettirilebileceğine işaret etmektedirler¹¹. Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi

⁷ Bkz., E.1973/19 K.1975/87 k.t. 15 Nisan 1975, *AYMKD* n° 13, ss. 427-431.

⁸ E.1976/43 K.1977/4 k.t. 27 Ocak 1977, *AYMKD* n° 15, ss. 113-114.

⁹ E.1976/38 K.1976/46 k.t. 12 Ekim 1976, *AYMKD* n° 14, ss. 252-285.

¹⁰ E.1987/9 K.1987/15 k.t. 16 Haziran 1987, *AYMKD* n° 23, ss. 285-286.

¹¹ Bkz., YÜZBAŞIOĞLU Necmi; *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları n° 703, 1993, s. 109. Yazar bu görüşünü Bülent Tanör’le beraber kaleme aldığı Anayasa Hukuku ders kitabında da yinelemektedir

Başkanı Bumin, Devletin üst düzey temsilcileri önünde Nisan 2003 yılında Anayasa Mahkemesinin 41. Kuruluş Yıldönümü vesilesiyle düzenlenen sempozyumda yaptığı konuşmasının önemli bir bölümünü “Anayasa normunun anayasal denetimi” konusuna ayırmış ve konuşmasını şu şekilde bitirmiştir¹² : “Anayasa normunun, sınırlı biçimdeki şekil denetimi dışında Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olamamasından yararlanarak, ulusalüstü hukuk normlarına veya hukukun genel ilkelerine aykırı Anayasa değişiklikleri yapmak hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz”. Bu konuşma daha önce üç Anayasa Mahkemesi üyesinin 27 Mayıs 1999 tarih ve K.1999/19 sayılı kararına ekledikleri “değişikoy” ve “karşioy” yazılarında ifade edilen görüşlerle paralellik göstermektedir¹³.

2. Demokrasi Kuramına Uygun Bir Çözüm: Fransa Örneği

1961 Anayasası döneminin Anayasa Mahkemesi, Avrupa Anayasa Mahkemeleri arasında anayasa değişikliklerinin denetimi konusundaki yetkisini en uç noktaya kadar götüren tek Mahkemedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi örneğinde olduğu gibi diğer Anayasa Mahkemeleri de anayasa değişikliğine ilişkin yasaların anayasallık denetimi konusunda kendilerini yetkili görmüş, ancak şu ana kadar hiçbiri iptal kararı vermemiştir. Ayrıca hiçbiri Türk Anayasa Mahkemesi kadar yetkilerini geniş yorumlamamıştır¹⁴.

Bu konuda Fransız Anayasa Konseyinin kararlarına atıfta bulunmak yararlı olacaktır; zira Türkiye ve Fransa’da anayasa değişikliğini düzenleyen anayasal hükümler arasında benzerlikler olmasına rağmen anayasal yargı organları belli dönemlerde tamamen birbirine zıt sonuçlara varmışlardır.

İlk önce belirtmek gerekir ki 1958 Fransız Anayasasının 68. maddesine göre üç grup metin Anayasa Konseyi önünde denetime tabi tutulmaktadır: organik kanunlar¹⁵ ve Meclislerin içtüzükleri (zorunlu denetim) ; “kanunlar” (ihtiyari denetim). Jacques Robert ilgili maddeyi aktardıktan sonra gerek

(TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi; 1982 *Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 2. baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, « Cogito », Eylül 2001, ss. 500-501).

¹² Bu konuşmanın tam metni için bakınız, <http://www.anayasa.gov.tr/YDONUM/K41.htm> : 30 Temmuz 2005

¹³ E.1998/58 K.1999/19 k.t. 27 Mayıs 1999, *AYMKD* n° 36 Cilt 1, ss. 466, 475 ve 483.

¹⁴ Diğer Anayasa Mahkemelerinin anayasa değişikliğine ilişkin yasaların denetimi konusunda aldıkları pozisyonlar için bakınız, GÖZLER Kemal; *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, thèse de doctorat, Université – Montesquieu, Bordeaux IV, 1995, ss. 695-711.

¹⁵ Organik kanunlar 1958 Fransız Anayasasınca öngörülen ve Anayasanın bazı maddelerinin uygulama esaslarını belirleyen kanunlardır. Normlar kademelenmesi içinde olağan yasaların üstünde yer alırlar. Anayasa onların kabulü konusunda özel usuller öngörmekte ve onları Anayasa Konseyinin zorunlu denetimine tabi tutmaktadır.

AY Değişikliklerinin Denetimi Bağlamında AYM Meşruiyeti

Anayasa Konseyi'nin gerekse doktrinin bu maddede geçen “kanun” kavramının “olağan kanunları” belirttiği üzerinde derhal fikir birliğine vardığına işaret etmektedir. “Oysa 1958 Anayasasında bu sıfat (olağan) yer almamaktadır.”¹⁶. (Türkiye’de 1961 Anayasasının ilk metni de benzer bir hüküm içermesine rağmen, bu dönemde Türk Anayasa Mahkemesinin tamamen farklı bir sonuca vardığını yukarıda belirtmiştik).

Anayasa değişikliğine ilişkin yasaların denetimi sorunu Fransız Anayasa Konseyinin önüne 3 defa gelmiştir. Konseye ilk defa 1962 senesinde, Cumhurbaşkanının genel oydan çıkmasına imkan sağlamak amacıyla Anayasa'nın 11. maddesine¹⁷ dayanarak referanduma sunulan anayasa değişikliği için başvurulmuştur. Konsey 6 Kasım 1962 tarih ve 62–20 sayılı norm denetimine ilişkin kararında¹⁸ açılan davaya bakmayı reddetmiştir¹⁹:

¹⁶ ROBERT Jacques; “La forme républicaine du gouvernement”, *RDP* n° 2-2003, s. 360.

¹⁷ Fransız Anayasasının 11. maddesi Meclislerin ortak önerisi veya hükümetin önerisi üzerine Cumhurbaşkanına belli nitelikteki kanunları referanduma sunma hakkı tanımaktadır : kamu otoritelerinin yapısını ilgilendiren her türlü kanun tasarısı, Fransız Topluluğuna ilişkin bir antlaşmanın onaylanmasına ait kanunlar ve Anayasaya aykırı olmayan ama ulusal kurumların işleyişi üzerinde etkili olan uluslararası bir antlaşmanın onaylanması ile ilgili kanunlar. Hukukçuların neredeyse tamamı bu maddenin anayasa değişikliği için kullanılmayacağına madde metninden açıkça anlaşıldığını belirtmekteydi. Ancak, 1958 yılında Cumhurbaşkanı olan De Gaulle halk ile cumhurbaşkanı arasında doğrudan bir bağ kurmak ve kendisinden sonraki cumhurbaşkanlarına demokratik bir meşruiyet kazandırmak amacıyla cumhurbaşkanının genel oyla seçilmesi yönünde bir anayasa değişikliği önerisinde bulundu. De Gaulle Senato'nun ve Millet Meclisinde azımsanamayacak bir grubun böyle bir reforma karşı olduğunu bildiğinden anayasanın değiştirilmesi usulünü belirleyen 89. maddeyi işleme koymamıştır. Bunun yerine referanduma sunulacak metnin iki Mecliste önceden görüşülmesini gerektirmeyen ancak anayasa değişikliğinde kullanılması oldukça tartışmalı olan 11. maddeyi uygulamayı tercih etmiştir. Bu tutum Fransa'da büyük doktrinal tartışmalara ve bir parlamento krizine yol açmıştır. Başbakan istifa etmiş ve Millet Meclisi Cumhurbaşkanı De Gaulle tarafından feshedilmiştir. Bu hukuki tartışmalara ve hemen hemen bütün siyasi partilerin karşı olmasına rağmen Fransız halkı anayasal reform önerisini % 62 gibi rahat bir çoğunlukla onaylamıştır.

¹⁸ Bu kararın tam metni için bakınız, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1962/6220dc.htm> : 30 Temmuz 2005

¹⁹ Anayasa Konseyinin bu içtihadını 1992 yılında Maastricht Antlaşmasının onaylanmasına izin veren yasa konusunda verdiği kararında yinelediğini belirtmeliyiz (23 Eylül 1992 tarih ve 92-313 sayılı norm denetime ilişkin kararı – *Maastricht III*: Bakınız, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1992/92313dc.htm>: 30 Temmuz 2005). Konsey bu kararında, referandum sonucunda kabul edilen anayasayı değiştiren bir yasayı incelemede kendini yetkisiz gördüğünü 1962 senesindeki kararında verilen argümanların aynısını kullanarak belirtmiştir. Diğer bir ifadeyle, artık referandum sonucu kabul edilen ister olağan bir yasa olsun isterse anayasayı değiştiren bir yasa olsun denetimi mümkün değildir.

Anayasanın 61. maddesi çerçevesinde yasaların anayasallık denetimi “sadece Parlamento tarafından kabul edilen yasalar için söz konusudur. Bu denetim, referandum neticesinde Fransız halkınca kabul edilen ve ulusal iradenin doğrudan ifadesini oluşturan yasalar için geçerli değildir”²⁰. (Türk Anayasa Mahkemesi şu ana kadar referanduma sunulan bir metnin anayasa uygunluğu konusunda karar vermeye davet edilmedi. Ancak bu durumun ortaya çıkması tamamen de olanaksız değildir)²¹.

Daha sonra Anayasa Konseyi’ne 1992 senesinde Maastricht Antlaşmasının onaylanması için yapılan anayasa değişikliği konusunda karar vermesi için başvuruda bulunuldu. Bu başvuru aslında dolaylı bir şekilde anayasa değişikliklerinin denetimini içeriyordu²². Konseyin 9 Nisan 1992 tarih ve 92-308 sayılı kararına (*Maastricht I*)²³ uygun olarak Kongre²⁴ Antlaşmanın onaylanmasını mümkün kılmak için 25 Haziran 1992 tarih ve 92-554 sayılı

²⁰ Bkz., GENEVOIS Bruno; “Les limites d’ordre juridique à l’intervention du pouvoir constituant”, *RFDA* 14 (5) septembre-octobre 1998, s. 918.

²¹ 1982 Anayasasının 175. maddesine göre, “Meclisçe üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki Kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmî Gazetede yayımlanır”. Diğer yandan, “doğrudan veya Cumhurbaşkanının iadesi üzerine, Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya gerekli görülen maddeleri Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulabilir”. Ergun Özbudun’a göre anayasa değişikliğinin Cumhurbaşkanınca halkoyuna sunulması kesinleşmesi halinde bu metin üzerinde bir denetim yapılması söz konusu olmayacaktır. “Bu konuda Anayasada açıklık olmamakla beraber, *en üstün kurucu iktidar olan halk iradesinin* belirmesinden sonra, artık Anayasa Mahkemesinde bir şekil denetiminin mümkün olmaması gerekir. *Kurucu iktidarın asli sahibi olan halk iradesinin* onayı, anayasa değişikliğinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülmesi safhasında uğramış olabileceği şekil sakatlıklarını ortadan kaldırır”. ÖZBUDUN Ergun; *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 165.

²² Avrupa Birliğinin gelişim sürecine bağlı olarak, Kurucu İktidarın kullanımına maddi birtakım sınırlamaların olup olmadığı konusu çok geniş bir şekilde Fransız Doktrini tarafından tartışılmıştır. Bu süreçte farklı yazarlar tarafından takınılan tutum izleyen makalede kısaca belirtilmiştir. GENEVOIS Bruno; *op. cit.*, s. 913.

²³ Bu karar için bakınız, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1992/92308dc.htm> : 30 Temmuz 2005

²⁴ V. Cumhuriyet Fransız Anayasasında Kongre kavramı Parlamentonun iki kanadının, Millet Meclisi ve Senatonun, beraber toplanmasını ifade etmektedir. Bu toplantı, eğer Cumhurbaşkanı her iki Mecliste ayrı ayrı kabul edilen anayasa değişikliği önerisini referanduma sunmak yerine Meclislerin Versailles’da yapacakları ortak toplantıda kabulü yolunu benimserse, gerçekleşecektir. Anayasa değişikliği önerisi, ilgili toplantıda oyların beste üçünü alması halinde kabul edilmiş sayılacaktır.

AY Değişikliklerinin Denetimi Bağlamında AYM Meşruyeti

kanunla Anayasayı değiştirdi²⁵. Bazı senatörler yapılan anayasa değişikliğine rağmen Antlaşmanın hala Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Konseyine başvurdular. Başvuru sahipleri özellikle antlaşmanın ulusal egemenlik ilkesiyle bağdaşmadığını ileri sürüyorlardı. Onlara göre ulusal egemenlik ile Anayasanın 89. maddesinin son fıkrasında kendisine her türlü saldırının yasaklandığı Cumhuriyet ilkesi arasında sıkı bir bağlantı vardı²⁶. Bu iddialara Fransız Anayasa Konseyi 2 Eylül 1992 tarih ve 92-312 sayılı norm denetimine ilişkin kararında (*Maastricht II*)²⁷ şu şekilde cevap vermiştir: “Kurucu İktidar egemendir”. Ancak onun egemen olma niteliği “bir yandan Anayasanın 7²⁸, 16²⁹ ve 89. maddesi 4. fıkrasından³⁰ kaynaklanan; diğer yandan Hükümetin Cumhuriyet olan şeklinin herhangi bir anayasa değişikliğine konu

²⁵ Maastricht Antlaşmasının onaylanmasından önce bu Antlaşmanın Fransız Anayasası ile uyumlu olup olmadığını belirlemek için Anayasanın 54. maddesine dayanarak Anayasa Konseyine başvurulmuştur. Bu maddeye göre Cumhurbaşkanının, Başbakanın, Meclislerin Başkanlarının, 60 senatör veya 60 milletvekilinin bir uluslararası antlaşmanın Fransız Anayasasına aykırı bir hüküm içerip içermediğinin tespitini Anayasa Konseyinden isteme hakları vardır. Şayet yaptığı inceleme neticesinde Konsey, ilgili uluslararası antlaşmada Anayasaya aykırı bir hüküm belirlerse o antlaşma ancak Anayasanın değiştirilmesi halinde onaylanabilecektir. Yani, Anayasanın uluslararası antlaşma ile uyumlu hale getirilmesi söz konusudur. *Maastricht I* adı verilen karar Anayasanın 54. Maddesine dayanarak yapılan bir başvuru üzerine verilmiştir.

²⁶ Bkz., CHALTIEL Florence; “La souveraineté du pouvoir constituant dérivé : Développements récents”, *Petites affiches*, 20 juillet 2003, n° 123, s. 7.

²⁷ Kararın tam metni için bakınız, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1992/92312dc.htm> : 30 Temmuz 2005

²⁸ Anayasanın 7. maddesi son fıkrasında anayasa değişikliğine ilişkin esasları belirleyen 89. maddenin, cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir sebeple boşalması halinde ve Anayasa Konseyinin cumhurbaşkanının görevini yerine getiremeyecek olduğuna karar verdiği tarihten itibaren yeni cumhurbaşkanı göreve başlayıncaya kadar geçecek süre zarfında uygulanamayacağına işaret etmektedir.

²⁹ Anayasanın 16. maddesi olağanüstü durumlarda kullanılmak üzere cumhurbaşkanına olağanüstü yetkiler tanımaktadır: “Cumhuriyet kurumlarının, ulusun bağımsızlığının, ülke bütünlüğünün veya uluslararası antlaşmaların yerine getirilmesinin ciddi ve yakın bir tehlide maruz kalması ve anayasal kamu otoritelerinin düzenli işleyişinin kesintiye uğraması halinde Cumhurbaşkanı Anayasa Konseyi, Başbakan ve Meclislerin Başkanlarına danıştıktan sonra şartların gerektirdiği her türlü tedbiri alır. Durumdan bir mesaj ile ulusu bilgilendirir”. Anayasanın 16. maddesinin uygulanması esnasında da 89. maddenin uygulanmasına izin verilmemiştir.

³⁰ 89. maddenin 4. fıkrasında yine anayasa değişikliklerinin yapılmasının mümkün olmadığı bir zaman sürecinden bahsedilmektedir: “Ülkenin bütünlüğüne yöneltilen bir tehlikenin varlığı halinde hiçbir anayasa değişikliği projesi önerilemez, önerilirse bile devam ettirilemez”.

olamayacağı emrini içeren Anayasanın 89. maddesi 5. fıkrasında belirtilen kayıtlar çerçevesinde söz konusudur”³¹.

Bu kararın Fransız Anayasa Hukuku açısından iki önemli sonucu olmuştur: Bir taraftan karar kurucu iktidarın kullanımını sınırlayan zımni (örtülü) birtakım ilkelerin olduğu konusundaki tartışmalara son vermektedir. Çünkü karar içeriği sadece Anayasa’da açıkça belirtilenlerin kurucu iktidara bir sınır olarak kabul edilebileceği izlenimini uyandırmaktadır. “Diğer bir ifadeyle, (Anayasa Konseyi) Fransız Anayasa Hukuku alanında anayasaüstü normların bulunduğu fikrini kesin bir surette reddetmektedir”³².

Diğer yandan, Anayasa Konseyi bu kararında referandum sonucu kabul edilen bütün yasaların (hem olağan hem de anayasa değişikliğine ilişkin yasaların) anayasallık denetimini yapmayı reddetmesine rağmen, Kongre tarafından kabul edilen yasalar için kimi limitlerin olabileceğine işaret eder gözükmektedir ve bunlardan sadece bir tanesi değişikliklerin içeriğine yöneliktir: Hükümetin Cumhuriyet olan şeklinin değiştirilmesinin yasaklanması. Bununla beraber Verpeaux³³ 2 Eylül 1992 tarihli Anayasa Konseyi kararının “sadece Anayasa metnini tekrarlamakla yetindiğini, metni aktarırken ona herhangi bir ekleme yapmadığını ve bu konuda Konseyin ortaya koyduğu bir yorum başlangıcının dahi olmadığını belirtmektedir. Anayasanın 89. maddesi 5. fıkrasının rolüne gelince o sadece diğer anayasal buyruklar gibi Parlatentonun egemenliğini sınırlamaktadır”³⁴.

Demek ki Anayasa değişikliğine ilişkin yasanın anayasallık denetimi konusunda Anayasa Konseyinin yetkisi 2 Eylül 1992 tarihli kararından açık bir şekilde çıkmamaktadır. Bu sorunun tereddütsüz bir cevap bulması için Anayasa Konseyinin 26 Mart 2003 tarih ve 2003-469 sayılı norm denetimine ilişkin kararını³⁵ beklemek gerekecektir.

Bu kararda itiraz sahipleri, Cumhuriyetin adem-i merkezîyetçi yapısına ilişkin 28 Mart 2003 tarih ve 2003–276 sayılı anayasa değişikliğine ilişkin

³¹ Bkz., DRAGO Guillaume; *Contentieux constitutionnel français*, 1^{ère} édition, Paris, PUF, Coll. « Thémis », septembre 1998, ss. 270–271.

³² ZOLLER Elisabeth; *Droit constitutionnel*, 1^{ère} édition, Paris, PUF, Coll. « Droit fondamental », avril 1998, ss. 93–94.

³³ VERPEAUX Michel; “La République, la Constitution de 1958 et le Conseil constitutionnel” in *Mélanges en l’Honneur de Pierre AVRIL*, Paris, Montchrestien, 2001, s. 134.

³⁴ Genevois bu hususta biraz farklı düşünmektedir : “ 2 Eylül 1992 tarihli kararda Konsey 89/5. maddeyi çerçevesini kesinleştirmeden, tanımlamadan (anayasakoyucu için) bir limit olarak kabul etmektedir” (GENEVOIS Bruno; op. cit., s. 912).

³⁵ Kararın metni için bakınız, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003469/2003469dc.htm> : 30 Temmuz 2005.

AY Değişikliklerinin Denetimi Bağlamında AYM Meşruiyeti

kanunun Cumhuriyetin niteliğini değiştirdiğini ve bu nedenle Anayasanın 89. maddesi 5. fıkrasıyla çelişki halinde bulunduğunu iddia etmekteydiler. Ancak, Anayasa Konseyi bu husustaki tartışmalara girmeden çok kısa bir kararda kendisini denetim konusunda yetkisiz gördüğünü ilan etmektedir: “(...) Anayasa Konseyinin yetkisi Anayasa tarafından tereddüde yer vermeyecek kesinlikte belirlenmiştir (...) Anayasanın 61. maddesi, Konseye organik kanunların (...) ve olağan kanunların Anayasaya uygunluğunu değerlendirme misyonunu vermektedir (...) Ne Anayasanın 61. maddesi ne 89. maddesi ne de bir diğer maddesi Konsey’e anayasa değişiklikleri üzerine karar verme yetkisi vermemektedir”³⁶.

Böylece Anayasa Konseyi anayasa değişikliğine ilişkin yasaların denetimi konusunda kendisini yetkisiz görmektedir. Bu yasanın halk tarafından veya halkın temsilcisi Parlamento tarafından kabul edilmesinin bir önemi yoktur. « Asli » veya « tali » kurucu iktidar Anayasanın değiştirilmesi konusunda herhangi bir denetime tabi değildir³⁷. (Türk Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde değiştirilmesi yasaklanan Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hükmüne dayanarak tamamen farklı bir netice ortaya koymuştu³⁸).

Şayet Anayasa Konseyi kendini bu alanda yetkili görseydi, “Hükümet şekli olarak Cumhuriyet” kavramını tanımlamak durumunda kalacaktı. Bu kavram neyi ifade etmektedir? Sadece 1958 Anayasasının 1. maddesini mi içine

³⁶ Bkz., ROBERT Jacques; op. cit., ss. 360 ve 366.

³⁷ Fransız Anayasa Konseyinin 2 Eylül 1992 tarihli kararındaki mantık silsilesini izleyerek diyebiliriz ki “Anayasal değerdeki hükümleri kendisine uygun gelen tarzı benimseyerek değiştirmek, tamamlamak veya tamamen ortadan kaldırmak Kurucu İktidar’ın yetkisi dahilindedir. Böylece, Kurucu İktidarın anayasal değerdeki bir ilkeyi veya kuralı ortadan kaldıran yeni bir hükmü anayasa metnine koymasına hiçbir engel bulunmamaktadır. Bu ortadan kaldırma sarıh (açık) olabileceği gibi zımni (örtülü) de olabilir” (Bkz., ZOLLER Elisabeth; op. cit., s. 93).

³⁸ Fransız Anayasasının 89/5. maddesinde olduğu gibi 29 Ekim 1923 tarih ve 364 sayılı Kanun Cumhuriyeti bir hükümet şekli olarak kabul ediyordu. Ancak 1924, 1961 ve 1982 tarihli Türk Anayasaları Cumhuriyeti bir Devlet biçimi olarak öngörmektedir. Cumhuriyetin bir devlet ya da hükümet biçimi mi olduğu yönündeki tartışmalara girmeden bu konuda Erdoğan Teziç’in görüşünün kamu hukuku tekniği açısından daha uygun olduğunu söyleyebiliriz : “1924 Anayasasında, devlet şekli olarak Cumhuriyetin hukuki olmaktan çok siyasi bir anlamı vardır ve devlet başkanlığının soydan gelme yolu ile bir hanedana ait olmasını önlemektir. 1961 Anayasasında olduğu gibi, 1982 Anayasasında da, kamu hukuku tekniği açısından, aslında devletin şeklini yani tek yapılı devlet oluşunu belirleyen 3. maddedeki “Türkiye Devleti ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür” hükmüdür. Bu bakımdan, teknik anlamda Cumhuriyet, bir devlet biçimi olarak değil, fakat bir hükümet biçimi olarak anlaşılmalıdır” (TEZİÇ Erdoğan; *anayasa hukuku*, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s. 142 dipnot n° 21).

almaktadır?³⁹ Yoksa Cumhuriyet kanunlarınca tanınmış temel prensipleri de içermekte midir?⁴⁰ Kavramın tanımında “Cumhuriyetçi geleneklere” göndermede bulunmak zorunluluğu var mıdır? Gerçekten de denetimi kabul etmesi halinde Anayasa Konseyi, içeriğini belirlemesi kolay olmayan bir kavramı tanımlamak durumunda kalacaktı. Diğer yandan, Konsey anayasa değişikliğine ilişkin bir yasa Hükümet şekli olarak Cumhuriyet kavramına aykırı olmasından dolayı iptal etseydi kamu erklerinin buna tepkisi ne olacaktı? Anayasa Konseyinin meşruiyeti tartışmaya açılacak mıydı ?

“Bilge kişiler (Anayasa Konseyi üyeleri)” sorunu verdikleri kararlar kesin bir surette çözdüler ve büyük olasılıkla tartışmayı burada kapatmakta haklıydılar. 1982 Anayasası öncesindeki Türk Anayasa Yargısı deneyimini incelediğimizde “Hükümet şekli olarak Cumhuriyet” kavramını geniş bir şekilde algılama riskinin çok yüksek olduğunu ve anayasa değişikliklerinin iptali kararlarının anayasa yargısının demokrasi karşısındaki meşruiyeti tartışmasını tetikleme ihtimalinin hiç de uzak olmadığını göstermektedir.

³⁹ Fransız Anayasasının ilk maddesi şöyledir: “Fransa laik, demokratik, sosyal ve bölünme kabul etmez bir Cumhuriyettir. Din, ırk ve köken farkı gözetmeksizin bütün vatandaşların kanunlar önünde eşitliğini sağlar. Bütün inançlara karşı saygılıdır. Onun teşkilatlanması ademi merkezîyet temeline dayanır”.

⁴⁰ “Cumhuriyet kanunlarınca tanınmış temel prensipler” ibaresi I., II. ve III. Cumhuriyet dönemlerinde Fransa'nın bazı önemli yasalarında sarîh veya zımni olarak belirtilen anayasal düzeyde kabul edilen ilkeleri ifade etmektedir. Aslında bu kavram ilk defa 1946 Anayasasının (IV. Cumhuriyet Anayasası) Giriş bölümünde kullanılmıştır: “(Fransız halkı) 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesinde ve Cumhuriyet kanunlarınca tanınmış temel prensiplerde ifadesini bulan insan ve vatandaş hak ve özgürlüklerini güçlü bir şekilde ilan eder”. Ancak, bu ifade Fransız Anayasa Konseyinin 16 Temmuz 1971 tarihli dernek özgürlüğünü Cumhuriyet kanunlarınca tanınmış temel prensiplerden biri kabul eden kararıyla pozitif hukukun bir parçası haline gelmiştir. Konsey daha sonra verdiği kararlarda Cumhuriyet kanunlarınca tanınmış temel bir ilkenin varlığından söz edebilmek için üç şartın varlığının gerekli olduğunu altını çizmektedir: ilk önce, söz konusu ilke Fransa’da Cumhuriyet rejiminin hâkim olduğu dönemdeki yasalardan çıkarılmış olmalıdır. Ardından, bu yasalar 1946 Anayasasının Giriş bölümünün kabulünden önceki döneme ait olmalıdır. Son olarak da kabul edilen farklı yasalarla yerleşen bu geleneğe, ilkeye aykırı tek bir yasal düzenlemenin olmamasıdır. Bu ilkedен sapan bir yasa dahi olsa Cumhuriyet kanunlarınca tanınmış temel bir ilkenin varlığından söz edilemez. Kaldı ki Fransız Anayasa Konseyi son dönemlerde verdiği kararlarda Anayasa metninde yazılan hükümleri, anayasa normlarını, ölçü norm olarak kullanmakta ve Cumhuriyet kanunlarınca tanınmış temel prensiplere çok istisnai durumlarda başvurmuştur. Bkz., *Dictionnaire Constitutionnel*, sous la dir. DUHAMEL Olivier, MENY Yves, Edition Presses Universitaires de France, Paris, 1992, ss. 825-826.

3. Anayasa Mahkemesinin Yetkisinin Sınırları

Gerçekten de 1961 Anayasası dönemi Anayasa Mahkemesinin içtihadı anayasa yargısının demokrasi açısından meşruiyetini “ortadan kaldırma” sonucunu doğurmaktaydı. Burada çok hassas olan bir soruyu sormadan geçemeyiz: Bir anayasa mahkemesi meşruiyetini kaybetmeden kurucu iktidarın iradesine karşı koyabilir mi? Şayet bu soruya verilecek cevap olumluysa, nereden aldığı yetkiye dayanarak anayasa mahkemesinin kurucu iktidarın yerine geçeceği sorusuna cevap aranmalıdır.

Anayasa hâkiminin meşruiyeti onun “Egemene tabi olmasına bağlıdır. Egemen ise kurucu iktidardır⁴¹”, çünkü Mahkemenin kendisi “kurulmuş (kurulu) bir iktidardır”. “Bu nedenle, her zaman herhangi bir yakınma veya şikâyet konusu olmadan⁴², kurucu iktidar anayasa hâkiminin karar verdiğini değiştirebilir, ortadan kaldırabilir. Kurucu iktidar bunu Mahkemenin dayandığı anayasal hükmü değiştirerek yapacaktır (...) Egemen, yani kurucu iktidar iradesini ortaya koyduğunda kurulu iktidarın ona tabi olması, ona uyması gerekmektedir⁴³. Diğer bir anlatımla, demokrasi son söze sahip olmalı ve “Egemenin iradesi” en son aşamada diğerlerine üstün olmalıdır⁴⁴.

Anayasa Mahkemesinin meşruluğunun temeli olarak onun kurucu iktidara (Egemen’e) tabi olması çıkarsamasını ortaya koyduktan sonra, Mahkemenin anayasa değişikliklerinin Anayasaya veya anayasaüstü normlara

⁴¹ Bu makalede “asli” ve “tali” kurucu iktidar arasında bir fark gözetmediğimizi belirtmeliyiz: Doyen Vedel’inde tali kurucu iktidardan bahisle söylediği gibi, “Kurucu iktidar egemendir. Onun tali olması sadece (onu kullanan) organ ve (onu kullanırken uyması gereken) şekil (kuralları) açısındandır. Maddi bakımdan olaya baktığımızda, yani yapılan anayasa değişikliğinin içeriği(ni) belirleme açısından, o asli kurucu iktidarın eşitidir” (VEDEL Georges; “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, *Pouvoirs* n° 67, 1993, s. 90).

⁴² Larry KRAMER Amerikan Yüksek Mahkemesi üyelerinin kendi kararlarını geçersiz kılacak, iptal edecek güce sahip bir otoritenin varlığının bilincinde olduğunu belirttiikten sonra “ bu güç gerçek, varlığını hissettiren bir güçtür; yoksa bundan iki yüzyıl önce iradesini ortaya koymuş ve sonra kaybolmuş bir güç değildir” demektedir. KRAMER Larry; “Au nom du peuple, qui a le dernier mot en matiere constitutionnelle”, (traduite par Valentine FOUCHE), *RDP* n 4, 2005, s. 1046.

⁴³ Préface de VEDEL Georges in *La légitimité de la jurisprudence constitutionnelle*, sous la dir. DRAGO Guillaume, FRANCOIS Bastion et MOLFESSIS Nicolas, Paris, Economica, 1999, s. XIV.

⁴⁴ Larry KRAMER makalesinin sonuç bölümünde şu hususun altını çizmektedir: “... Yüksek Mahkeme bizim (halk) hizmetimizdedir, yoksa bizim efendimiz değildir. Bilgi ve ciddiliğiyle dikkate almayı ve saygıyı hak eden bir görevli (hizmetkar), son noktada bizim (halk) anayasasının anlamı konusundaki kararlarımız önünde durmamalıdır (ayak dırememelidir). Ters bir durum kabul edilemez”. KRAMER Larry; *op. cit.*, s. 1045.

uygunluk denetimini yapabileceği düşüncesini iddia edebilmemiz de artık mümkün olmamaktadır.

Kurucu iktidarın uyması gereken anayasada yer alan maddi birtakım ilkelerin varolduğu ve onlara saygınlığın denetlenebileceği iddiasına gelince, 1982 Anayasası döneminde bu konuya cevap Anayasa Mahkemesinin kendisinden gelmektedir. Bir anayasa değişikliği Anayasada belirtilen şekil kurallarına uygun olarak kabul edildiği andan itibaren bu değişikliklerle getirilen hüküm anayasanın diğer hükümleriyle eşit değerde olacaktır : “Anayasa kural ve ilkeleri, etki ve değer bakımından eşit olup hangi sebeple olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, bunların bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanmaları zorunludur (...) Bu itibarla, Anayasa’da yer alan (...) kuralların Anayasa’da varolan genel ilkelerden ayrı nitelikte olduklarına bakılarak Anayasa’ya aykırılıklarından söz edilemeyeceği şüphesizdir ve Anayasa’da belli bir konuyu düzenleyen özel ilke varken o konuyu da kapsamı içine alabilecek nitelikte bir genel ilke bulunsa bile onun değil konuya özgü Anayasa ilkesinin uygulanması gerekmektedir”⁴⁵. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında⁴⁶ tartışmaya yer vermeyecek şekilde dile getirilen bu tutum ve pozisyon karşısında, Anayasa içinde farklı kademelerde hükümlerin bulunduğu düşüncesi, yani Anayasa hükümleri arasında bir hiyerarşi bulunduğu fikri ve Anayasa koyucunun onları hiçbir şekilde değiştiremeyeceği iddiası kabul edilemez.

Anayasaüstü normlar konusuna gelince, anayasanın üstünde yer alan ve Anayasa tarafından belirtilmeyen, tanımlanmayan ve egemen halk da dâhil olmak üzere bütün kamu otoritelerinin uyması gereken kuralların varlığı oldukça tartışmalıdır. Diğer yandan, “niteliği itibarıyla egemen olan kurucu iktidarın kendisine dışarıdan empoze edilen birtakım kurullarla sınırlandırılmış olduğunu mantık kuralları çerçevesinde nasıl kabul edebiliriz?”⁴⁷. Bu kuralları hangi kaynağa dayanarak çıkarabilir, ortaya koyabiliriz? Doğal hak anlayışından mı yoksa Avrupa Anayasa Mahkemeleri hâkimlerinin esin kaynağı olan “ulusal sınırları aşan ortak ilkeler rezervi”nden mi⁴⁸? Ayrıca anayasaüstü normların varlığı tezi anayasaüstü kabul edilen bu normları “keşfedecek” ve onları “kural olarak koyacak” bir otoriteye ihtiyaç göstermektedir. Anayasaüstü normların varlığını kabul edenlerin gözünde anayasal yargı organı bu konuda en yetkili mercii olarak görülmektedir. “Bu bir üst yargı organının anayasaüstü normları

⁴⁵ E.1990/32 K.1990/25 k.t. 16 Ekim 1990, *AYMKD* n° 26, s. 436.

⁴⁶ Aynı yönde daha yeni bir karar için bakınız, E.1999/21 K.1999/17 k.t. 12 Mayıs 1999, *AYMKD* n° 35 Cilt 2, ss. 441–442.

⁴⁷ ROBERT Jacques; op. cit., s. 364.

⁴⁸ Bkz., FAVOREU Louis; “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, *Pouvoirs* n° 67, 1993, s. 75.

AY Değişikliklerinin Denetimi Bağlamında AYM Meşruiyeti

keşfetmeye ve onları kural haline getirmeye yetkili olduğu anlamını taşımayacak mıdır ? Bu durumda, anayasa hakiminin kurucu iktidar yetkisine sahip olduğunu söylemek daha kısa, açık ve basit bir yol değil midir?”⁴⁹

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesine bir kanunu iptal ederken “kanun koyucu gibi hareket” etmeyi, yani yasakoyucu yerine geçmeyi yasaklayan 1982 Türk Anayasasının (madde 153, fıkra 2), aynı Mahkemeye kurucu iktidarın yerine geçme iznini vermekte olduğunu nasıl kabul edebiliriz? Anayasa Mahkemesinin bizzat kendisi “Anayasa Mahkemesi, Anayasakoyucu ve Yasakoyucu yerine geçecek tutumlardan özenle kaçınır” demekte değil midir?⁵⁰

Anayasa Mahkemesinin Egemen halkın iradesine saygı göstermesi Guillaume Drago'nun da belirttiği gibi liberal demokrasinin mantığına da uygundur⁵¹: “Anayasal yargı organına sahip olan liberal demokratik rejimlerde, siyasi ve hukuki planda son söz Egemene, yani halka veya meşru bir şekilde onu temsil etmek için seçilen temsilcilere, ait olmalıdır. Bu anlayışa göre, sosyal düzenin hukuki temellerinin tanımlanması, ne kadar prestijli ve bilge kişilerden oluşursa oluşsun, meşruluğun gaspı olmaksızın bir kurula (aréopage⁵²) bırakılamaz. Bu modele göre, ... demokrasi herhangi bir parçalanma, bölünme kabul etmez. Egemen tektir, o da halk”⁵³.

⁴⁹ VEDEL Georges; op. cit., s. 87.

⁵⁰ E.1992/1 K.1993/1 k.t. 14 Haziran 1993, *AYMKD* n° 29 Cilt 2, s. 1138 (Siyasi Parti Kapatma).

⁵¹ DRAGO Guillaume; op. cit., s. 119.

⁵² “Aréopage” kelimesi Antik dönemde Atina’da Siyasi Konsey’e verilen addır. Ayrıca bu kavram üstün yetenekli edebiyatçıların, bilginlerin ve hâkimlerin toplandığı meclisi de (kurulu) ifade etmektedir. Bkz., *Dictionnaire Le Robert Micro*, Edition Brochée, Paris, mai 1995, s. 64.

⁵³ Bu konuda “gerçek norm koyucunun metnin yazarı veya onu kabul eden değil onu yorumlayandır” cümlesiyle özetleyebileceğimiz realist yorum teorisinin Fransa’da öncülüğünü yapan Michel TROPER’in farklı bir görüş ortaya koyduğunu belirtmeliyiz (TROPER Michel; “Justice constitutionnelle et démocratie” in *Pour Une Theorie Juridique de l’Etat*, Paris, PUF, Coll. « Leviathan », 1994, ss. 329–346): Anayasa Mahkemesi bizzat kendisi anayasa normunu yaratmaktadır yoksa ona tabi değildir. Diğer bir anlatımla anayasal norm, anayasa adı verilen metne Mahkemenin verdiği anlamla ancak ortaya çıkar, varlık kazanır. Eğer norm Anayasa Mahkemesinin yorumu ise Mahkeme normu bizzat kendisi yaratmaktadır. O halde Anayasa Mahkemesi kurucu iktidardan kaynaklanan bir norma tabi değildir. Zira kurucu iktidarın kabul ettiği anayasa metnidir; onu norm haline getiren işlem Anayasa Mahkemesinin yorumudur. Bu çerçevede anayasa değişiklikleri de tamamen farklı bir anlam kazanmaktadır: “Gerçekleştirilen bir anayasa değişikliği direkt olarak anayasa hâkiminin kararını yeniden gözden geçirmek (etkisiz kılmak) amacına yönelik olmayabilir. Bu sadece Anayasa Konseyi tarafından isabetsiz yorumlandığı düşünülen bir metnin yeni bir metninle değiştirilmesidir. Aslında bunu Danıştay’ın idare mahkemesinin kararını

Sonuç: Anayasa Mahkemesinin Demokratik Sistemdeki Rolü

Bu açıklamaların ardından Anayasa Mahkemesinin mevcut sistem içindeki rolünü nasıl tanımlayabiliriz? Pierre Avril ve Jean Gicquel'inde⁵⁴ belirttiği gibi, egemen olan halkın nasıl, hangi şekilde temsil edildiğiyle ilgili kuralları temel norm olan Anayasa belirlemektedir. Meclis, kurulu bir iktidar olarak yetkilerini anayasadan almaktadır. O egemen olan halkı meşru bir şekilde ancak, anayasada yer alan ilkelere, gerek şekle ait gerekse esasa ait hükümlere, tam olarak uyarak temsil edebilir⁵⁵. Zaten Fransız Anayasa Konseyi bunu, 23 Ağustos 1985 tarih ve 85-197 sayılı norm denetimine ilişkin kararında⁵⁶ Doyen

bozmasına benzetebiliriz. Bu nedenle Anayasa Konseyinin içtihadı anayasanın kendisinden (kurallar kademelenmesinde) daha aşağı bir seviyede bulunmamaktadır” (s. 338). Başka bir anlatımla anayasa değişikliği ile değiştirilen şey norm değil maddenin metnidir. Madde metni ise sadece normun elde edileceği hammaddeyi, kelime, kavram ve ifadeleri, içermektedir. O yorumlamaya yetkili organ olan Anayasa Mahkemesinin işlemiyle ancak norm niteliğini almaktadır. Bu şekilde bir mantık yürütme, bizi Anayasa Mahkemesinin kurucu iktidarın talepleriyle bağlı olmadığı ve ona tabi olmadığı düşüncesine götürmektedir ki çalışma metninde belirtilen görüşler çerçevesinde bunun kabulü pek mümkün görünmemektedir. Michel TROPER'in yukarıda bahsedilen makalesinin tam çevirisi için bakınız: ATAY Ender Ethem; “Anayasa Yargısı ve Demokrasi” (Michel TROPER), Prof. Dr. Naci KINACIOĞLU'na Armağan, *Gazi Ün. HF Dergisi*, C: 1, S: 2, Aralık 1997, ss. 293-309. Realist yorum teorisinin sarıh bir anlatımı ve Türk Anayasa Mahkemesi kararlarının bu açıdan değerlendirilmesi için izleyen makaleye de bakılabilir: GÖZLER Kemal, “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, *Anayasa Yargısı* S: 15, 1995, ss. 207-242.

⁵⁴ AVRIL Pierre, GICQUEL Jean; *Le Conseil constitutionnel*, 4^{ème} édition, Paris, Montchrestien, Coll. « Clefs/Politique », 1995, s. 9.

⁵⁵ Anayasa Mahkemesinin demokratik meşruluğu konusundaki eleştirileri dile getirdikten sonra Mustafa ERDOĞAN bunlara cevap oluşturacak görüşlerden birinde paralel ifadeler kullanmaktadır: “Bir kere yazılı anayasası olan ülkelerde anayasanın üstünlüğü esastır, bu ise halk çoğunluğuna ve yasama çoğunluğuna tahditler getirir. Yargı organlarının, özellikle de anayasallık denetimi yapan mahkemelerin yaptığı bu sınırları uygulamaktır. Bundan dolayı çoğunluk karşıtı olan yargı kararları anayasal demokrasinin meşru bir parçasıdır. Başka bir ifadeyle modern demokrasi çoğunlukçu değil, anayasal bir demokrasidir. Anayasal demokrasi ise demokratik kurumların anayasa çerçevesinde hareket etmelerini gerektirmektedir. Bu nedenle, bir anayasal demokraside seçilmiş organların (bu arada parlamentoların da yetkileri sınırlıdır; seçilmiş olmak hiçbir organ ya da kişiye dilediğince ve keyfi davranmak, sınır tanımamak yetkisi vermez. Kişiler belli makamlara anayasanın o makamlara tanıdığı yetkileri kullanmak üzere ve bu kayıtlı seçilirler. Bundan dolayı, bir anayasal rejimde demokratik meşruluğu en dolaysız olan Parlamento bile kendi yetkisini nihai olarak kendi tayin edemez; o da diğer anayasal organlar gibi, kendisine anayasanın tanıdığı yetki alanı içinde faaliyet göstermekle yükümlüdür”. ERDOĞAN Mustafa; *Anayasal Demokrasi*, 4. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2001, s. 70.

⁵⁶ Karar için bakınız, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1985/85197dc.htm> : 30 Temmuz 2005

AY Değişikliklerinin Denetimi Bağlamında AYM Meşruiyeti

Vedel'e atfedilen bir formülle şu şekilde ifade etmiştir : “Kanun genel iradeyi ancak anayasaya saygınlığı sağladığı ölçüde ifade eder”⁵⁷. Başka bir anlatımla, eğer kanun anayasal ilkelere uygun olarak kabul edilmişse o zaman biz onun genel iradenin ifadesi olduğunu iddia edebiliriz.

Bir kanunun iptali, Türk Anayasa Mahkemesinin kendi iradesini yasa koyucunun iradesi üzerine çıkardığı anlamında yorumlanmamalıdır. Mahkemeyi ilgilendiren tek husus itiraz edilen normun anayasaya uygun olup olmadığının tespitidir : “Bir yasa kuralının yerinde olup olmadığı, yarar ya da zarar getirebileceği konusu uygunluk denetimi dışında kalan bir husustur. Anayasa Mahkemesi yalnızca, Anayasa kuralları karşısında uygunluk ya da aykırılık üzerinde durarak denetleme yapabilir. Yasama organının takdirine bağlı konu ve alanlara el atması söz konusu olamaz”⁵⁸. Aynı şekilde, “Anayasa Mahkemesi, Anayasa’ya aykırı bulduğu yasalara iptal ederek yürürlükten kalkmasını sağlar. Yasakoyucu gibi davranarak yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm kuramaz. Anayasa’nın öngördüğü ve mutlak düzenlenmesini istediği hususlara yer vermeme durumu dışındaki, yasanın isterse getirebileceği bir kuralı getirmemesi eksikliği, iptal nedeni olamaz”⁵⁹.

Anayasal yargı organı tarafından bir yasanın iptal edilmesi, sadece yasa koyucunun ilgili hükmü olağan yasa şeklinde kabul ederek yetkisini aştığını belirtmektedir. Zira, kabul edilen metin anayasal düzeydeki kurallarla uyumsuzluk halindedir ve bu hükmün meşruluk tartışmasına yol açmaması için anayasa değişikliğine ilişkin bir yasa ile hukuk düzenine girmesi gerekmektedir⁶⁰. Diğer bir ifadeyle, anayasallık denetimini yapmakla görevli organ, anayasal organlardan her birinin kendi yetki alanı içinde kalıp kalmadığının denetimini yapmakta, adeta demiryollarındaki “makas görevlileri (aiguilleur)”⁶¹ gibi her bir organa hukuki anlamda bir “kazanın” olmaması, anayasal sınırlar içinde kalabilmesi, için izlemesi gereken yolun, usulün hangisi olduğunu bildirmektedir⁶².

⁵⁷ Bkz., Henry ROUSSILLON ; *Le Conseil constitutionnel*, 4^{ème} édition, Paris, Dalloz, Coll. « Connaissance du droit », 2001, s. 2.

⁵⁸ E.1985/33 K.1986/22 k.t. 11 Eylül 1996, *AYMKD* n° 22, s. 194.

⁵⁹ E.1988/3 K.1989/4 k.t. 18 Ocak 1989, *AYMKD* n° 25, ss. 31–32.

⁶⁰ Bkz., VEDEL Georges; “Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l’homme”, *Pouvoir*, 1988, n° 45, s. 209.

⁶¹ Bkz., AVRIL Pierre, GICQUEL Jean; op. cit., s. 11.

⁶² İl Han ÖZAY’da Anayasa Mahkemesinin esas fonksiyonu hakkında benzer bir görüşü dile getirmektedir: “ ... Doğal olarak Mahkeme kanun koyucuya ne belli bir direktifi empoze edebilir ne de bunu yapmaya tevessül etmiştir. O sadece yapılabilecek olanla yapılamayacağı göstermekle yetinir. Bazen de anayasaya aykırı düşmemek için yapılması

KAYNAKÇA

ATAY Ender Ethem; “Anayasa Yargısı ve Demokrasi” (Michel TROPER), Prof. Dr. Naci KINACIOĞLU’na Armağan, *Gazi Ün. HF Dergisi*, C : 1, S : 2, Aralık 1997, ss. 293–309.

AVRIL Pierre, Jean GICQUEL; *Le Conseil constitutionnel*, 4^{ème} édition, Paris, Montchrestien, Coll. « Clefs/Politique », 1995, 156 s.

CHALTIEL Florence; “La souveraineté du pouvoir constituant dérivé : Développements récents”, *Petites affiches*, 20 juillet 2003, n° 123, ss. 7–9.

KRAMER Larry; “Au nom du peuple, qui a le dernier mot en matière constitutionnelle”, (traduite par Valentine FOUCHE), *RDP* n 4, 2005, ss. 1027–1046.

DRAGO Guillaume; *Contentieux constitutionnel français*, 1^{ère} édition, Paris, PUF, Coll. « Thémis », septembre 1998, 580 s.

ERDOĞAN Mustafa; *Anayasal Demokrasi*, 4. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2001, 325 s.

FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy; *Droit constitutionnel*, 3^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2000, 954 s.

FAVOREU Louis; “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, *Pouvoirs* n° 67, 1993, ss. 71–77.

GENEVOIS Bruno; “Les limites d’ordre juridique à l’intervention du pouvoir constituant”, *RFDA* 14 (5) septembre-octobre 1998, ss. 909–921.

GÖZLER Kemal; *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, thèse de doctorat, Université - Montesquieu, Bordeaux IV, 1995, 774 s.

GÖZLER Kemal; “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, *Anayasa Yargısı* S: 15, 1995, ss. 207–242.

ÖZAY İl Han; “Anayasa Mahkemeleri (Ya da Yargısının) Meşruiyeti”, *Anayasa Yargısı*, C: 9, 1992, Ankara, ss. 67–74.

ÖZBUDUN Ergun; *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, 436 s.

ÖZER Attila; *Gereççeli ve 1961 Anayasası İle Mukayeseli 1982 Anayasası*, Ankara, Lazer Ofset Matbaası, 1996, 680 s.

ROBERT Jacques; “La forme républicaine du gouvernement”, *RDP* n° 2–2003, ss. 359–366.

gerekeni söyler. Dolayısıyla onun kararları görüş ile uyarı arasında(dır)”. ÖZAY İl Han; *Anayasa Mahkemeleri (Ya da Yargısının) Meşruiyeti*, *Anayasa Yargısı*, C: 9, 1992, Ankara, s. 72.

AY Değişikliklerinin Denetimi Bağlamında AYM Meşruiyeti

ROUSSILLON Henry; *Le Conseil constitutionnel*, 4^{ème} édition, Paris, Dalloz, Coll. « Connaissance du droit », 2001, 173 s.

TEZİÇ Erdoğan; *anayasa hukuku*, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, 452 s.

TROPER Michel; “Justice constitutionnelle et démocratie” in *Pour Une Theorie Juridique de l’Etat*, Paris, PUF, Coll. « Leviathan », 1994, ss. 329–346

VEDEL Georges; “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, *Pouvoirs* n° 67, 1993, ss. 79–97.

Préface de Georges VEDEL in *La légitimité de la jurisprudence constitutionnelle*, sous la dir. Guillaume DRAGO, Bastion FRANCOIS et Nicolas MOLFESSIS, Paris, Economica, 1999, ss. IX-XV.

VERPEAUX Michel; “La République, la Constitution de 1958 et le Conseil constitutionnel” in *Mélanges en l’Honneur de Pierre AVRIL*, Paris, Montchrestien, 2001, ss. 129–139.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi; *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları n° 703, 1993, 349 s.

TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi; *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 2. baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, « Cogito », Eylül 2001, 524 s.

ZOLLER Elisabeth; *Droit constitutionnel*, 1^{ère} édition, Paris, PUF, Coll. « Droit fondamental », avril 1998, 629 s.