

ANAYASAYI DEĞİŞTİRME İKTİDARI VE DENETİM SORUNU

Doç. Dr. Osman Can

Anayasa Mahkemesi Raportörü



Özet

Asli ve türev kurucu iktidar Anayasa teorisinin önemli sorunlarından. Asli kurucu iktidarın yalnızca sosyolojik ve siyasal niteliği karşısında, türev kurucu iktidar siyasal bir tercihi yansıtmaması bakımından siyasal, buna karşın yetkisini ve geçerliliğini yürürlükteki Anayasadan alması nedeniyle de hukuksal bir iktidardır. Dünyadaki genel eğilimin tersine aynı zamanda sınırlı Anayasallık denetimine tabi bir iktidardır.

Türkiye’de Anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesi denetimine tabi tutulması 1971 değişiklikleriyle olanaklı hale gelmiştir. 1961 Anayasası döneminde bu denetim kapsamında yoğun iptal kararları yaşanırken, 1982 Anayasası döneminde yapılan iki denetim başvuruların reddiyle sonuçlanmıştır. Son karar Anayasa değişikliğinin Cumhurbaşkanınca iadesinden önce ve sonra kabulü için farklı çoğunluklar gerektiğine ilişkin genel inancı geçersiz kılmıştır. Bu yazının amacı 1982 Anayasasına göre türev kurucu iktidarın denetiminin niteliğini ve kapsamını ortaya koymaktır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, kurucu iktidar, Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliği, Türkiye.

Constituent Power and the Question of Judicial Review

Abstract

Constituent power, original or derivative, is a key question to the constitutional theory. Whereas the former is of a purely social and political character; the latter is not only political power in terms of reflecting a political choice, but also legal power – since it derives its binding authority from the constitution in force. Derivative constituent power is subject to constitutional review, contrary to the common tendency in the world.

Judicial review, by the Constitutional Court, of constitutional amendments in Turkey was introduced by the 1971 amendments to the Constitution 1961. While such judicial review resulted in decisions of annulment in a good number of cases under the Constitution 1961; in both of the two cases of such review under the Constitution 1982, the Court rejected the applicants. The Court's decision in the last case voided the common belief that the amendments to the constitution require different majority votes before and after their referral by the President.

This article aims to discuss the scope and character of judicial review of the derivative constituent power under the Constitution 1982.

Keywords: Constitution, constituent power, Constitutional Court, constitutional amendment, Turkey.

Anayasayı Değişirme İktidarı ve Denetim Sorunu

Yavuz Sabuncu'nun 2002'de oluşturduğumuz Türk-Alman Kamu Hukukçuları Forumuna katılımı ve aktif katkısı, takip eden akademik çalışmalarımız ve bu süreçte özel alanına ve dünyasına girebilme şansına sahip olmam, artık benim için bir hüznün kaynağıdır. Birlikte editörlüğünü yaptığımız “Fazlı Sağlam Armağanı” onun bilim dünyasına son ve örnek bir katkısıydı.

Yanıtlarını çok iyi bildiğimi düşündüğüm hukuksal, siyasal ve toplumsal sorunlar hakkındaki her bir tartışmadan, yanılmış olabileceğim duygusuyla ayrılmak zorunda kalırdım. Siyasetin dalgalı dönemlerinde berraklığı dikkat çeker, dalgalanmaların “önemsizliğini” yalnızca duruşuyla anlatırdı. Türkiye'nin yeni bir Anayasa yapım sürecine girdiği bu dönemde de, çok önemli olanın önemsiz, büyük coşkularla yürütülen kavgaların yalnızca tiyatro, düşman görünenlerin aslında ayrılmaz ikizler olduğunu hatırlatırdı herhalde...

Anayasa Mahkemesinin, Anayasa hukuku doktrini ve pratiğinde beklenmedik sonuçlar yaratan 05.07.2007 tarihi ve E. 2007/72, K. 200/68 sayılı kararına bilimsel temel hazırlayan görüşlerimle Yavuz Sabuncu Armağanına katkı sunmaktan onur duymaktayım.

Giriş

Anayasal uyumsuzluklar diğer hukuksal uyumsuzluklardan farklı olarak belirli bir “siyasal renk” içermekte, “büyük siyasal etkileri” olmakta ya da “belirli siyasal etki gücü” içermektedirler; en azından siyasal sorunlara dokunan boyuta sahiptirler. Her bir anayasal uyumsuzluğun ardında, esasında bir iktidar mücadelesine dönüşme potansiyeli bulunan siyasal bir sorun bulunmaktadır.

Siyasal alan ile hukuksal alan arasında yapısal farklılıktan kaynaklanan bir uyumsuzluk ilişkisi vardır. Siyasal alan yapısı gereği dinamik-irrasyonel olan ile ilgili olup, kendini sürekli değişen yaşam koşullarına uydurma zorunluluğu bulunan, yani toplumsal ve siyasal yapının devamı ve işleyişine ilişkin sorularla ilgilenen bir alandır. Bu da siyasetçilerin, özellikle siyasal karar organlarının

kararlarını neden “an”ın gereklerine göre vermek, elden geldiğince bağımsız kalmak ve yerindelik yaklaşımlarına göre hareket etmek istemelerini açıklamaktadır. Buna karşı hukuk ilkesel yapısı gereği statik-rasyonel, canlı ve öngörülemez siyasal güçleri öngörülebilir kılma ve denetim altında tutmayı amaçlayan bir alanla ilgilidir (Leibholz 1974: 176). Bu nedenle Anayasa hukuku bir bakıma siyasal hukuk olarak da adlandırılabilir. Bu kavramın yapısında bulunan çelişki doğası gereği denetim altında bulunmak istemeyen bir olgunun, rasyonel normlarla öngörülebilir kılınmasıyla açıklanabilir. Anayasa hukukunun doğasını belirleyen temel olgu, işte bu dinamik ve değişken siyasal alan ile tercihen durağanlığı ve dogmatizmi esas alan hukuk arasındaki çelişkidir. Başka bir ifadeyle varoluşsallık ile normatiflik, olan ile olması gereken ya da doğa ile etik akıl arasındaki çelişkidir. Bu çelişik durum, organik bir yaklaşımla sınırlı değildir. Organik olarak “yargı” içinde yer alan organın “politik”, parlamento ya da yürütme organının “hukuk”sal davranmayacağını göstermez. Çelişki hem organik hem de işlevsel boyutta görünür olabilir.

Bu temel çelişki Anayasa yargısının sınırlı bir alanda cereyanını da zorunlu kılmaktadır. Anayasa yargısı içeriksel olarak hukuksal-rasyonel yoruma elverişli bir *kural-normun*¹ varlığına bağlıdır. Böyle bir kural-normun varlığı, lafızda yeteri ölçüde açık olan ya da ilgili yasa veya Anayasada yer alan nitelendirmelerden ve Anayasanın özünden çıkarılabilen bir yorumla saptanabiliyorsa, kabul edilebilir. Türetilbilir kural-norm eksikliği, yargısal içtihadın ölçü alabileceği “rasyonel standart” eksikliği demektir. Bu alanlarda yorum yoluyla kural-norm türetilbilse de, bunun belirli ve öngörülebilir olmasının yanında içtihadi kararlılık göstermesi zorunludur. Çünkü Anayasanın lafzından türetilmeyen her alan öncelikle siyasal karar mekanizmalarının yetki alanına işaret eder. Ve belirtildiği biçimde türetilbilir kural-normun

1 Kural-normlar, hukuksal ve olgusal olanaklar alanında somut saptamalar içeren, uyulabilen ya da ihlal edilebilen yasaklar, emirler ve izinler içeren normlardır. Buna karşın ilke-normlar bir şeyin olgusal ve hukuksal olanaklar alanında elverdiğince gerçekleştirilmesini zorunlu kılan normlardır. İlke-normların hukuksal alanlarının çerçevesi karşı ilke-normlar ve kural-normlarca çizilir. (Alexy, 1994, 75 vd). Kural-normlar ile ilke-normlar farklı alanlarda bulunabileceği gibi, aynı alanda ancak farklı aktörleri de muhatap alabilirler. Örneğin kural-normlar genellikle Anayasanın devlet örgütüne ilişkin normlarında yoğunlaşırken, ilke normlar ağırlıklı olarak genel esaslar ile temel hak ve özgürlükler kısmında yer almaktadır. Bununla birlikte örneğin Anayasanın 26. maddesinde “herkesin düşünceyi açıklama özgürlüğüne sahip olduğu” bir ilke-norm olarak düzenlenirken, bu alana müdahalenin “ancak yasayla” yapılabileceği öngörülmek suretiyle kural-norm yaratılmış olmaktadır.

bulunmadığı durumda verilecek her yargısal kararın siyasal bir karara dönüşme olasılığı yüksektir.² Çünkü yalın siyasal alan hukuk kurallarıyla belirlenebilir değildir. Kural-norm eksikliğini “boşluk” olarak tanımlayıp *preater-constitutionem, contra-constitutionem* hukuk yaratma yoluyla doldurarak hukuk yaratmak, Kıta-Avrupası Anayasa sistemlerinde geçerli değildir (Müller/Christensen, 2002: 382).

Bu sonuç Anayasa ile yasalar arasındaki nitelik farkından da doğmaktadır. Anayasalar toplumsal ve siyasal alanların tamamını düzenleme iddiasındaki normlar değildir. Anayasalar çizdikleri hukuk-normatif çerçevede içinde toplumsal, siyasal ve ekonomik taleplere yanıt verme ve bu alanları düzenleme yetkisinin soyut-genel-objektif normlar yaratma biçiminde yasama organına ait olduğunu belirtmektedir. Anayasanın somut ya da somutlaştırılabilir kurallarına aykırı olmadıkları sürece, söz konusu alanlarda yasa koyucunun takdir alanının bulunduğu gerçeği, “yasamanın asliliği ve genelliği” ilkeleriyle ifade edilmektedir.

Bu açıdan demokratik anayasalarda, normatif ölçüt eksikliği yargısal denetim mekanizmalarına “hukuk yaratma” ya da “boşluk doldurma” olanağı sunmaktan çok, yargısal denetim yasağı getirmektedir. Çünkü “siyasal alan” içinde yargısal denetim, demokratik işleyişi ortadan kaldırır. Buna karşın temel amacı “özgürlük/özgürleştirme” olan Anayasalar, “özgürlük alanı”nda siyasal karar mekanizmaları (yasama, yürütme ve idare) bakımından ilke olarak “yasak alan” yaratmakta,³ bu alana müdahaleye yalnızca “özgürlükleri koruma ereği”ne yönelik olarak izin vermektedir. Kısa bir ifadeyle “özgürlük alanı”nda yasağın muhatabı siyasal karar mekanizmaları iken, diğer alanlarda yasağın muhatabı yargısal denetim mekanizmalarıdır. Her iki alanda da yasağın

2 Bu ifade Anayasa Mahkemelerinin somutlaştırıcı yorum yapamayacakları anlamına gelmemektedir. Ancak meşru olan ve olmayan anayasa dönüşümü/gelişimi arasında çok ince bir çizginin var olduğunu, bu çizginin kolaylıkla aşılma suretiyle Anayasaların kurucu iktidar iradesinin öngörmediği yönlerde doğru evrilmesini sağlayabildiğine vurgu yapılmaktadır. 1961 Anayasasında sınırsız olarak tanınan düşünce özgürlüğünün Anayasa Mahkemesince kullanılamaz hale geldiği (E. 1963/16, K. 1963/83; E. 1963/17, K. 1963/84), grev hakkının yine Anayasanın öngörmediği biçimde “lokavt hakkı” ile dengelenmesi (E. 1963/336, K. 1967/29), siyasal yasakların kaldırılmasına yönelik Anayasa değişikliğini iptal etmesi (E. 1970/1, K. 1970/31), Türkiye İşçi Partisini kapatması (E. 1971/3, K. 1971/3) örnekleri bu sorun hakkında fikir verebilir.

3 Bu yasak alanının öncelikle “yargı” bakımından söz konusudur. Adaleti gerçekleştirme ve özgürlükleri koruma yükümü altında olan “yargı” mekanizmasının, varlık nedeni olan bu hukuksal ödevi aykırı davranmasının evleviyetle meşru olmayacağını belirtmek gerekir.

muhatapları istisnai biçimde müdahale olanağına sahip kılınmıştır. Bu sonuç demokratik-özgürlükçü anayasaların sistematüğinden ve konuş amacından çıkarılabilir.

Kurucu İktidar-Kurulu İktidar

Anayasa teorisinin temel kavramlarından biri kurucu iktidar kavramıdır (*pouvoir constituant/die verfassungsgebende Gewalt*). Bu iktidarın ne veya kim olduğuna ilişkin tartışmalar, özellikle 1789 Fransız Devrimi öncesinde başladığı halde, kökü sözleşme teorileri üzerinden Aristoteles'in "Politeia" adlı eserine kadar uzanmaktadır. 1789 devriminde Siéyès kurucu iktidarı "halk" olarak tanımlarken, 1815 Viyana Kongresiyle başlayan restorasyon döneminde kurucu iktidarın sahibinin "Kral" olduğu kabul edilmiştir (Stern 1984: 144).

"*Kimin, hangi ya da nasıl örgütlenmiş bir otoritenin, anayasayı yapma iktidarına sahip olduğuna yönelik soru, hangi otoritenin halkın ruhunu yaratacağı sorusuyla aynıdır*" (Hegel, 1830'dan aktaran Stern, 1984: 143). Hegel bu ifadesiyle Anayasa koyucu iktidarın kime ait olduğu sorusunun önemine dikkat çekmektedir. Bu soru aynı zamanda Anayasa koyucu iktidarın bağlılığı, yöntemi ve meşruluğuyla ilişkilidir. Kuşkusuz tüm bu sorular anayasaların ortaya çıkışları ve varlıklarıyla doğrudan bağlantılıdır. Her halükarda, bu sorunun "hukuk-normatif" bir sorun olmaktan çok, siyasal, ekonomik ve sosyal bir sorun olduğunu, hatta güç ilişkilerince biçimlendiğini söylemek yanlış olmayacaktır (aynı yönde Eroğul, 1974: 23). Bu iktidarın herhangi bir hukuksal üst norm ile bağlı olmaksızın, doğrudan ve asli olarak sistem yarattığı ve bu sisteme uygun biçimde organlar, yetkiler, yetkilerin sınırları konusunda tamamen özerk biçimde davranabildiği ya da davranabilme iktidarına sahip olduğu, deneyimlerle (ampirik) saptanabilir bir gerçektir (Gözler, 1998: 13 vd).⁴ Kuşkusuz demokratik bir kültürde, anayasa koyucu iktidarın "halk" olduğunu söyleme olanağı varken, bu kültürün eksikliği paralelinde, kurucu iktidarın toplumsal meşruiyet gereksinimi duymayan "güç ilişkileri"nin bir ürünü olduğu söylenebilir.⁵

4 Ülkemizin anayasal tarihi bu konuda gerekli verilerin bulunabileceği bir laboratuvar niteliğindedir.

5 Carl Schmitt kurucu iktidarı kendi siyasal varlığının nitelik ve biçimi hakkındaki somut temel kararı verme gücüne sahip olan siyasal irade (onun gücü ya da otoritesi) olarak tanımlar. Bu eksende "egemen"i de olağan düzene son verebilme gücüne sahip "irade" olarak tanımlamaktadır (Schmitt, 1954: 77 vd). J.J. Rousseau kadar tanınmış olmasa da, 1789 sonrası Anayasal düzenler üzerinde en fazla etkiye sahip olan Emmanuel Abbé Siéyès, Spinoza ve Descartes'tan bilinen "*natura*

Kurucu iktidar erkler erki olarak kabul edildiğinden, başka bir anlatımla, sistem içi erk yaratan erk olduğundan, bu erkin kendi yarattığı sistem kurallarıyla ya da daha önce yıktığı sistemin kurallarıyla bağlı olduğunu ileri sürmek olanaksızdır (Maunz, 1998: Rdnr. 5; Stern, 1984: 146; Kapani, 2006: 168; Özbudun, 2003: 147; Gözler, 1998: 57).

Bir Anayasanın meşruluğu, bu Anayasayı koyan kurucu iktidarın, ortadan kaldırdığı Anayasaya uygun davranması olarak anlaşılabilir. Meşruluk tartışmasının temel sorunu, Anayasanın içeriğinin maddi anlamda doğruluğu, adilliği ve toplum tarafından kabul edilebilirliği sorunudur. Günümüz anayasal sistemlerinde Anayasaların meşruluğu kendinden ya da – Siéyès ve Schmitt’in ifade ettiği gibi – “irade”den değil, toplumda egemen olan değer, adalet ve güvenlik yargılarına uygunluk ölçüsünde sağlanabilir (Stern, 1984: 149). Dolayısıyla kurucu iktidarın meşruiyeti sorunu, bir pozitif hukuksal sorun olarak nitelendirilemez.

Kurucu iktidar hukuksal otorite yaratan sosyolojik bir iktidar olduğundan, kim ya da kimler olduklarının bu saptamada değeri bulunmamaktadır (Eroğul, 1974: 166). Kurucu iktidar somut bir organ ya da kurum değil, bir işlevdir. Yürürlükteki hukuk düzenini ihlal suretiyle ortaya çıkabildiği gibi, bu hukuk düzeninin normatif verilerine dokunmaksızın bu düzeni yenisiyle ikame edebilir. Dolayısıyla “yasa dışı” bir sosyal grup olabileceği gibi, “yasal” bir organ da bu işlevi üstlenebilir. Örneğin tüm parti ve toplumsal güçlerin çağrısıyla ortaya çıkan kurucu bir meclis kurucu iktidar yetkisini kullanabileceği gibi, hâlihazırdaki bir parlamento da bu yetkiyi kullanabilir. Parlamento yeni bir Anayasa hazırlarken yerine getirdiği işlem “yasama işlevi” değil, “asli kurucu iktidar işlevi” olduğundan yürürlükteki Anayasa ile bağlı değildir. Çünkü kurucu iktidar yetkisinin kullanımını düzenleyen bir norm anlamsızdır. Olması da eşyanın doğasına aykırıdır.⁶ Ayrıca kurucu iktidardan

naturans” (doğalayan doğa, ya da doğa yaratan doğa) kavramından kıyasla, kurucu iktidarı “kurulu bir devlette kurulu olmayan iktidar” olarak tanımlamakta, somutta ise bunun “ulus” olduğunu ileri sürmektedir. Hans *Kelsen*, başlangıçta “varsayımsal temel norm” (hypothetische Grundnorm) görüşü üzerinde dursa da, sonraları, kurucu iktidarın yalnızca sosyopolitik bir olgu olduğu, dolayısıyla hiçbir norm ile bağlı olmayan, anayasa öncesi iktidar olduğunu kabul etmiştir (Stern, 1984: 146). (Carré de *Malberg*’in aynı yöndeki görüşü için Teziç, 2003: 151). Hermann *Heller*, Anayasanın halk tarafından yapılmamış olsa da, kurucu iktidar tarafından yapılan, ancak bağlayıcı olarak kabul edilen bir norm olduğunu ifade ederek, halk unsurunu meşrulaştırma aracı olarak eklemektedir (Heller, 1983: 277).

⁶ Bu gerçek nedeniyle Alman Anayasasının 146. maddesinde yer alan “...bütün Alman halkı için geçerli olan bu Anayasa, Alman halkının serbest iradesiyle kabul

söz edebilmek için, bunun iktidar olduğunun ampirik olarak saptanması zorunludur. Bu da *a priori* olarak değil, ancak ve ancak *a posteriori* olarak, yani yeni düzen yaratılıp uygulanmaya başladığı anda olanaklıdır.

Kurucu iktidar diğer iktidarı yaratır, yani erkler erkidir. Sistem yaratıcı bir kurucu iktidarın (*pouvoir constituant*) yarattığı iktidarlar, organ iktidarı ya da kurulu iktidar (*pouvoir constitués*) olarak tanımlanır. Kurucu iktidarın katılımcı demokratik bir yolla oluşması ve yaratılan Anayasanın toplumsal adalet, özgürlük ve güvenlik yargılarıyla örtüştüğü durumda, Anayasanın yalnızca yasallığın değil, meşruiyetin de ölçütü olacağı açıktır.⁷ Bu Anayasa çerçevesindeki kurulu iktidarların meşruiyetleri, kurucu iktidarın yarattığı “hukuksal otorite” sınırları içinde hareket etmeleri koşuluna bağlıdır. Yasama, yürütme, yargı iktidarları ya da iktidarların alt birimleri, kurucu iktidarın sistem bütünlüğü içinde tanımladığı yetki alanının dışına çıktıkları anda meşruiyet kaybı yaşayacakları tartışmasızdır. Kurucu iktidar ile ilgili olarak yapılabilecek meşruiyet tartışması yalnızca “etik” bir boyutla sınırlıyken, kurulu iktidarların meşruiyet kaybı pozitif hukuksal sonuçlar doğurmakta, eylem ve işlemlerinin geçersizliğini ve iptal edilebilirliğini sağlamaktadır. Bu gerçek, sistem dışına taşmanın “saik”lerinin nitelendirmesine göre değişmemektedir. Yine bu gerçek, Anayasamızın 6. maddesinde “hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz” ifadesiyle, herhangi bir istisna tanımaksızın kabul edilmektedir. “Hiçbir kimse ya da organ”dan söz edildiğine göre, yasama, yürütme, yargı ya da bu erklerin alt birimleri niteliğindeki tüm organlarının da sistem dışı yetki kullanımının “meşru” olamayacağı anlaşılmaktadır.

Anayasaların “ebedi” bir geçerliliği olamayacağına ve meşruiyetini sürdürmek için zaman içinde toplumsal ve siyasal dönüşümlere kendisini uyarlama zorunluluğu bulunduğuna göre, bu uyarlanmayı olanaklı kılacak düzenlemeler içermeleri gereklidir.⁸ Değişiklik olanağı, bir yandan başlangıç

edeceği bir Anayasanın yürürlüğe girdiği günde geçerliliğini kaybeder” kuralının herhangi bir işlevinin olmadığı, yeni Anayasa yaratacak iktidarın bu tür bir yetkilendirmeye gereksinimi olmadığı, Alman Anayasa doktrininde de egemen görüştür. Değerlendirmeler için bkz. (Stern, 1984: 151; Huber, 1999: 2260).

⁷ Hemen belirtmemiz gerekir ki, Anayasanın “kurumsal duyarlılıklar” ile örtüşmesinin esas alındığı bir siyasal yapıda bu Anayasanın meşru olduğunu söylemek oldukça güçtür. 1961 ve 1982 Anayasalarının yaşadığı meşruiyet tartışmasından bu sonuç rahatlıkla okunabilir.

⁸ Uyarılma yalnızca metin değişikliğiyle değil, anlamı güncelleştirici yargısal faaliyetlerle de gerçekleşebilir. Anayasa hukukunda lafzın izin verdiği ölçüde yargıcın yasa lafzını yaşamın dinamizmine uydurması, yalnızca yargıç takdiri içinde bir

itibariyle meşruiyet sorunu çeken anayasaları süreç içinde meşrulaştırdığı gibi,⁹ devrimci niteliği bulunan anayasaları, hedeflerini evrimci bir biçime dönüştürerek devamını sağlamak yoluyla da meşrulaştırmaktadır (Stern, 1984: 154). Değiştirme olanağının bulunmaması, meşruiyet zeminini karşı devrime kaydırarak Anayasanın sonunu hazırlayabilir.¹⁰ Bu nedenle değişiklik olanağının bulunması ve kullanılabilir olması anayasal istikrar göstergesi olarak kabul edilmektedir (Stern, 1984: 155).¹¹ Zaten Anayasaların değiştirilebilir oluşunun mantığında sürekliliği sağlamak vardır. Bir Anayasa metninin değiştirilmesini reddetmek, onu dondurmak ve giderek süreli olmasına yol açmak anlamına gelir (Teziç, 2003: 171).

Bir Anayasanın, koruyucusu olan (ancak hâkimi olmaması gereken) Anayasa Mahkemesince statik, dogmatik ve çağın dinamizmine direnecek biçimde yorumlanarak korunabileceği düşüncesi, Anayasanın normatif etkinliğinin sıfırlanması ve dolayısıyla esasen geçerliliğini kaybetmesine yol

durum değil, yargıca düşen bir görevdir aynı zamanda. Tabii ki yargıç bu görevini, “dinamizm”in ereğine göre yerine getirecektir. Yasanın, lafzının aksine bir tutumla statikleştirilmesinin, uyarılmanın aksine, bir kırılma yaratacağı ve devrimlere yol açacağı siyaset biliminin temel verilerindedir. Bu yönde bir çalışma için bkz., (Soysal, 1969: 87 vd). Ancak uyarılmanın lafzı bir kenara iterek, başka bir anlatımla lafza dokunmadan içeriğini başkalaştırmak, anayasaya rağmen anayasa yaratma, daha teknik ifadeyle anayasanın başkalaştırılması anlamına gelir. Alman doktrininde “Anayasanın başkalaştırılması”nın (*Verfassungswandel*) Weimar Anayasasının lafzına dokunulmaksızın faşizmin olanaklı kılınmasının temel hukusal etkeni olduğu kabul edilmektedir. Bu kavramlara ilişkin tartışmalar için bkz., (Böckenförde, 2000: 141; Hesse, 1993: 15 vd.; Zippelius/Würtemberger, 2005: 63 vd.; Jestaedt, 2002: 192 vd.)

9 Buna en iyi örnek işgal güçlerinin onayıyla ortaya çıkan bir komisyonca hazırlanan ve halkoyuna sunulmaksızın yürürlüğe giren Alman Anayasasıdır.

10 Bu görüşler yalnızca anayasa değişiklikleri bakımından değil, aynı zamanda ve özellikle anayasa uygulamaları bakımından da geçerlidir. Anayasayı değiştiren sosyal ve siyasal koşullar uyarılma yerine, bu dinamizm karşısında anayasayı katılaştırarak kriz potansiyelini artıran anayasal uygulamaların, kendi meşruiyetini zayıflatacağı kaçınılmazdır. Meşruiyet, belirli bir tarihsel anda ortaya çıkan *karara* uygunluk değildir. Aksine hitap ettiği ve üzerinde bağlayıcı etkiler yarattığı toplumsal ve siyasal kesit tarafından kabul edilebilirlikle (acceptance) sağlanabilir. Bu nedenle meşruiyet her an yenilenen, her yeni kuşağın onayıyla güncellenen ve siyasal ve sosyal yapıdaki her bir yeni duruma uyarlanabilirlikle onaylanan bir durumu ifade eder.

11 Kuşkusuz bu değişikliklerinin nitelikleri ve sayısı daha analitik görüşlere olanak verebilir.

açar. Anayasanın normatif gücü, onun dinamik yorumuna bağlıdır. Bütünüyle etkinliğini kaybetmiş bir anayasanın geçerliliği de olmaz.¹²

Katı Anayasaların bulunduğu ülkelerde Anayasa Mahkemelerinin yaratılış amacı, aynı zamanda Anayasaların bu katılımını kuralların zamanın koşullarına ve sosyal ve siyasal dinamizme uyarlayarak dönüştürmeleridir. Zaten katı olan Anayasaların daha da katılaşması için Anayasa Mahkemelerine gerek yoktur (Leibholz, 1974: 183).

Kurucu iktidarın yarattığı kurulu iktidarların tümü, kurucu iktidarın normatif iradesiyle bağlıken, kendisi kurulu iktidar olmakla birlikte, dönemsel olarak türev kurucu iktidar görev ve yetkisiyle donatılmış iktidarlar Anayasayı değiştirmekle yetkili kılınmaktadır. Anayasa hukuku öğretisinde “türev kurucu iktidar” (“*pouvoir constituant dérivé*” ya da Georges Burdeau’nun ifadesiyle “*pouvoir constituant institué*” (Krüger, 1964: 922)) olarak nitelendirilen bu iktidar yetkisi, tüm demokratik sistemlerde demokratik ulusal temsilcilere özgülenmiştir. Bu iktidar yetkisi, olağan iktidar kullanımına karşı daha üstün ve daha ileri yetkilerle donatılmaktadır (Krüger, 1964).

“Kurucu iktidar olarak halk” ile “halkoylamasında iradesine başvurulmuş halk” kavramları arasındaki bir ayrıma da değinmekte yarar vardır. Kurucu iktidar ulusal egemenlik ilkesi gereği halka aittir; bu iktidar Anayasa dışı ya da Anayasa öncesidir (*extra constitutionnel* ya da *pre-constitutionnel*). Diğer iktidarlar, kurucu iktidar iradesinin Anayasadaki pozitif hukuksal tercihlerine paralel olarak halktan alınan yetkiyle ve halk adına kullanılır. 1982 Anayasası da Avrupa Anayasa kültürüne paralel biçimde, “kurucu iktidar olarak halk” ile “halkoylamasında iradesine başvurulmuş, dolayısıyla bir kurulu iktidar olarak halk” arasında ayırım yapmıştır. Başlangıçta Anayasanın “*Türk Milleti tarafından ... emanet ve tevdi olun*”duğu ifade edilmekle kurucu iktidar olarak halka işaret edilmektedir.¹³ Ancak gerek Anayasanın 6. maddesinde yer alan “*egemenliğin sahibi olan halk*” ile 175. maddesinde yer alan “*halkoylamasında iradesine başvurulmuş halk*”, Anayasanın normatif düzenlemelerin yarattığı, biçimlendirdiği ve iradesine sonuç bağladığı hukuksal kurumlardır (*intra constitutionnel*).¹⁴ Bu bakımdan 6. ve 175. maddede ifade bulan iradeler “kurulu” (*constitué*) organ iradeleri olup, Anayasaya bağlıdır. Kısacası

12 Anayasanın normatif gücüne ilişkin açıklamalar için bkz. (Hesse, 1993: 16 vd.)

13 Bir “*olması gereken*”i yansıtan bu ifadelerle rağmen, “emanet ve tevdi” edenin Milli Güvenlik Konseyi olduğu açıktır.

14 “*Intra constitutionnel*” halk egemenliği kavramına ilişkin açıklamalar hakkında bkz., Peter Unruh, *Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, Eine verfassungstheoretische Rekonstruktion*, Tübingen 2002, s. 395 vd.

Anayasanın yaratıcısı olan halk ile Anayasanın muhatabı olan halk birbirinden Anayasa teorisi ve tekniği bakımından ayrılmaktadır.

Diğer bir ayrım zorunluluğu, devletin sürekliliği ile kurucu iktidarın sürekliliği kavramları arasında yapılmak gerekir.¹⁵ Devletlerin varlığı ve sürekliliği bir uluslararası hukuk sorunu olup tanınmayla sağlandığı halde, devletin yapısı ve devletteki yapısal tercihler bir kurucu iktidar sorunu olup Anayasayla belirlenir. Bu nedenle Lozan Barış Antlaşmasıyla kurulan Türkiye Devletinin sürekliliği, Türkiye’de siyasal yapı meşruiyetinin sürekliliği anlamına gelmez. Her bir siyasal yapı tercihi her yeni Anayasanın ortaya çıkmasıyla yeniden ve asli olarak belirlenmekte, kurulu iktidarlar da her defasında pozitif hukuksal olarak yeniden yaratılmaktadır. Yeni bir meşruiyet zemininde pozitif hukuksal olarak öncekinden tamamen bağımsız yeni yetkiler kullanılmaktadır. Dolayısıyla bir kurulu iktidar olan türev kurucu iktidar organ, *önceki* anayasal düzen gerekleriyle pozitif hukuksal olarak bağlı olmadığı gibi, bu organı denetlemekle görevlendirilmiş denetim organları da önceki Anayasal düzen kurallarıyla pozitif hukuksal olarak bağlı değildir. Ancak kurucu iktidarın devletin sürekliliğini sona erdirici ya da yeni bir devlet yaratıcı bir iktidar olmasının önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır (Gözler, 1998: 65 vd).

Türev Kurucu İktidarın Normatif Sınırları ve Denetimi

Demokratik ulusal temsilciler, koşulları gerçekleştiğinde kurucu iktidarın öngördüğü normatif sınırlar çerçevesinde ve usullere uyarak dönemsel “kurucu iktidar” rolü üstlenebilir. Türev kurucu iktidar denilen bu iktidar herhangi bir kurulu iktidarı ortadan kaldırayabileceği gibi, bu iktidarların görev ve yetki alanlarında değişiklikler, *sistem içi farklılaşmalar yaratabilir; sistem haritasını, asli kurucu iktidarın izin verdiği çerçeve içinde yeniden çizebilir*. Anayasa türev kurucu iktidara içeriksel, zamansal ve biçimsel sınırlar çizebilir (Teziç, 2003: 161 vd; Gözler, 2001: 35 vd). Ancak bu sınırlar dışında türev kurucu iktidar herhangi bir normatif sınırlamaya tabi değildir.

Türev kurucu iktidarın bu iktidar sınırlarını terk etmesi durumunda herhangi bir yaptırımla karşılaşması, ancak asli kurucu iktidarın bir mekanizma öngörmesiyle pozitif hukuksal temel kazanabilir. Buradan hareketle her bir sınır ihlalinin “mantık gereği” bir sistem içi denetiminin olması gerektiği yönündeki

15 Bu ayrıma ilişkin olarak bkz., (Schmitt, 1954: 95 vd).

görüşlerde isabet bulunmamaktadır.¹⁶ Türev kurucu iktidarın iktidar alanını çizen normlara aykırılık, bu aykırılıklara açık bir hukuksal sonuç bağlandığı ve aykırılıkları denetlemekle görevli bir “*kurulu iktidar*” öngörüldüğü sürece ve ölçüde geçerli olabilir. Bunun dışına taşan bir denetim kaynağını Anayasada almayan yetki kullanımı olacağı açıktır. Demokratik hukuk devletlerinde, kamusal yetkiler pozitif hukuksal olarak tanımlı yetkililerdir. Bir organın yöntem aykırılığı başka organların pozitif hukuksal olarak tanınmamış yetki kullanımını meşrulaştırmaz. Cem Eroğul’un ifadesiyle, *Meclisin beceriksizliği, Anayasa Mahkemesini yeni yetkilerle donatmaz* (Eroğul, 1974: 167). Anayasa koyucunun Anayasayı değiştirme iktidarını eksik, çelişik ve vizyonsuz biçimde yerine getirmesi, tartışmasız haklı eleştirilere yol açıyorsa da, bu durum Anayasa Mahkemesi lehine bir yetki aktarımını meşrulaştırmaz (*kompetenzdevolution*) ya da Anayasa yargısal yedek bir yetkinin varlığına karine olarak gösterilemez (Jestaedt, 2002: 227).

Batı demokrasilerinde Anayasa değişikliklerinin denetlenebilirliğini öngören Anayasa normlarına rastlanmamaktadır. Türkiye 1971 Anayasa değişikliğiyle bu olanağa kavuşmuştur. Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasasının 167. maddesi (3. fıkranın d bendi) bu olanağı açıkça öngörmektedir. Azerbaycan Anayasası (Md. 153),¹⁷ Kırgızistan Anayasası (Md. 82) ile Moldova Anayasası (Md. 135) Anayasa Mahkemesine yalnızca Anayasa değişiklik teklifleri hakkında görüş bildirme yetkisi tanımaktadır.

Türk Anayasal sistemi yalnızca Anayasa değişikliklerini zorlaştırmamış, bu zorlaştırmaya koşut olarak denetimini de zorlaştırmıştır. Bu temel tercihin aynı zamanda denetim yetkisinin yorumlanmasında da göz önünde bulundurulması zorunludur.

Türk Anayasa Düzeninde Anayasayı değiştirme iktidarı münhasıran Türkiye Büyük Millet Meclisine tanınmıştır. Başkaca hiçbir organın doğrudan ya da dolaylı biçimde bu yetkiyi paylaşma ya da daraltma yetkisi bulunmamaktadır.

İlk dört maddesinin değiştirilemezliği yönündeki yasak alan¹⁸ ile birlikte Anayasa değişikliğinin yöntemini belirleyen 175. madde türev kurucu iktidarın sınırını çizmektedir.

16 Bu yöndeki görüşler için (Onar, 1993: 131 ve 149 vd; Eroğul, 1974: 166 vd; Özbudun, 2003: 158 vd; Gözler, 2000: 1005 vd.)

17 Azerbaycan Anayasasının 154. maddesi yasalaşan değişiklikler hakkında Anayasa Mahkemesinin karar almasını açıkça yasaklamaktadır.

18 “Yasak elma” metaforu kullanılarak, bu alanların hukukta “tabu” olgusunun varlığına işaret ettiği görüşlerine rastlanmaktadır. Bkz., (Isensee, 2003: 115 vd.).

Asli kurucu iktidar Anayasa değiştirilirken hangi yönlerden yargısal denetime tabi olunacağını açıkça göstermiştir. Anayasanın 175. maddesinde öngörülen biçim koşullarından yalnızca “teklif ve oylama çoğunluğu” ile “ivedilikle görüşülememe” koşulları anayasallık denetiminin konusunu oluşturabilmektedir. Örneğin teklifin yazılı olma koşulunun ihlali biçim aykırılığı olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesinin denetim alanına girmez. Anayasa değişikliklerine yönelik denetimin ancak istisnai ve tüketici (*numerus clausus*) olarak sayılmış olması, bu denetimin kapsamının yorum yoluyla genişletilemeyeceğini göstermektedir.

Farklı Anayasa-Farklı Anayasa Yargısı

Kurulu iktidarlar yetki ve meşruiyetlerini kurucu iktidar iradesinden aldığından, bu iradenin ötesinde herhangi bir yetki kullanımı *anayasa dışı* (extra-constitutionnel) olarak nitelendirilir. 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesiyle birlikte yeni bir sistem, yeni organlar ve yeni hukuksal otoriteler ortaya çıkmıştır. 1961 Anayasası artık pozitif hukuksal bağlayıcılığı olmayan tarihsel bir dokümandır. Anayasa Hukuku tarihi incelemelerinde *asli* ve 1982 Anayasa koyucununun tarihsel amacının araştırılmasında *yardımcı* bir kaynaktır. 1961 Anayasasından meşruiyetini alan 1961 Anayasası dönemi Anayasa Mahkemesi kararlarının da bu gerçek karşısında pozitif hukuksal bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Aynı saptama 5678 sayılı Anayasa Değişiklikleri Yasasının iptali isteminin reddedildiği 05.07.2007 tarihli kararında da yer almaktadır.¹⁹ Kuşkusuz bu saptama, önceki Anayasa Mahkemesi kararlarının “tarihsel analiz” ya da “karşılaştırmalı hukuk verisi” olarak değerlendirilmesine engel değildir.

Anayasa Mahkemesinin kararlarının pozitif hukuksal bağlayıcılığı hakkındaki bu saptama, türev kurucu iktidarın gerçekleştirdiği Anayasa değişiklikleri üzerine ortaya çıkan yeni anayasal durum bakımından da geçerlidir. Örneğin 2004 yılında Anayasanın 10. maddesinde gerçekleştirilen değişiklikten sonra eşitlik ilkesinin yalnızca yasa önünde eşitlik olarak tanımlanması olanaksızdır. Kadın-erkek eşitliğinin söz konusu olduğu bir hukuksal tartışmada, fiili eşitliğin sağlanması yönündeki yeni anayasal direktif göz ardı edilemez. Yine 2001 yılındaki değişikliklerin ardından, Anayasa

19 E. 2007/72, K. 2007/68, 07.08.2007 tarih ve 26606 sayılı Resmi Gazete, s. 75. “1961 Anayasası döneminde bu Anayasanın kurallarına göre verilmiş Anayasa Mahkemesi kararlarının, yeni bir Anayasa olan 1982 Anayasası döneminde hukuksal bağlayıcılıkları yoktur. Yürürlükte olmayan Anayasalara göre verilen kararlar, ‘yokluk’ ya da diğer yaptırımların gerekçesi olamaz.”

Mahkemesinin daha önceki içtihatlarında kullandığı, “*tüm temel hakların genel ahlak, genel asayiş, kamu düzeni gibi nedenlerle sınırlanabileceği*” içtihadı geçerliliğini yitirmiştir. Çünkü bu değişiklikten sonra artık temel haklar yalnızca ilgili maddesinde yer alan nedenlerle sınırlanabilir. Yine 90. maddedeki değişikliğin ardından, temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmelerin “*lex-posteriori*” kuralına tabi olduklarına yönelik içtihat da geçerliliğini yitirmiş bulunmaktadır. Bu nitelikteki uluslararası sözleşme kurallarıyla iç hukuk kurallarının çatışması durumunda, sözleşme kuralları her halükarda uygulama önceliğine sahip olacaktır.²⁰

Bu değerlendirmeler ışığında, 1980 öncesi anayasal durumun irdelenmesi gerekir.

Anayasa değişikliklerinin denetlenebilmesinin pozitif hukuksal temeli – yukarıda belirtildiği gibi – ilk defa 1971 tarihindeki Anayasa değişiklikleriyle oluşturulmuştur. Ancak 1961 Anayasasının ilk halinde Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi bulunmamaktadır. 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda da bu yönde bir yetki tanınmamıştır.

Anayasa değişikliklerinin denetlenmesi olgusu Alman Anayasa uygulamalarına paralel bir seyir izlemektedir.

Alman Anayasasının 93. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendi, Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisini tanımlarken “*Federal hukuk ya da eyalet hukukunun Anayasaya uygunluğunu denetlemek*”ten söz etmektedir. Gerek doktrinde, gerekse Mahkeme uygulamalarında bu denetimin “*değiştirilemez hükümlere aykırılık yönünden*” Anayasa değişiklikleri hakkındaki yasaları kapsadığı kabul edilmektedir (Stern, 1984: 167; Jarass/Pieroth, 2000: 931).

Alman Anayasa Mahkemesi 16.6.1959 tarihli kararında denetim yetkisinin bulunduğu işaretini vermiştir.²¹ 15.12.1970 tarihli kararında ise doğrudan doğruya değiştirilemez maddelere²² aykırılık iddiasıyla Anayasa değişikliği

20 Bu konudaki açıklamalar için bkz., (Can, 2005: 191 vd).

21 BVerfGE 9, 334 (336).

22 Alman Anayasasının 79. maddesinin 3. fıkrasına göre, “*Federasyonun eyaletlere bölünmesine, eyaletlerin yasamaya katılmaları ilkesine veya 1. ve 20. maddelerde yazılı esaslara ilişkin bir Anayasa değişikliği caiz değildir*”. Anayasasının 1. maddesinin 1. fıkrası insan onurunun dokunulmaz olduğunu ve tüm devlet erkinin saygı ve dokunulmaz yükümlülüğü bulunduğunu, 2. fıkrası Alman halkının dokunulmaz ve devredilmez insan haklarını, yeryüzünde her insan topluluğunun, barışın ve adaletin temeli olarak kabul ettiğini, 3. fıkrası ise Anayasada belirtilen temel hakların yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağladığını

yasasına karşı açılan iptal davasını esastan incelemiştir.²³ Almanya’da Anayasa koyucu, Anayasa değişikliklerini – nitelikli karar çoğunluğuna tabi tutsa da – “federal hukuk” kavramı dışında kabul etmediğinden bu yöndeki inceleme gerek Mahkeme, gerekse doktrin tarafından fazla sorunsallaştırılmamıştır. Ancak dikkat çeken birinci nokta bu denetimin yalnızca değiştirilemez kurallara aykırılık temelinde gerçekleşmiş olmasıdır. İkinci nokta bu denetimlerde Anayasa’nın değişmez hükümlerine aykırılık maddelere dokunulmazlık biçiminde anlaşılmasıdır. Mahkeme Anayasanın 79. maddesin 3. fıkrasının tanımlanan ilkelerden esaslı sapmaları yasakladığını, ancak Anayasanın en temel ilkelerini sistem içi dönüşüme tabi tutmasına engel oluşturmayacağını kabul etmiştir. İlginçtir ki, Mahkeme esasında oldukça geniş bir denetim olanağına sahip olduğu bir alanda, Anayasa koyucu iktidarın doğasını dikkate alarak kendini frenleme yolunu seçmiştir (*judicial self-restraint* uygulamıştır). Gerekçesinde ise *judicial-self-restraint* ilkesinin Anayasanın diğer Anayasal organlara tanıdığı siyasal özerkliğin korunmasını amaçladığını belirtmiştir.

Alman Anayasa Mahkemesi, Anayasa yargısının Anayasada tanımlı alanın ötesine doğru genişleme çabalarının karşısında olduğunu kararlarında açıkça belirtmiştir. Örneğin muhalefetin önleyici (apriori) norm denetimi çabasını reddetmiş, yine muhalefet ile iktidar arasında yasama faaliyeti sırasında çıkan uyuşmazlığın anayasal sorun olarak kabul edilmesi istemini reddetmiştir (Leibholz, 1974: 180).

Avusturya Anayasasına göre Anayasanın temel ilkelerine aykırı bir değişiklik esaslı nitelikte olduğundan, ancak halkoyuyla kabul edildikten sonra Cumhurbaşkanı onaylanıp yürürlüğe konulabilecektir. Bu tür bir değişikliğin halkoyuna sunulmamasının denetimiyle ilgili ve biçimsellik sınırlı bir yetkinin Avusturya Anayasa Mahkemesi tarafından kullanıldığı bilinmektedir (Walter/Mayer, 1976: 271).

İtalyan Anayasa Mahkemesi Alman Anayasa Mahkemesiyle aynı pozitif hukuksal esaslara tabi olduğu halde, Anayasa değişikliğini denetleme

ifade etmektedir. Anayasanın 20. maddesi ise Almanya Federal Cumhuriyetinin demokratik ve sosyal bir federal devlet olduğunu, egemenliğin halka ait olduğunu ve halkın egemenliğini, seçimler ve oylamalar aracılığıyla ve yasama, yürütme ve yargı yetkileriyle donatılmış özel organlar eliyle kullanacağını; yasamanın anayasal düzenle, yürütme ve yargının da yasa ve hukuka bağlı olduğunu; son olarak da bu anayasal düzeni ortadan kaldırmak isteyen herkese karşı, başkaca bir çözümün bulunamaması halinde, bütün Almanların direniş hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir.

23 BVerfGE 30, 1 (Abhörurteil).

istemlerini reddetmiştir (Eroğul, 1974: 16; Turhan, 1976: 75). Fransız Anayasa Konseyi'nin bu yönde yetki kullandığı görülmektedir (Teziç, 2003: 173).

Türk Anayasa Mahkemesi Anayasa değişikliklerini denetleyebileceğine ilişkin tercihini 16.11.1965 günlü bir kararında ifade etmiştir.²⁴ Görüşümüze göre, bu kararla başlayan süreci 1949 Alman Anayasasıyla 1961 Anayasası arasındaki paralelliğin Anayasa yargısına da yansıdığına işaret olarak görmek gerekir. 1949 Alman Anayasası 1961 Anayasasına kaynaklık ettiği halde, her iki Anayasada da Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini denetleme yetkisine ilişkin herhangi bir yetki normu bulunmamaktadır. Buna karşın Alman Anayasa Mahkemesinin “değiştirilemez hükümlere aykırı” Anayasa değişikliklerini denetlemekle kendini yetkili görmesinin hemen ardından, Türk Anayasa Mahkemesinin de aynı yönde kararlar vermeye başlaması dikkatten kaçmamaktadır.²⁵⁻²⁶

24 E. 1964/38, K. 1965/59, AYMKD 3, 283 vd

25 Türk Anayasa Mahkemesi kütüphanesindeki Alman Anayasa hukuku ve yargısına ilişkin kaynakların çoğunun o dönemlerde tedarik edilmiş olması ilginç bir saptama olabilir.

26 Bu biçimsel paralelliğe karşın, özde çok ciddi farkların bulunduğunu ifade etmemiz gerekir. İlk olarak her iki Anayasanın Anayasa Mahkemelerini öngörmesinin ardında “siyasal alana” dönük güvensizlik yatmaktadır. Ancak bu güvensizlik siyaset kurumuna yönelik olmayıp, yalnızca siyasal suiistimallere yönelik olduğundan ve siyasal alanı toplumsallıkla güçlendirme amacını güttüğünden, Alman Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamen parlamento tarafından seçilmesine ve minimum yargıç tipiyle sınırlanmasına engel olmamıştır. Türkiye’de siyasete duyulan güvensizliğin aktörleri elitist-bürokratik mekanizmalar olduğundan, bu güvensizlik “kurum olarak siyaset”e yönelerek devlet ile toplumsallık ilişkisi kurulmaksızın, sistemin güvencesi yalnızca bürokratik mekanizmalara yüklenmiştir. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi üyelerinin yalnızca 1/3 oranında parlamenter seçimine olanak tanımış, geri kalan üyeler bürokratik-korporatif iktidarlara terkedilmiştir (bu tablo 1982 Anayasası bakımından daha belirgindir). Bu temel tercihin her iki mahkemenin her iki ülkede çok farklı roller üstlenmelerini ve farklı siyasal dönüşümlere olanak sağlamalarını açıklar niteliktedir. İkinci olarak Alman Anayasa Mahkemesi, Türk Anayasa Mahkemesine oranla çok geniş yetkilerini, siyasal alanın dinamizmüne müdahale etmeyecek biçimde *judicial self-restraint* ilkesine uygun olarak kullanırken, Türk Anayasa Mahkemesi Alman Anayasa Mahkemesine oranla oldukça dar yetkilerini, özellikle siyasal karar organlarının aleyhine genişleterek (*judicial activism*) kullanmıştır. Bu durum, Almanya’dan farklı olarak, neden her bir Anayasa değişikliği tartışmasında Mahkemenin yetkilerinin kısıtlanmasının gündeme gelmesini ve ardından yetkilerin daralmasına yol açtığını açıklamaktadır. 1971 değişikliği, 1995, 2001 yıllarında değişiklikler örnek olarak gösterilebilir. Alman Anayasasında Anayasa Mahkemesine ilişkin

16.6.1970 günlü kararında Anayasa Mahkemesi, ilk defa doğrudan doğruya bir Anayasa değişikliğini incelemeye tabi tutmuş ve biçim koşulları yönünden iptal etmiştir.²⁷ Bu kararda, Anayasa değişikliği biçim yönünden iptal

maddelerde 58 yılı içinde yalnızca iki değişiklik gerçekleştirilmiştir. 1969 yılındaki ilk değişiklikle “Anayasa şikayeti” kurumu anayasal zemine oturtulmuş, 1994 yılındaki ikinci değişiklikle Federal yasamanın yarışan yasama yetkisi konusunda, eyaletlerin asli yasama yetkisine dokunulup dokunulmadığını inceleme yetkisi Anayasa Mahkemesine tanınmıştır. Her iki değişiklik de Mahkemenin yetkilerini artırmaya yöneliktir. Farklar çoğaltılabilir.

- 27 E. 1970/1, K. 1970/31, Kt. 16.06.1970, AYMKD 8, 313. TİP'nin 27 Mayıs'a aykırılık gerekçesiyle yaptığı bu başvuru üzerine, Demokrat Parti yöneticilerine yönelik siyasal yasakları kaldırarak seçilmelerine olanak sağlayan Anayasa değişikliğinin iptal edildiği bu karar gerek siyasette, gerekse öğretilerde geniş çaplı eleştirilerle karşılaştı. Cem Eroğul “*Meclisin beceriksizliği, anayasa mahkemesini yeni yetkilerle donatmaz*” ifadesini kullanırken (Eroğul, 1974: 167), Mümtaz Soysal, daha çarpıcı ifadeler kullanmaktadır: “*Bu çok tehlikeli bir gerekçe. Sonunda toplumu ‘yargıçlar devleti’ denen bir anlayışa götürmesi halkın oylarıyla kurulmuş bir parlamentonun elindeki değiştirme yetkisini hiçe indirmesi mümkün. Anayasa Mahkemesindeki yargıçlar, Cumhuriyetin temel niteliklerini belirli bir yönde yorumluyorlar diye, o tutuma aykırı düşen bütün değişiklikleri iptal edilecek ve dolayısıyla ulus bu alandaki yetkisini kendi temsilcileri aracılığıyla da olsa kullanamaz duruma mı gelecektir?*” (Soysal, 1977: 219). Ardından “*Anayasa Mahkemesi üyeleri, ‘cumhuriyet’ sözüne Anayasanın başka ilkelerini ekleyerek o ilkelere de değişmezlik kazandırma yetkisini nerede almaktadırlar?*” biçimindeki soruyu da “*Anayasa Mahkemesi... bir değişikliğin Anayasadaki temel ilkelerden birine aykırı düştüğünü savunarak Anayasa değişikliklerini iptal etme yetkisine sahip olursa, devlet sistemi içinde kendisine tanınan yeri aşıyor demektir*” biçiminde yanıtlamaktadır (Soysal, 1977). 80’li yıllarda Özbudun benzer kaygıları “*Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişikliklerinin denetimi konusunda takındığı tutum, uzun vadede bizzat yüce Mahkemenin kurumsal menfaatlerine zarar verebilecek niteliktedir. Tecrübeler, Anayasa yargısı ile toplumun çoğunluğunu temsil eden siyasal güçler arasında derin ve sürekli görüş aykırılıklarının belirmesi halinde, sonuçta anayasanın değiştirilmesi ve anayasa yargısının yetkilerinin kısılması tehlikesinin söz konusu olabileceğini göstermektedir*” tümcelerine dile getirmektedir (Özbudun, 2003: 163). Daha geniş bilgi için bkz., (Gözler, 2000: 1006 vd). Gerçekten de 12 Mart iradesinin aynı eğilimde olduğu anlaşılınca, Anayasa Mahkemesinin 13.4.1971 yılında verdiği kararda (E. 1970/41, K. 1971/37), aynı biçimsel tartışmayı bu defa Anayasaya aykırı bulmayarak reddetmesi pek bir etki yaratamamış ve 20.9.1971 günlü ve 1488 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkındaki Kanunla, Anayasa Mahkemesinin yetkileri daraltılmıştır. Anayasa değişikliğinin iptal edildiği karar 7’ye karşı 8 oyla alınırken, Askeri Müdahale sonrası, ortaya çıkan K. 71/37 sayılı ret kararı 5’e karşı 10 oyla alınmıştır. Anayasa Mahkemesinin ilk iptal kararını verdiği Anayasa değişikliği, Demokrat Parti yöneticilerine siyasal

edildiğinden esas incelemesine gerek bulunmadığı belirtilmiştir. Ancak Mahkeme esas yönünden inceleme yapabileceğinin altını çizmiştir.²⁸ Karar gerekçesi, Anayasa değişikliklerinin “kanun” olduğu, dolayısıyla bu kanuna özgü 155. madde (1982 Anayasasının 175. maddesi) yöntemine uygun olması gerektiği üzerine kuruluydu. Anayasa değişikliğinin biçim yönünden iptalinin gerekçesi olarak şu ifadeler dikkati çekmektedir:

“Bir teklifin maddeleri kabul edilmedikçe, tümünün kabul edilmiş olmasının bir mana ve değerinin bulunmayacağı ve teklifin kanunlaşmasının mümkün olamayacağı gibi tümü oylanıp kabul edilmedikçe, sadece maddelerin oylanıp kabul edilmiş olmasının da bir mana ve değeri bulunamaz ve böyle bir işleme tabi tutulan teklif de kanun niteliğini kazanamaz... Konu bu derece açık olmasına rağmen sözkonusu kanun teklifine ilişkin oylamalarda değişik yeter sayı arandığı, teklifin maddelerinin oylanmasında 2/3 yetersayısının aranmadığı... anlaşılmaktadır.”

Bu karar maddelere geçme ve tümü üzerinde oylamanın 2/3 çoğunlukla yapılması, maddeler üzerindeki oylamaların *tamamında* ise bu çoğunluğun aranmaması üzerine verilmiştir. Maddelerin tamamı için gerekli çoğunluğun aranmamış olması nedeniyle teklifin tümünün biçim yönünden sakat olduğu kabul edilmiştir.²⁹

af sağlamaktaydı. Değişiklik gerekçesinde ise “*maddenin lüzumunu gösteren bir ortam ve hal kalmadığını, esasen yasakların gelişindeki garabet ve isabetsizliğin, geçici maddenin gerekçesinin olmamasından da belli olduğu, yasakları kaldırmanın, memleket menfaatleri ve realitelerine uygun olduğu gibi huzur ve sükun ve Türk demokrasisinde ileri bir merhale olduğu*” dile getirilmekteydi. Son bir saptama da, Mahkemenin bu maddeyi incelemeyeceğine ilişkin azınlık görüşünü paylaşanlar arasında Yüksek Adalet Divanı Başkanı Salim Başol ile bir dönem Yüksek Teftiş Kurulu Başkanlığı yapmış olan Celalettin Kuralmen de bulunmaktaydı.

- 28 Esas denetiminin ölçütleri olarak da devlet şeklinin cumhuriyet olduğuna ilişkin 1. madde, Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2. madde ile bu maddenin yollama yaptığı Başlangıç Kısmı anlaşılmaktaydı. “Anayasanın Ruhu”, “Anayasanın Özü” ya da “çağdaş uygarlığın gerekleri” bu ve sonraki kararlarda kullanılmıştır.
- 29 Hemen belirtmek gerekir ki, gerçekte nitelikli çoğunluğun bulunup bulunmadığına yönelik herhangi bir saptama yapılmamış, maddelerin işaret oylamasıyla kabul edilmiş olması, nitelikli çoğunluğun bulunmadığına yönelik bir karine biçiminde yorumlanmıştır. Yukarıda da belirtildiği gibi, aynı biçim eksikliği Anayasa Mahkemesinin 13.4.1971 yılında verdiği kararda (E. 1970/41, K. 1971/37) Anayasaya uygunluk karinesi biçiminde yorumlanabilmiştir.

13.4.1971 tarihli sonraki bir kararında da şekil denetimi yapabileceğini vurgulamıştır.³⁰ Bu kararların ortak özelliği, kurulu iktidar olan Mahkemenin türev kurucu iktidar yetkilerini asli kurucu iktidarın öngörmediği genişlikte sınırlamasıdır.³¹ Anayasanın özü ve başlangıç ilkeleri gibi değiştirilemezlik kapsamına alma teklifleri kurucu meclis çalışmalarında açıkça reddedilen “Cumhuriyetin niteliklerinin” sağladığı geniş yorum olanağıyla, Anayasa Mahkemesi türev kurucu iktidarın yetkisini adeta “kısmi teknik değişiklikler”le sınırlamış, kendisine kurucu iktidar rolü biçmiştir.

Bu kararlara tepki olarak 1971 Askeri Müdahalesinin ardından 1488 sayılı Yasa ile yapılan Anayasa değişikliği, artık bir olgu olarak kabul edilen denetimi yalnızca Anayasada gösterilen biçim denetimiyle sınırlamıştır. 147. maddedeki değişiklik gerekçesindeki ifadeler türev kurucu iktidarın tepkisinin niteliğini göstermektedir:

“... Ancak Anayasa Mahkemesinin, Türkiye Büyük Millet Meclisinin Anayasa vazı olarak yaptığı Anayasa değişikliklerini denetlemesi söz konusu olamaz. Nitekim, Anayasamız, 4 ncü maddesinin 3 ncü fıkrasında (Hiçbir kimse veya organ kaynağının Anayasadan almıyan bir Devlet yetkisi kullanamaz) hükmü yer almıştır. Şu halde, Anayasanın sadece kanunlara ve İktüzlere hasrettiği bir denetleme yetkisinin, Anayasa Mahkemesince, Anayasa değişikliklerine teşmil edilemeyeceği tabiidir.”

Gerekçe, Mahkemenin Anayasa değişikliğinin bir “kanun” olduğu biçimindeki diğer gerekçenin geçersizliğini de vurgulamaktadır:

“... Anayasa değişikliği, Anayasanın 155 nci maddesinde görüldüğü üzere, gerek teklif, gerekse müzakere ve kabul bakımından kanunlardan farklı şekil şartlarına bağlanmıştır. Anayasa değişikliği, bu şartlar dışında kanunların tabi olduğu müzakere usullerine tabi olmakla beraber bir kanun değil, bir Anayasadır.”

1971 yılında ortaya çıkan türev kurucu iktidar Anayasa Mahkemesinin 1970 yılında verdiği bu kararın ve karar gerekçelerinin pozitif hukuksal dayanaklarını ortadan kaldırmış bulunmaktadır. Bu açıdan Mahkemenin 15.4.1975 tarihli değişiklik sonrası verdiği ilk kararında kullandığı ifadeler hukuksal temelden yoksundur. Mahkeme kararında “... Ancak, Anayasa'nın 147. maddesinde 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesinin denetim görevinin alanı bu konuda daraltılarak, Anayasa değişikliklerinin sadece Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu

30 E. 1970/41, K. 1971/37, AYMKD 9, 416 (429.).

31 Bu yöndeki tartışmalar için (Onar, 1993: 9, 141 vd.; Gözler, 2000: 1011 vd.; Teziç, 2003: 168.).

denetleme görevi, eskiden olduğu gibi, yetkisi içinde bırakılmış ve bu değişikliklerin esasen Anayasa'ya uygunluğunu denetleme ise görev ve yetkisi dışına çıkarılmış bulunmaktadır....” biçimindeki ifadelerle “var olan yetkilerinin daraltıldığını” savunurken, kurucu iktidarın Anayasa Mahkemesinin denetimini “olmayan yetki kullanımı” olarak tanımlamasını görmezden gelmiştir.³² Mahkeme bu kararında kurucu iktidar iradesinin içtüzüğe uygunluğunu denetleme biçimindeki yaklaşımını sürdürmüştür.³³

Bu yaklaşımla Mahkeme denetime devam etmiş, biçim denetimi kapsamını esas denetim unsurlarıyla genişleterek eski içtihadını sürdürmüştür (Onar, 1993: 144; Teziç 2003: 78 vd). Mahkeme kendi ifadesiyle “esasın biçim yönünden incelenmesi”ne devam ederek³⁴ bu nitelikte de birçok karar vermiştir.³⁵

1982 Anayasasının bu konuya ilişkin yaklaşımı, 1971 türev kurucu iktidarın tepkisine paralellik göstermektedir. Yeni Anayasanın 148. maddesinin 2. fıkrası Anayasa Mahkemesinin yalnızca biçim denetimi yapacağı ifadesiyle yetinmemekte, biçim kavramının tanımını Anayasa Mahkemesine bırakmadan somutlaştırmaktadır. Buna göre Anayasa Mahkemesi Anayasa değişikliklerini esas yönünden denetleyemeyeceği gibi, biçim yönünden denetimi de teklif ve oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği hususlarıyla sınırlı olarak yapabilecektir.

1982 Anayasası sonrasında Mahkemenin yaklaşımının 1961 Anayasası döneminde farklılaştığı ve normatif sınırlar içinde kaldığı görülmektedir. 18.6.1987 tarihli kararı oldukça açık ifadeler içermektedir:

“Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptali istenen bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur.

32 E. 1973/19, K. 1975/87, Kt. 15.4.1975, AYMKD 13, 403 (427).

33 Aynı karar, s. 461 vd.

34 Aynen karar metninde kullanılan bu ifade için bkz., E. 1976/38, K. 1976/46, Kt. 12.10.1976, AYMKD 14, 252 (265). Danıştay’ın somut norm denetimi yoluyla yaptığı başvuru üzerine verdiği bir sonraki kararda bu “biçim” ifadesine bile gerek duymadan “Esasın İncelenmesi” başlığıyla incelemeye devam etmiştir. Bkz., E. 1977/82, K. 1977/117, Kt. 27.9.1977, AYMKD 15, 444 (456). Bu yöndeki geniş tartışma ve eleştiriler için bkz., Gözler, 2000: 1016 vd).

35 E. 1973/19, K. 1975/87; E. 1975/167, K. 1976/19; E. 1976/38, K. 1976/46; E. 1976/43, K. 1977/46; 1977/82, K. 1977/117.

Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasanın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 21. Maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla işin esasına girilmeden yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir.”³⁶

Anayasa Mahkemesi 05.07.2007 tarihli son kararında biçim denetiminin genişletilmesine yönelik çabaları reddederek pozitif hukuksal sınırlar içinde kalma kararlılığını göstermiştir.³⁷

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı üzere, Anayasa değişikliklerine ilişkin kurucu iktidar tasarrufları Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla yaşanan diyalektiğin bir ürünüdür. Kurucu iktidar ile Anayasa Mahkemesi kararları arasındaki diyalektiğin ürünü olan Anayasal denetim yetkisi hakkında şu saptama yapılabilir: *Kurucu iktidar, sözü edilen sınırlı biçimsel denetim olanağı dışında, Anayasa değişikliklerinin herhangi bir yolla denetime tabi tutulmasını açıkça reddetmektedir* (Benzer yönde Teziç, 2003: 169).

1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliğinin Aşamaları

Anayasa yasaların hukuk dünyasında geçerliliği aşamalarını, teklif, kabul ve yürürlük olarak üçe ayırmaktadır. Bu aşamalar Anayasa değişiklikleri bakımından da geçerli olmakla birlikte, niteliksel farklılıklar da içermektedir.

1982 Anayasası çeşitli yönlerden katı Anayasa özelliğini taşımaktadır. Bu özelliklerden biri değiştirilmesi yasaklanan maddelerin varlığı iken, diğeri de Anayasanın türev kurucu iktidar tarafından değiştirilmesinin olağan yasalara oranla zorlaştırılmasıdır.

Teklif

1982 Anayasasının 4. maddesi değiştirilemez maddelerden olan 1. ve 3. maddelerdeki hükümlerden söz ederken, 2. maddede yalnızca niteliklerin değiştirilemezliğinden söz etmektedir. Doktrinde bu yönde çeşitli tartışmalar yapılmaktadır. Tartışmalarda, 1. ve 3. maddelerin lafzına dokunulamayacağı,

36 E. 1987/9, K. 1987/15, Kt. 16.6.1987, AYMKD 23, 282 (294).

37 E. 2007/72, K. 2007/68, 07.08.2007 tarihli ve 26606 sayılı RG. Cumhurbaşkanının iptal dilekçesinde Geçici Madde 19'un “oylama çoğunluğu” dışındaki usul eksiklikleri nedeniyle iptal edilmesine yönelik istemi (RG, s. 57), yetkisizlik yönünden reddedilmiş (RG, s. 81).

ancak 2. maddede yalnızca niteliklerden söz edildiğine göre, nitelik kapsamına girmeyen özelliklerde düzenlemeler yapılabileceği savunulurken, kimi görüşlerin tüm maddelerin lafzına dokunulmayacağı biçiminde somutlaştığı görülmektedir (Tartışmalar için Onar, 1993: 27).

Her halükarda Anayasanın ilk dört maddesi bakımından hem değişiklik, hem de teklif yasağı öngörülmüştür. Teklif ve değişiklik bakımından başkaca içeriksel bir sınırlama ve yasaklama söz konusu değildir. Yukarıda belirtildiği gibi bu yasakların yeni bir kurucu iktidarın yeni bir Anayasa hazırlaması aşamasında herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu nedenle değişmez maddeler üzerinde ciddi meşruiyet tartışmalarının başlaması durumunda, “yeni kurucu iktidarın” ortaya çıkmaya başladığını ve bu maddelerin değiştirilemezliği gerekçesinin pratik bir anlamının kalmayacağını kabul etmek gerekir (Tartışmalar için Teziç, 2003: 167).

Anayasanın 175. maddesine göre Anayasanın değiştirilmesi süreci TBMM üye tamsayısının en az 1/3’ünün yazılı teklifi üzerine başlatılabilir. Dolayısıyla Bakanlar Kurulunun *tasarı* biçiminde Anayasa değişikliği sürecini başlatma olanağı bulunmamaktadır.³⁸ Anayasanın bu yönde 1924 ve 1961 Anayasalarındaki siyasal tercihi sürdürdüğü görülmektedir.

Tekliflerinin yazılı olması dışında 175. maddede başkaca bir hüküm olmaması nedeniyle, 2. fıkrasındaki “Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, birinci fıkradaki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir” kural nedeniyle tekliflerin aynı zamanda gerekçeli olması gerektiği anlaşılmaktadır. Aynı fıkranın göndermesi nedeniyle tekliflerin İçtüzüğü’nün 74. maddesi uyarında ilgili komisyona havale edilmesi gerekir. Komisyon aşamasında teklif metninde esaslı değişiklik yapma ya da yeni düzenleme ekleme biçimindeki bir tasarrufun, teklif koşuluna aykırı olacağı savunulmaktadır (Onar, 1993: 47). Komisyon ya da komisyonlarda kabul edilen teklif metni yasalardaki usule paralel olarak Genel Kurula sunulur.

Görüşülme ve Oylama: Kabul

Teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülmek zorundadır. Bu kural 1961 Anayasasında ve yeni Anayasanın 1987 değişikliği öncesinde “ivedilikle görüşülemez” biçiminde ifade edilmekteydi. 1987 değişikliğiyle ivedilikle

38 Kuşkusuz bu ifade, hükümetlerin siyasal programları çerçevesinde Anayasa değişikliği iradesini ortaya koymasına ve Meclisteki çoğunluğa dayanarak bunu gerçekleştirmesine engel oluşturmaz.

görüülmezlik kuralı, iki defa görüşülme zorunluluğu olarak değiştirilmiştir. 148. maddenin 2. fıkrasındaki “ivedilikle görüşülemeyeceği” ifadesine dokunulmamıştır. Ancak iki defa görüşme kuralı öncelikle görüşmeye engel değildir. Meclis diğer yasalara göre Anayasa değişikliği teklifini öncelikli olarak görüşmeyi kabul edebilir. Önemli olan iki defa görüşülme yasağının çığınmemesidir.

Bu koşulun temel amacı Anayasa değişikliklerinin aceleye getirilmemesi, konu üzerinde daha titizlikle durulması ve iki görüşme arasında kamuoyunun çeşitli yollardan ifade bulabilmesi olarak kabul edilebilir (Özbudun, 2003: 151).

Görüşme ile oylama aynı kavramlar değildir. Görüşmelerin mutlaka oylamayla sonuçlanması da Anayasal düzenimiz bakımından bir zorunluluk oluşturmamaktadır. Örneğin her bir usul tartışmasının sonunda oylamaya gidilmesi zorunlu olmadığı gibi, genel görüşme sonrasında ya da genel görüşme açılmasının ardından oylama zorunluluğu bulunmamaktadır. Yine yasalar üzerinde yapılan görüşmelerin ardından oylama yapılmaksızın tasarı ya da teklifin geri çekilmesi durumunda herhangi bir oylama olmaksızın görüşmenin sonuçlanması söz konusu olabilmektedir.

Anayasanın 175. maddesinin 1. fıkrasında tekliflerin Genel Kurulda iki defa görüşülmesi öngörülmektedir. Her bir görüşmenin aynı zamanda oylamayla sonuçlanması gerektiğine yönelik bir ifade bulunmamaktadır. Kabulün beşte üç çoğunluğun gizli oyuyla mümkün olacağı belirtilmektedir. Anayasanın 148. maddesi ise yalnızca “ivedilikle görüşülemeyeceği”ne vurgu yapmakta, oylamalar bakımından “teklif” ve “oylama” çoğunluğu ifadelerini kullanmaktadır. Her iki maddenin lâfzî analizinde, Anayasa değişikliği teklifinin iki defa görüşülmesinin zorunlu olması ve kabulün de 3/5 çoğunluğun oyuyla mümkün olduğu kuralının dışında, her bir görüşmenin ardından maddelerinin ya da bütününün oylanması gerektiğine ilişkin herhangi bir anayasal direktif saptamak olanaksızdır.

İki defa görüşülmenin ardından oylama yapılması gereği,

1961 Anayasasında biçim denetimin hangi kurallara göre yapılması gerektiğine ilişkin bir kural bulunmaması nedeniyle, içtüzüğe aykırılığı da Anayasaya aykırılık gerekçesi olarak kabul eden Anayasa Mahkemesi kararları³⁹

Meclis İttüzüğünün 94. maddesi (eski 92. madde)

39 E. 1970/1, K. 1970/31, Kt. 16.6.1970, AYMKD 8, 313; E. 1973/19, K. 1975/87, Kt. 15.4.1975, AYMKD 13, 403 (461).

Anayasanın 175. maddesinin nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin tartışmaların ardından, Anayasa teamülüne dönüşen Meclis uygulamalarından ve bu yöndeki meclis kararları ve Başkanlık tezkerelerinden,

ve Anayasanın 175. maddesinin ikinci fıkrasının, 88. ve 89. maddelere göndermede bulunmasından, bu maddelerin de içtüzüğe yaptığı gönderme üzerine, içtüzük kurallarından doğmaktadır.

Bu sonucun şaşırtıcı olmaması gerekir. Çünkü yasama faaliyetleri çerçevesinde ortaya çıkacak tüm sorunların, yasa ve Anayasanın uygulanması sırasında ortaya çıkacak tüm yorum farklarının Anayasalarda düzenlenmesine olanak bulunmamaktadır. Her bir yasama döneminde yüzlerce usul tartışması açılmakta ve bu tartışmanın sonucunda da ilgili Anayasa ya da içtüzük kuralının nasıl uygulanacağı konusunda oylamalar yapılarak ilke kararları alınmaktadır (Aynı yönde, İba, 2003: 309). Yasama faaliyetinin ve siyasal karar ve tercihlerin otantik-dinamik yapısı nedeniyle bu konuların dinamik yasama anlayışına uygun olarak uygulayıcı tasarrufu içinde değerlendirilmesi kaçınılmazdır. *Değişikliğin zorlaştırılması ilkesine* paralel olan *denetimin zorlaştırılması ilkesi* birlikte düşünüldüğünde, kanımca Anayasa koyucunun, türev kurucu iktidar iradesini doğrudan doğruya Anayasada öngörülen tüketici denetim olanağı dışında, akla gelebilecek tüm olasılıklarda aşılmaz engellere tabi tutmak gibi bir iradesi bulunmamaktadır.

Yasa koyucu yasamanın genelliği ilkesi uyarınca Anayasaya aykırı olmamak koşuluyla her alanı düzenleyebildiğine ve düzenleme de aksi kanıtlanmadığı sürece “*anayasaya uygunluk karinesi*”nden yararlandığına göre, hatta bu karineyi güçlendirmek için “*anayasaya uygun yorum/Verfassungskonforme Auslegung*” ilkesinden yararlanıldığına göre, Anayasanın 4. ve 175. madde dışında hiçbir kayıtlamaya tabi olmayan türev kurucu iktidarın gerçekleştirdiği Anayasa değişikliklerinin bu ilkelerden evleviyetle yararlanması gerekir.

Ancak, İçtüzüğe aykırılığın denetim koşulu olarak kabul edilmesi durumunda, içtüzük niteliğindeki meclis kararlarının, başkanlık tezkerelerinin ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında sıkça içtüzük değer ve etkisinde kabul edilen “eylemli içtüzük kuralları”nın da esas alınması gerekecektir.

İçtüzüğü esas alan tartışmalara geçerse,

İçtüzüğün 94. maddesine göre birinci görüşmede teklif maddelerinin oylanmasında gerekli çoğunluğun alınmamış olması, aynı maddenin ikinci görüşmede tekrar görüşülüp kabul edilmesine engel oluşturmamaktadır. Bu

yaklaşım doktrinde eleştirilmekle birlikte (Onar, 1993: 55; Özbudun, 2003: 153), uygulamaya da egemen olan görüş olduğunu belirtmemiz gerekir.⁴⁰

Öte yandan görüşmeler sırasında değişiklik önergelerinin verilebilmesi, teklif için zorunlu olan 1/3 çoğunluğa gereksinim bulunmamaktadır. En az 5 milletvekili yazılı olarak önerge verebilirler. Bu önergeler işaret oyuyla ve basit çoğunlukla kabul edilirse, maddenin bu yeni önergenin kabulüyle aldığı yeni biçim yeniden gizli oyla ve nitelikli çoğunlukla oylanır.

Bu aşamalarda ayrıntılı düzenlemeler İçtüzükte yer almaktadır. İçtüzüğün 93. maddesinin göndermesiyle 81. maddesine göre önce teklif hakkında görüşme açılır. Görüşmenin ardından soru-cevap işlemi yapılır. Bu aşamadan sonra teklifin maddelerine geçilip geçilmemesi oylanır. Yine aynı maddeye göre, Anayasa değişikliği teklifinin gizli oylamaya tabi tutulması zorunludur (Gözler, 2007: 534). Bu oylamada ne tür bir oylama çoğunluğunun gerekli olduğuna yönelik Anayasanın 175. maddesinde bir hüküm bulunmamaktadır. İçtüzüğün 93. maddesi, İçtüzüğün 81. maddesine gönderme yaptığı ve maddelerin birinci, ikinci ve tümü hakkında oylamalara ilişkin açık kurallar öngördüğü halde, teklifin maddelerine geçilmesine ilişkin herhangi bir kural içermemektedir. Bu durumda İçtüzük bakımından teklifin maddelerine geçilmesine dair oylama çoğunluğunun basit çoğunluk olduğu sonucu doğmaktadır. Anayasa Mahkemesi 05.07.2007 tarihli kararında “*Teklifin maddelerine geçilmesi için gerekli oylama çoğunluğu, Anayasanın 96. ve İçtüzüğün 146. maddelerinde öngörülen basit çoğunluktur... Teklifin maddelerine geçilmesi oylamasında nitelikli çoğunluk koşulunun aranması, Anayasanın 175. maddesinin birinci fıkrasında ve İçtüzük kurallarında belirtilen ‘iki defa görüşülme’ ve ‘iki defa oylama’ biçimindeki zorunluluğu etkisiz kılarak işletilmemesine neden olabilecektir... Maddelere geçilme aşamasının zorlaştırılarak bu olanağın ortadan kaldırılması Anayasa koyucunun iradesine aykırılık oluşturur*” ifadeleriyle bu görüşe katılmıştır.⁴¹

Bu açıklamaların ardından Anayasanın 175. maddesinin 2. fıkrasının göndermesi, 88. maddenin İçtüzüğe göndermesi uyarınca, yasaların görüşülme ve kabulü hakkındaki hükümlere tabi olan “*maddelere geçilmesi hakkındaki oylama*”da nitelikli çoğunluk aranmayacağı sonucu çıkmaktadır (Aynı yönde Tanör/Yüzbaşıoğlu, 2002: 283). Aynı sonucu “*önergelerin oylanması*” bakımından da kabul etmek gerekir.

40 1995 ve 2001 Anayasa değişikliklerinin görüşülmesi sırasında bu doğrultuda uygulamalar gerçekleşmiştir.

41 E. 2007/72, K. 2007/68, 07.08.2007 tarihli ve 26606 sayılı RG., s. 76.

Öte yandan maddelere geçilme oylamasının her iki görüşmede ayrı ayrı yapılmasının zorunlu olup olmadığına ilişkin herhangi bir anayasal direktif bulunmamaktadır. Kanaatimizce bir kere maddelere geçilmesi kabul edilmişse, bu yönde Meclis iradesinin oluşması nedeniyle ikinci bir oylamaya gerek yoktur. Aynı tartışmayı son oylama bakımından da yapmak olasıdır. Son oylamanın her bir görüşmenin ardından yapılmasını zorunlu kılan bir anayasal direktif bulunmamaktadır. İçtüzüğün 94. maddesi uyarınca teklifin tümü üzerindeki oylamanın 2. oylamanın sonunda yapılacağı öngörülmektedir (Aynı yönde Onar, 1993: 73 vd.). Gerçekten de son oylamanın anlam ifade edebilmesi için, teklif üzerinde olabilecek bütün değişikliklerin tamamlanması, bu yüzden de ikinci görüşmeden sonra yapılmasının daha anlamlı ve amaca uygun olduğu görülmektedir. Uygulama da bu yöndedir (Onar, 1993: 74).

Anayasanın 175. maddesinin 1. fıkrası ve İçtüzüğün 94. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Anayasa değişiklik tekliflerinin kabulü TBMM üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla olanaklıdır. Bu genel kural çerçevesinde teklifin maddelerinin ve tümünün kabul edilmiş olması için TBMM üye tamsayısının 3/5'i olan 330 kabul oyuna ulaşması zorunludur.

Teklifin birinci görüşülmesi sırasında, her bir madde ayrı ayrı görüşülür ve ardından oylanır. Tüm maddelerin oylanması tamamlandıktan 48 saat sonra ikinci görüşme açılır. Bu görüşmede, birinci görüşmede gerekli oyu almadığına bakılmaksızın tüm maddeler görüşülmeksizin oylanır. İkinci görüşmede ancak, birinci görüşmede verilmiş öneriler hakkında görüşme yapılır. Oylamalar tamamlandıktan sonra teklifin tümü üzerindeki oylamada gerekli çoğunluğun sağlanmasıyla teklif kabul edilmiş olur.

Tartışılması gereken bir nokta da, Anayasanın 148. maddesinin 2. fıkrasındaki oylama çoğunluğunun hangi aşamaları kapsaması gerektiği sorusudur. Yukarıda ifade edildiği gibi, teklif için nitelikli çoğunluğun aranması, iki defa görüşülme yönündeki anayasal direktifi işlevsiz bırakacağından kabul edilemez. Aynı değerlendirmeyi birinci görüşmenin ardından yapılan oylamalar bakımından da yapmak olasıdır. İki defa görüşme bir anayasal direktif ise, ikinci görüşmeyi engelleyici bir yoruma geçerlik tanımamak gerekir. Buradan hareketle denetime esas alınması gereken çoğunluğun, 2. görüşmenin ardından yapılacak oylamaların kabulü gerekir.⁴²

42 Aksi yönde görüşler için bkz. (Onar, 1993: 55; Özbudun, 2003: 153). Bu çalışmalarda yer alan “değişirme zorluğu” argümanı, genel bir yapısal argüman olarak kabul edilebilir, ancak Anayasanın sağladığı olanakları ve açık direktiflerini işletilemez bir geçerliliği olamaz.

Tartışılması gereken son nokta ise, maddeler ile bütünü hakkındaki oylamaların farklı çoğunluklarla kabul edilmesi durumunda, gerek kabul, gerekse zorunlu/ihiyari halkoymasına sunulma bakımından hangi çoğunluğun esas alınması gerektiğine ilişkindir. Bu konuya aşağıda değinilecektir.

Yayım ve Yürürlük

Her şeyde önce üzerinde belirtmek gerekir ki, bütün Anayasa hukuku çalışmalarında, “onay” aşamasından söz edilmesine rağmen, yayım ve yürürlük aşaması dışında “onay” biçimindeki bir aşamanın hangi hukuksal temele dayandığına ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

Hemen belirtmemiz gerekir ki, 1924 Anayasasında (Md. 102) ve 1961 Anayasasında (Md. 155) Anayasa değişikliklerinde Cumhurbaşkanının rolüne ilişkin herhangi bir veri bulunmamaktaydı. Dolayısıyla her iki Anayasa bakımından yasaların yürürlüğüne ilişkin genel kurala göre hareket edilmekteydi.

Anayasanın 175. maddesinde Cumhurbaşkanının “onaylama” yetkisinden söz edilmemektedir. Ancak yasalar bakımından geri gönderme yetkisi tanındığı halde, bu yetkinin “onay” olmadığı bilinmektedir. Cumhurbaşkanına bu maddede biçilen rol, geri gönderme, resmi gazetede yürürlüğe sokmak üzere ya da referanduma götürmek üzere yayımlama ile ilgilidir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının olumlu iradesi yürürlük koşulunu oluşturmaktadır. Halkoymasına ilişkin 6. fıkraya bakıldığında, değişikliklerin yürürlüğe girmesi için halkoymasında kabul edilmesinin zorunlu kılındığı açıkça anlaşılmaktadır. Dolayısıyla “onaylama” yetkisinden söz edilemeyeceği gibi, bu yetkinin Cumhurbaşkanı ile halk arasında *paylaşıldığından* da söz edilemez. Paylaşılan onay yetkisi değil yürürlüğe sokma yetkisidir.

Cumhurbaşkanının “*uygun bulma*” biçimindeki iradesi yasalaşmanın değil, “*Resmi Gazetede yayımlanması*”nın koşuludur. Anayasanın 89. maddesinin açık lafzı, Cumhurbaşkanı “*yayımlanmasını* kısmen ya da tamamen uygun bulmadığı yasalar” ifadesini kullanmaktadır. Cumhurbaşkanının görevlerini düzenleyen 104. madde, “*kanunları yayımlamak*” ve “*kanunları tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri göndermek*”ten söz etmektedir (Aynı yönde Aliefendioğlu, 1988: 13).

Onay ile yayımlama birbirinden farklı kavramlardır. Onaylama yasa tasarısının “yasalaşması” için zorunlu koşuldur. Onaylamanın kabul edildiği sistemlerde Devlet başkanına gönderilen metin “yasa tasarısı” niteliğinde olup,

onaylama işlemi ile “yasa” niteliğini kazanır. Yani metnin yasallaşması için parlamentonun ve devlet başkanının iradeleri zorunludur (Teziç, 2003: 47 vd).

Türk Anayasa dokümanlarında onaylama aşamasının öngörüldüğü tek Anayasa 1876 Anayasasıdır. Bu Anayasanın 54. maddesi *tekliflerin* (kavanin layihaları) padişahça onaylanmasından söz etmektedir. Bu Anayasadaki onay, *yasa tekliflerinin* (kavanin layihalarının) maddeleri üzerinde görüşme aşamasından önce gerçekleşen bir onaydı. İkinci meşruiyetle birlikte gerçekleşen 1909 değişikliklerinin ardından, Mebusan ve Ayan Meclislerince kabul edilip Padişahın onayına sunulan yasa tasarıları iki ay içinde ya “tasdik” edilmeli ya da bu süre içinde yeniden görüşülmek üzere bir defaya mahsus olmak üzere geri gönderilirdi. Her iki mecliste 2/3 ile kabul edilme durumunda Padişahın tasarımı “tasdik” etmesi zorunlu olmaktadır.

Bu yaklaşımın bugünkü Anayasa bakımından kabul edilmesi durumunda, Cumhurbaşkanı’nın imzasını ya da halkoylamasında kabul edilmeyi, yasallaşma sürecini tamamlayan “tasdik” niteliğinde işlemler olarak kabul etmek gerekir. Aynı sonucun “yasalar” bakımından da kabulü zorunlu olacaktır. Bu durumda “Anayasa değişikliği hakkında bir kanunun” varlığından söz etmek için ya Cumhurbaşkanı’nın “onaylamasını” ya da “halkoylamasında kabul edilmesi”ni beklemek gerekecektir. “Yasa” yoksa buna karşı iptal davası da açılmaz. Bu görüşün kabul edilmesi durumunda, halkoyuna sunulan bir Anayasa değişikliğine karşı Cumhurbaşkanı ya da Meclis üye tamsayısının 1/5’inin açacağı iptal davanın yetkisizlik yönünden reddedilmesi gerekecektir.⁴³

Cumhuriyet dönemi Anayasaların hiç birinde Cumhurbaşkanı’nın “onay” yetkisinden söz edilmemektedir. Cumhurbaşkanı’nın geri gönderme yetkisi de bir “uyarı” niteliğinde olup, yasama faaliyeti bakımından “kurucu” niteliğe sahip değildir. Bunun monarşiye karşı sağlıklı bir tepkinin ürünü olduğu kabul edilmektedir (Eroğul, 1987: 27).⁴⁴

43 Anayasa Mahkemesinin 05.07.2007 tarihli E. 2007/72, K. 2007/68 sayılı kararında, bu doğrultuda savunulan görüşlere itibar edilmemiş ve işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

44 1987 Anayasa değişiklikleri arifesindeki bu yazısında Eroğul’a göre “... bizim cumhuriyet geleneğimizde, devlet başkanına anayasa değişikliklerinde söz hakkı verilmez. Bu tutum, imparatorluk anayasalarında son sözü padişaha verme yöntemine karşı, sağlıklı bir tepki olarak gelişmiştir. Anayasa toplumun tümünü ilgilendiren bir düzenleme olduğuna göre, bunda, sadece toplumu doğrudan doğruya temsil edenlerin söz hakkı olması gerekir. Ne yazık ki, birçok demokratik geleneğimiz gibi, bu geleneğimiz de 1982 Anayasası tarafından yıkılmıştır. Bu büyük yanlışın dönülmesi, hiç kuşku yok ki, son derece yararlı olacaktır.” Aktaran (Onar, 1993: 97, dn. 124).

Dolayısıyla Cumhurbaşkanının gerek yasa gerekse Anayasa değişiklikleri çalışmalarındaki yetkisi “yayımlamak”, “tekrar görüşülmek üzere Meclise geri göndermek” ya da “halkoyuna sunulmak üzere yayımlamak”tan ibarettir. Anayasanın yasama faaliyetlerinde Cumhurbaşkanına tanıdığı yetkinin bunun ötesine taşınarak “onay” mercii yükseltilmesi tarihsel gerçeklerle de bağdaşmamaktadır. Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin kurtuluş savaşında oynadığı rol ve sahip olduğu simgesel değer, Anayasalarda da yansımaları bulmaktadır. Monarşik yapıdan mutlak kopma anlamına gelen ve tüm devlet iktidarının tek hâkimi olarak tasarlanan yeni devletin Anayasasında parlamento dışı bir kuruma yasama faaliyetlerinin “onaylanması” biçimindeki bir yetkinin verilmesi düşünülemezdi. 1921 Anayasasında mutlak olarak kabul edilen Meclisin egemenliği ilkesi, 1924 Anayasa döneminde diğer yürütme ve yargılama bakımlarından zayıflatılmış olsa da yasama bakımından değişmeden devam ettiği ortadadır. 1961 Anayasasıyla başlayan süreçte yürürlük ve geçerlilik bakımından kimi meclis dışı denetim mekanizmaları eklenmiş olsa da, “parlamento iradesi”nin tesis edilmesi aşamasına değil, tesisten sonraki aşamaya eklenmeden söz edilebilir. Anayasalık denetimiyle birlikte Cumhurbaşkanınca iade yetkisini bu bağlamda değerlendirmek gerekir. Ayrıca anayasallık denetiminin “a posteriori” denetim olarak öngörülmüş olması da “yasama hâkimiyeti” bakımından görüşümüzü desteklemektedir.

Anayasa değişikliğinin Cumhurbaşkanınca iadesi üzerine TBMM’nin ancak nitelikli bir çoğunlukla bu değişikliği kabul edebileceği varsayılsa bile, bu zorlaştırma doğrudan doğruya Parlamento iradesine yönelik olup, Cumhurbaşkanını “onay” mercii haline getirmemektedir.

Anayasa Değişikliğinde Karar Yeter Sayısı

Anayasa değişikliğinin kabulü için yeter sayısı, Anayasanın 175. maddesinin “genel hüküm” niteliğindeki 1. fıkrasında beşte üç olarak belirlenmiştir. 3. ve 5. fıkralardaki üçte iki çoğunluk ise “halkoyuna sunabilir” ifadeleriyle aynı sözcük dizimi içinde kullanılmıştır.

Anayasanın kabulü için yeter sayınının 3/5 olduğuna ve bu sayıya ulaşan bir değişikliğin referandum koşuluyla yürürlüğe gireceğine ilişkin herhangi bir itiraz bulunmamaktadır.

Temel tartışma konusu, Cumhurbaşkanı’nın Anayasa değişikliğini bir daha görüşülmek üzere meclise geri göndermesi durumunda yeniden yasalaştırma için gerekli olan çoğunluğun ne olduğudur. Bunun aynı zamanda bir yorum sorunu olduğu tartışmasıdır.

İncelenen akademik çalışmalarda Cumhurbaşkanınca iade edilen Anayasa değişikliklerinin aynen kabul edilmesi için 3/5 sayısının yeterli olduğuna ilişkin yalnızca bir çalışmaya rastlanmıştır (İba, 2003: 306).⁴⁵ Anayasa hukuku öğretisi Anayasanın 175. maddesinin 3. ve 5. fıkralarının birlikte yorumundan hareketle iade üzerine 2/3 çoğunluğun gerekli olduğunu, 1987 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliğinin, Cumhurbaşkanının geri göndermesi durumunda herhangi bir “kolaylaştırma” sağlamadığı görüşündedir (Tanör/Yüzbaşıoğlu, 2002: 285; Özbudun, 2003: 154 vd; Onar, 1993: 69, 83 ve 90; Gözler, 2000: 996 vd). Ancak belirsiz bir *zorlaştırma argümanı* dışında, hangi tartışma ve akıl yürütme sonucunda bu yargıya ulaşıldığını saptamak oldukça güçtür.

Anayasanın katılığı, dolayısıyla Anayasa değişikliklerinin olağan yasalardan daha zor koşullara bağlanmış olması, Cumhurbaşkanının geri göndermesi üzerine bir zorlaştırmayı gerektireceği düşünülebilir. Ancak katılığın 3/5’lik çoğunluk ve halkoyuna sunulma unsurlarıyla da sağlandığı, hatta TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğunun dahi bir katılık anlamına geleceği dikkate alındığında bu görüşün zayıflığı ortaya çıkmaktadır.

Lâfzî Yorum

Anayasanın 175. maddesinin 1. fıkrası, teklif, görüşme ve oylamaya ilişkin *genel kural* koymaktadır. Görüşme iki defa yapılır. Değişirme teklifinin kabulü için de 3/5 çoğunluğun yeterli olduğu öngörülmektedir.

2. fıkra 175. maddedeki ayırık kurallar dışında olağan yasalarla ilgili kuralların geçerli olduğunu belirterek yasalaşma sürecine ilişkin bir atıf kuralı getirmiştir. Bu durumda 175. madde ile diğer hükümler arasında *lex-specialis* kuralı geçerlidir.

3. fıkranın birinci tümcesi, Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi bulunduğunu bildirmektedir. Dolayısıyla fıkranın düzenleme konusu geri gönderme kurumudur. İkinci cümlesinde “*Meclis, geri gönderilen Kanunu, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilir*” ifadesi yer almaktadır. Önermeyi yalınlaştırırsak, Meclis değişikliği “*üçte iki oyla kabul ederse, Cumhurbaşkanı halkoyuna sunabilir*”. Sunabilme bir seçim hakkının varlığına işaret eder. $p (2/3) => q$

45 Ancak yazar bu çalışmada, Anayasanın 175. maddesinin 5. fıkrasındaki “*Doğrudan veya Cumhurbaşkanının iadesi üzerine, Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun...*” tamlamasının, doktrindeki görüşü güçlendirdiğini de kabul etmektedir.

(*seçim hakkı doğar*). Dikkat edildiğinde, seçim hakkı (q), $2/3$ ile kabul ($p \Rightarrow$) koşuluna bağlanmış bir sonuçtur. Farklı bir ifadeyle $2/3$ ile kabul seçim hakkını kullanmanın temel koşuludur. Aksi ile kanıttan (*argumentum a contrario*), $2/3$ sağlanmaz, ancak 1. fıkradaki $3/5$ 'in de üstü bir çoğunluk gerçekleşirse, "kabul" gerçekleşmiş, ancak "referanduma sunma" olanağını ortadan kaldırmış olur. Çünkü artık (p) gerçekleşmemiştir. " $2/3$ ile kabul etmezse" ne olacağı, yani seçim hakkının ortadan kalkmasına bağlanmış normatif sonuç ise 4. fıkra açıkça belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi düzenleme konusu geri gönderme kurumu olduğu halde, 2. fıkranın 2. tümcesi aynen kabul için $2/3$ ile kabul edilmesini zorunlu kılan bir ifade biçimi içermemektedir. Aşağıda inceleneceği gibi, tarihsel ve genetik yorumla Anayasa koyucunun iradesinin aksi yönde olduğu görülecektir.

Belirli bir mantıksal sırayı takiben dördüncü fıkraya geçildiğinde burada ortaya çıkabilecek gramatik belirsizlik netleşmektedir. " $2/3$ ile kabul edilmez, ama $3/5$ 'in üzerinde kabul edilirse" Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliğini halkoyuna sunulmak üzere Resmi Gazetede yayımlamak zorundadır. Bu fıkra, $2/3$ 'ten az çoğunluk durumunda seçimlik yetkinin olmadığı duruma ilişkin genel düzenleme niteliğindedir. Bundan hareketle kuralın temel amacının değişikliklerin Cumhurbaşkanınca yürürlüğe konması yetkisini sınırlamak ve bu engelin aşılmasını nitelikli bir çoğunluğa bağlamak olduğu sonucuna ulaşılmaktadır (Aynı yönde Özbudun, 2003: 154).

Aynı değerlendirme 175. maddenin 5. fıkrası bakımından da geçerlidir: Birinci tümcesindeki sıfat tamlaması "*Doğrudan veya Cumhurbaşkanının iadesi üzerine (temporal), Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen (kausal)*" biçimindedir. Bu niteliklere sahip yasa bakımından bir ayrıma gidilmektedir. $2/3$ ile kabul edilmişse Cumhurbaşkanı bu yasanın tamamını ya da gerekli gördüğü maddelerini halkoyuna sunabilecektir. Bu ifadenin düzenleme konusu *$2/3$ ile kabul zorunluluğu değildir*; aksine bu çoğunlukla kabul edilmiş bulunan bir Anayasa değişikliğinin bağlı olduğu yayım ve yürürlük rejimini belirlemektir.

Son olarak, maddenin 1. fıkrasında yer alan "değiştirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür" biçimindeki genel ve açık hükümden hareketle "kabul" üzerinden yapılacak her bir tartışmanın yanıtının, "*ayrık bir kural bulunmadığı sürece*", " $3/5$ " sayısının olduğu söylenebilir. Ayrıklığın (istisnanın) dar yorumlanması, genel metodolojik ilkelerdendir. *Teziç* Anayasa Mahkemesinin 24. Kuruluş Yıldönümü nedeniyle düzenlenen sempozyumda (1986) sunduğu bildiri "*Gerçi Anayasa (175/3), Cumhurbaşkanınca geri gönderilen değişiklik metninin 'aynen kabul' edilmesinde bir çoğunluk sayısı öngörmüyor. Fakat*

burada da, Anayasanın 175. maddesinin 1. fıkrasındaki genel kural uyarınca, üçte iki çoğunluk söz konusu olacaktır” görüşüyle doğru metodolojiye işaret etmektedir (Teziç, 1986: 93). Dolayısıyla “kabul” hakkındaki temel kuralın 175. maddenin 1. fıkrası olduğu, diğer fıkralardaki oranların “referandumdan kaçınma” olanağına işaret ettiğini kabul etmek gerekir.

Bu görüşümüz Anayasa Mahkemesinin 5678 sayılı Anayasa değişikliğini Anayasaya uygun gördüğü 05.07.2007 tarihli kararında da paylaşılmıştır (Bkz. 07.08.2007 tarih ve 26606 sayılı Resmi Gazete, s. 78).

Genetik ve Tarihsel Teleolojik Yorum

17.5.1987 günlü ve 3361 sayılı Yasanın 3. maddesiyle değiştirilen Anayasanın 175 maddesinin teklif aşamasında “Cumhurbaşkanı, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Bu takdirde, Türkiye Büyük Millet Meclisinin geri gönderilen Anayasa değişikliği hakkındaki kanunu, aynen kabul edip tekrar Cumhurbaşkanına gönderebilmesi, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla mümkün olabilir” biçimindeki metin, komisyonda değiştirilerek “Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları, bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Meclis, geri gönderilen Kanunu, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilir” biçimini almıştır. Anayasa değişiklik gerekçesine bakıldığında bu yöndeki eğilimi görmek olasıdır. Teklif gerekçesindeki “Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunlar TBMM’ne geri gönderildiği takdirde TBMM’nin geri gönderilen Anayasa değişikliği hakkındaki kanunu aynen edip tekrar Cumhurbaşkanına gönderebilmesi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla mümkün olabilecektir” ifadesi, Anayasa Komisyonu Raporuna alınmamış ve yerine şu ifadelerle yer verilmiştir: “Yapılan bu yeni düzenleme ile Cumhurbaşkanı, Anayasa değişikliği ile ilgili kanunu bir daha görüşülmek üzere Meclise geri gönderdikten sonra Meclis geri gönderilen kanunu üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ettiği takdirde bu Kanunu isterse halkoyuna sunabilecektir. Yeni düzenlemede, bir halde halkoyuna sunma mecburiyeti kabul edilmiştir. Bu hal, Anayasa değişikliğinin Meclisçe üye tamsayısının beşte üçünden fazla oyla kabul etmesine rağmen bu oy sayısının üçte iki ekseriyete ulaşmamasıdır.”

Bu verilerden çıkan sonuç, Meclise aynen kabul için 2/3 çoğunluk zorunluluğu ortadan kaldırılarak, 2/3 zorunluluğu, “Cumhurbaşkanının bu kanunu halkoyuna sunabilme” ifadesiyle ilişkilendirilmesidir. Anayasa Komisyonu gerekçesi herhangi bir ayırım yapılmaksızın 2/3’ün altına düşmenin

halkoyuna sunmayı zorunlu kılan bir hal olarak nitelendirildiğini göstermektedir. Komisyonun iradesinden iade üzerine “kabul” için 2/3 çoğunluğunun zorunlu olduğuna ilişkin bir sonuç elde etmek olası gözükmemektedir.

Tutanakların incelenmesinde, değişiklik teklifini hazırlayanlar ve bunu savunanlarda *Anayasa değişikliklerinin kolaylaştırılmasının, siyasetin ortaya çıkabilecek toplumsal ve siyasal krizlere yanıt verebilmesi, dolayısıyla demokrasinin ortadan kalkmasının engellenebileceği* görüşünün egemen olduğu görülmektedir.⁴⁶

Tutanakların incelenmesinde, değişikliğin zorlaştırma anlamına geldiğini savunanlar, kanıtı olarak “halkoyuna sunma” ile “bu olanağın, hangi oyla kabul edilmiş olursa olsun Cumhurbaşkanına tanınmış olması”nı göstermişlerdir.⁴⁷

Anayasa değişikliklerinde 2/3 çoğunluğunun yerine 3/5 çoğunluğunun aranması ve halkoyuna sunulma olanağının tanınmış olmasını kolaylaştırma olarak değerlendirmek gerektiği kanısındayız (Aynı yönde Onar, 1993: 67). Halkoyuna sunulma olanağının Cumhurbaşkanına tanınmış olması ise yeni bir durumu yansıtmamaktadır. Eski düzenlemede Cumhurbaşkanının bu yetkisi zaten vardı.

“Zorlaştırma” veya “kolaylaştırma” üzerindeki tartışmalarda, Cumhurbaşkanının geri göndermesi üzerine hangi oylama çoğunluğuna uyulması gerektiğine ilişkin hiçbir tartışmanın yaşanmadığı dikkati çekmektedir. Geri gönderme üzerine 2/3 kabul oyun gerekliliği amaçlanmış olsaydı, zorlaştırma niteliğinde olduğu ve “Cumhurbaşkanının iradesinin Meclisin ve milletin iradesinden daha güçlü kılınmış olduğu” gerekçesiyle değişiklik teklifini eleştiren görüşün bu argümanı rahatlıkla kullanacağını beklemek yanlış olmayacaktı.

Bu verilerin ışığında türev kurucu iktidarın amacının, *2/3 oy çoğunluğunu aynen kabul için değil, halkoyuna sunmaksızın yayınlanmasının temel koşulu olarak kabul edilmesi* olduğunun kabulü gerekir.

Bu yorumun, önceki Anayasalarda yer almayan halkoylamasını Anayasa değişiklikleri sürecine ekleyerek ilk defa yarı-doğrudan demokratik katılım olanağını sağlayan ve 1987 yılında bu olanağı daha da güçlendiren asli kurucu iktidar iradesine paralel düştüğü yadsınamaz.

Bir Anayasa değişikliğinin değişikliği kolaylaştırma ve siyasal kriz çözüme amacı dikkate alındığında, bu Anayasa değişikliğinin aynı zamanda bunu imkânsızlaştıracak, en azından aylar süren değişiklik mücadelesinin bu

46 TBMM Tutanak Dergisi, Cilt 40, s. 285, 286, 304.

47 TBMM Tutanak Dergisi, Cilt 40, s. 353, 354 ve 359.

değişikliği anlamsızlaştıracak bir amaç için gerçekleştirilebileceği iddiasının tutarlı olmadığı düşünülmektedir. *Kolaylaştırmayla kriz çözme* biçimindeki tarihsel amaç ile sınırsız bir geri gönderme yetkisine sahip Cumhurbaşkanının bu amacı her an bertaraf edebileceği gerçeği, uzlaşabilir önermeler değildir. Anayasa koyucu abesle iştigal etmez. Anayasa Mahkemesi 05.07.2007 tarihli kararında bu görüşü onaylamıştır (Bkz. 07.08.2007 tarih ve 26606 sayılı Resmi Gazete, s. 79).

Sistemantik Yorum

“Oylama çoğunluğu”nun ne olduğuna ilişkin başkaca bir Anayasa kuralı bulunmadığından, anayasal düzlemde bir sistemantik inceleme olanağı bulunmamaktadır. Anayasanın 175. maddesinin fıkralarının esas alınarak incelenmesi ise yukarıda “lâfzî yorum” başlığı altında yapılmıştır.

1987 Anayasa değişikliğinin ardından Anayasanın 175. maddesinin incelendiği 16.07.1987 tarihli kararında bu konuya değinme olanağı bulunmamıştır. Bu kararda iptal istemi, dava konusu ihlalin Anayasanın 148. maddesinde denetlenebilir konularla ilgisi bulunmaması nedeniyle görevsizlik nedeniyle reddedilmiştir.⁴⁸

İlgili kuralların nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin İçtüzük kurallarına gelince;

İçtüzüğün 94. maddesi 16.5.1996 tarihli 424 numaralı Meclis Kararıyla değiştirilmiştir. Aşağıda da görüleceği gibi, bu içtüzük değişikliğinin amacı Anayasaya uyum sağlanmasıdır. “Anayasa değişiklik tekliflerinin kabulü” başlığını taşıyan ve 1996 yılında kabul edilen İçtüzüğün 94. maddesinin, Anayasanın 1987 yılında yeniden düzenlenen 175. maddesinin uygulaması niteliğinde olduğu açıktır. İçtüzükler, Meclislerin anayasal görevlerini yerine getirmelerini sağlayıcı çalışma ve usul kurallarını içermektedir. 1996 yılındaki içtüzük değişikliklerine karşı herhangi bir iptal davası açılmış değildir. Anayasa Mahkemesince denetlenip iptal edilmedikleri sürece yasaların ve diğer denetime tabi kuralların Anayasaya uygunluğu karinesi geçerlidir.

İçtüzüğün 94. maddesi Cumhurbaşkanına göndermeden önceki safhaya münhasır bir düzenleme olduğuna ilişkin herhangi bir veri içermemektedir. Aynı şekilde, maddenin Cumhurbaşkanının geri göndermesi üzerine yapılacak oylamalarda geçerli olmadığını belirten açık ya da örtülü herhangi bir veri bulunmamaktadır. İçtüzüğün Anayasa değişikliğine ilişkin kurallar bütünüünün yorumundan da aksi yönden bir sonuç türetme olanağı saptanamamıştır. Öte

48 E. 1987/9, K. 1987/15, Kt. 16.6.1987, AYMKD 23, 282 (294).

yandan 1996 yılındaki içtüzük değişiklikleri sırasında meclisin aksi yönde bir iradesi olmuş olsaydı, eski düzenlemedeki “2/3 çoğunluk” ifadesi tamamen “3/5 çoğunluk” ile ikame edilmez, en azından Cumhurbaşkanının geri göndermesi üzerine geçerli bir çoğunluk verisi olarak bırakılırdı.

Lafzın olanak verdiği bir olgunun yorum yoluyla olanaksızlaştırılması ya da açıkça yasaklanmış olanın yorumla izin verilebilir biçime dönüştürülmesi yorum kurallarıyla bağdaşmaz (Depenheuer, 1988: 9).

Bu durumda Anayasanın 175. maddesinin ve İçtüzüğün 94. maddesinin oluşum süreci de dikkate alındığında, içtüzük kuralının bu sürecin temel algısına paralel olarak geri gönderme safhasının öncesi ve sonrası için herhangi bir fark yaratmaksızın genel bir kural koyduğu ortaya çıkmaktadır. Ayrık düzenlemeler bulunmadığı sürece, İçtüzük 94. maddenin Anayasa değişikliklerinin oylanmasında uygulanacak genel bir içtüzük kuralı olduğunun kabulü gerekir.

Anayasanın bütünlüğü ilkesi dikkate alındığında, Cumhurbaşkanına tanınan geri gönderme yetkisinin Anayasa değişikliklerinin önemli, ilkesel ve yapısal tercihlerde değişime yol açmaları nedeniyle yalnızca düşünme zamanı sağlama (cooling-off) sağlama işlevine sahip olduğu, yoksa genel çağdaş Anayasalarda görülmeyen bir güçleştirme işlevi anlamına gelmediğini düşündürmektedir.⁴⁹ 3/5 ile kabul edilen yasanın geri gönderme üzerine 2/3 ile kabul edilmesini zorunlu kılmak, fiilen “mutlak veto” anlamına gelmekte⁵⁰ ve Anayasa değişikliği kurumunun doğasına aykırı sonuçlar doğurmaktadır.

Uygulamada 1995 değişikliklerinden beri ikinci oylamada yalnızca bazı maddelerin 2/3’ün altında bir çoğunlukta kaldığı, ancak tümünün 2/3’ün üstünde bir çoğunlukla kabul edilmesi durumunda, teklifin tümünün “referandumu gerektirmeyen” bir çoğunlukla kabul edilmiş sayıldığı, dolayısıyla “tümü üzerindeki oylamanın” yürürlük ile ilgili usulün belirlenmesinde esas alındığı görülmektedir. Gerçektende 1995 değişikliklerinde teklif maddelerinin yarısı 2/3 çoğunluğun altında kaldığı halde, diğer kısmı ile birlikte tümü 2/3 ile kabul edildiğinden, referanduma sunulmaksızın, yayımla yürürlüğe girmişti.⁵¹

49 Avrupa’da güçleştirici vetonun genel kabul görmediği, mutlak anlamda vetonun ise genellikle Krallıklarda geçerli olduğu, ancak Avrupa krallıklarında bu hakkın sembolik olduğu, esas yetkinin hükümetlerde olduğu gözlenmektedir. Bkz., (Eroğul, 1974: 72 vd.).

50 Saptama Erdoğan *Teziç*’e aittir (Teziç, 1986: 92).

51 Tutanak Dergisi Cilt 93, 146. Birleşim, 22.7.1995, s 311. İkinci oylamadan önce Meclis Başkanı şu açıklamayı yapmıştır:

Anayasa Mahkemesi 05.07.2007 tarihli kararında bu sistematik yorumu benimseyerek, İçtüzüğün 94. maddesinin Anayasa değişikliklerinin oylanmasında uygulanacak genel bir içtüzük kuralı olduğunun, Cumhurbaşkanının geri göndermesi üzerine yapılacak oylamalarda da uygulanacağına kabulü gerektiğinin altını çizmiştir (07.08.2007 tarih ve 26606 sayılı Resmi Gazete, s. 79).

Amaçsal Yorum

1961 Anayasası döneminde parlamentonun 2/3 çoğunluğu ile kabul edilen bir Anayasa değişikliğinin nasıl olup da Anayasa Mahkemesinde salt çoğunlukla iptal edilebildiği eleştirilmekteydi. Bu eleştiriler temelinde yeni Anayasanın 149. maddesi, Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliğine ilişkin yasaları biçim yönünden iptal edebilmesini 2/3 oy çoğunluğuna bağlamaktaydı. Bu düzenlemenin Meclisin Anayasa değişikliklerini ancak 2/3 çoğunlukla kabul edebileceğine ilişkin 175. maddesine paralel bir düzenleme olduğu açıktır.

1987 yılında 175. maddede yapılan ve ağırlıklı olarak siyasi yasakların kaldırılması tartışmalarının gölgesinde kalan Anayasa değişikliğiyle, Anayasa değişikliklerindeki kabul sayısı 3/5'e indirildi. 2001 değişiklikleriyle Anayasanın 149. maddesindeki iptal çoğunluğu da 3/5'e çekilerek paralellik yeniden kurulmuş oldu.

Amaçsal ve sistematik bakış Anayasa değişikliklerinin kabulü ve iptalinde demokratik meşruiyet paralelliğinin amaçlandığı ortaya çıkarmaktadır.

“Onay” yetkisine sahip olmayan Cumhurbaşkanı ne yasama faaliyetleri bakımından aşılması gereken yeni ve farklı bir bariyer olarak tasarlanmış, ne de

“Başkan: Teklifin tümünü oylamaya geçmeden önce, 3.5.1995 tarihinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kuruluna, TBMM Başkanı Sayın Hüsamettin Cindoruk imzasıyla sunulan ve Anayasa değişiklik tekliflerinin ikinci görüşmelerindeki oy durumlarını kaide altına alan ve Meclisin kabul ettiği hükümlerin dördüncüsünü hatırlatma babında Genel Kurula arz etmek istiyorum.

Yapılan oylamada, maddelerin bir kısmı 270'in üzerinde, fakat 300'ün altında oy almış olsa, bir kısmı da 300'ün üzerinde oy almış olsa, tümünün oylamasında, teklif, 300'ün üzerinde kabul edilirse, kanunun hiçbir maddesi kendiliğinden halkoylamasına sunulmaz. Aynı durumda, tümünün oylamasında, teklif, 300'ün altında oyla kabul edilirse, Kanunun tümü kendiliğinden halkoylamasına sunulur” (Tutanak Dergisi Cilt 93, 146. Birleşim, 22.7.1995, s. 311). Bu ifadeler rakamlar değiştirilerek ve 5.7.1995 tarihli başkanlık tezkeresi olarak sonraki Anayasa değişikliklerinde tekrarlanmıştır.

Anayasa değişikliklerini zorlaştırıcı ya da olanaksız kılıcı bir engel olarak kabul edilmiştir. Anayasa değişikliğini yapan irade kurucu iktidar iradesidir. Kendisi de kurulu iktidar olan Cumhurbaşkanının Anayasa değişikliklerinde aşılması gereken zorlaştırıcı bir bariyer olduğu iddiası, kurucu iktidar iradesinin varlığı için, kurulu iktidar iradesinin onayının gerekli olduğu gibi eşyanın doğasına aykırı bir sonucu kabul etmek gerekecektir. Bu sonucun kurucu iktidarın amacı olduğu ileri sürülemez.

Sonuç

Kurucu iktidar erkler erki olarak tüm kurulu iktidarlara yaratan, onları yetkilendiren ve yetkilerinin sınırını çizen temel iktidardır. Bu iktidarı bağlayıcı herhangi bir pozitif hukuksal norm bulunmamaktadır. Bu iradenin Anayasa Mahkemesi dâhil olmak üzere kurulu iktidarlara denetlenmesi olanaksızdır. Kuşkusuz bu ifade, kurucu iktidarın toplumsal ve siyasal dinamiklerin etki alanında bulunduğu gerçeğini yadsımamaktadır.

Demokratik anayasalar, değişen siyasal, ekonomik ve sosyal koşullardan doğan toplumsal taleplere yanıt vermek zorundadır. Demokratik anayasalar, yalnızca çıkış ve oluşum itibarıyla değil, toplumun taleplerine değişime olanak sağlamakla süreç içinde de toplumsal meşruiyete dayanmak zorundadır. Bu biçimde siyasal karar organlarının Anayasayı değiştirme işlevleri, Anayasanın demokratik meşruiyetini sağlayıcı önemli bir faktördür. Demokratik meşruiyetin sağlanması, ayrıca, toplumsal ve siyasal dinamizm ile ilişkili yargı organlarının göz önünde bulundurulması ve anayasanın bu dinamizme uygun biçimde yorumlanmasıyla olanaklıdır. Anayasa yargısı anayasayı öncelikle dinamik bir biçimde yorumlayarak sağlayabilir. Katı olan anayasaları daha da katılaştırmak için Anayasa Mahkemelerine gerek yoktur.

Demokratik ülkelerde türev kurucu iktidar parlamentolardır. Bu iktidar, herhangi bir kurulu iktidarı ortadan kaldıracabileceği gibi, bu iktidarlara görev ve yetki alanlarında değişiklikler, *sistem içi farklılaşmalar yaratabilir; sistem haritasını, asli kurucu iktidarın izin verdiği çerçevede yeniden çizebilir.* Anayasa türev kurucu iktidara içeriksel, zamansal ve biçimsel sınırlar çizebilir. Ancak bu sınırlar dışında türev kurucu iktidar herhangi bir normatif sınırlamaya tabi değildir. Türev kurucu iktidarın, İtüzük benzeri Anayasa altı normlar veya kurumsal iradelerle bağlı olduğunu ileri sürmek olanaksızdır. Aynı yaklaşımın geçerli olduğu Türk hukuk sisteminde anayasa değişiklikleri zorlaştırıldığı gibi, buna koşut olarak denetimi de zorlaştırılmıştır.

Türev kurucu iktidarın maddi sınırlarının Anayasanın ilk dört maddesi oluşturmaktadır. Bu maddeler dışındaki tüm maddeler Anayasanın 175. maddesindeki usullere uyularak değiştirilebilir. Anayasa Mahkemesi, türev

kurucu iktidarı esastan denetleyemeyeceği gibi, biçim yönünden denetim yetkisi ise yalnızca teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği esasına uyulup uyulmayla sınırlandırılmıştır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliğini denetlerken, ileri sürülen biçim eksikliğinin bir hukuksal sorun oluşturup oluşturmadığına bakmadan önce, bu hukuksal sorunun yetki alanına girip girmediğini saptamak durumundadır.

Anayasa değişikliklerinde teklif çoğunluğu, TBMM üye tamsayısının 1/3 oranındaki çoğunluğudur. Bu çoğunluğun saptanmasında herhangi bir sorun bulunmamaktadır. İvedilikle görüşme yasağı da 1987 Anayasa değişiklikleriyle iki defa (İçtüzüğün 93. maddesi uyarınca 48 saat arayla) görüşme biçiminde somutlaştırılmıştır. Buna karşın oylama çoğunluğundan ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Oylama çoğunluğunu 148. maddenin gerekçesinden de yararlanarak yalnızca “son oylama”yla sınırlı olarak kabul etmek olanaklı olduğu gibi, İçtüzüğün 93. ve 94. maddelerinden yararlanarak maddeler hakkındaki 2. oylama ile son oylamayı kapsar biçimde kabul etmek de olanaklıdır. Oylama çoğunluğunu birden fazla oylamada zorunlu kılmamanın, kurucu iktidar iradesini aynı oranda artan bir düzeyde sınırlandırma anlamına geleceği açıktır. Yasaların anayasaya uygunluğu karinesi, türev kurucu iktidar iradesinin kurucu iktidar iradesine uygunluğu karinesinden hareket edilerek, anayasallık denetiminin son oylamaya sınırlı olarak yapılmasının daha doğru olacağı düşünülmektedir.

Anayasa değişikliğinin kabul edilebilmesi için TBMM üye tamsayısının 3/5 oranındaki çoğunluğunun kabul oyu vermiş olması gerekir. Ancak bu durumda anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesi için referandumda kabul edilmesi gerekir. Buna karşın değişiklik mecliste 2/3 ve üzeri bir oyla kabul edildiği takdirde, Cumhurbaşkanı bu değişikliği referanduma sunmakta takdir hakkına sahiptir. Yukarıda ulaşılan sonuç, Cumhurbaşkanının değişikliği bir daha görüşülmek üzere Meclise göndermesinden sonraki aşama açısından da geçerlidir. 2/3 oy oranı değişikliği referandumsuz olarak yürürlüğe koyabilme barajı niteliğine sahip olup, kabul yeter sayısı ile ilgisi bulunmamaktadır. Bu nedenle Türk Anayasa Hukuku doktrininde görüş birliği içinde savunulan, “Cumhurbaşkanının iradesi durumunda aynen kabul için 2/3 oy çoğunluğu zorunludur” biçimindeki görüşün geçerliliği bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 05.07.2007 tarihinde verdiği E. 2007/72, K. 2007/68 sayılı kararında da bu inceleme sonucunda ulaşılan sonuç paylaşılmış bulunmaktadır.

Kaynakça

- ALEXY, Robert (1994), *Theorie der Grundrechte* (Frankfurt: Suhrkamp, 2. Aufl.).
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1988), “Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi,” *AİD* (Cilt 21, Sayı 1).
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. (2000), *Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: Staat, Nation, Europa* (Frankfurt: Suhrkamp, 2. Aufl.).
- CAN, Osman (2005), *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması* (Ankara: Seçkin Yay.).
- DEPENHEUER, Otto (1988), *Der Wortlaut als Grenze, Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation* (Heidelberg: C. F. Müller).
- DEPENHEUER, Otto (2003), “Das Tabu im Verfassungsstaat,” DEPENHEUER, Otto (ed.), *Recht und Tabu* (Wiesbaden: Westdeutscher Verlag).
- EROĞUL, Cem (1974), *Anayasayı Değiştirme Sorunu* (Ankara: AÜSBF Yay.).
- EROĞUL, Cem (1987), “Anayasa Değişikliği, Esası Unutturmayı Amaçlayan Usul Tartışması,” *Mülkiyeliler Birliği Dergisi* (Sayı 86).
- GÖZLER, Kemal (1998), *Kurucu İktidar* (Bursa: Ekin Yay.).
- GÖZLER, Kemal (2000) *Türk Anayasa Hukuku* (Bursa: Ekin Yay.).
- GÖZLER, Kemal (2001), *Anayasa Hukukuna Giriş* (Bursa: Ekin Yay.).
- GÖZLER, Kemal (2007), *Türk Anayasa Hukuku Derstleri* (Bursa: Ekin Yay.).
- HEGEL, G.W.F. (1830), *Enzyklopädie der philisophischen Wissenschaften in Grundrissen*.
- HELLER, Hermann (1983), *Staatslehre* (Tübingen: Mohr Siebeck, 6. Aufl.).
- HESSE, Konrad (1993), *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Heidelberg: C. F. Müller, 19. Aufl.).
- HUBER, Peter M. (1999), “Art. 146,” SACHS, Michael (ed.), *Grundgesetz-Kommentar* (München: C. H. Beck, 2. Aufl.).
- İBA, Şeref (2003), “Cumhurbaşkanınca Yayınlanması Kismen veya Tamamen Uygun Bulunmayan Kanunların Meclise Geri Gönderilmesi,” *AÜHFĐ* (Cilt 52, Sayı 3): 299-316.
- ISENSEE, Josef (2003), “Verbotene Bäume im Garten der Freiheit- Das Tabu im Verfassungsstaat,” DEPENHEUER, Otto (ed.), *Recht und Tabu* (Wiesbaden: Westdeutscher Verlag): 115-140.
- JARASS, Hans/PIEROTH, Bodo (2000), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (München: C. H. Beck, 5. Auflage).
- JESTAEDT, Matthias (2002), “Verfassungsgerichtspositivismus, Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat,” DEPENHEUER/HEINTZEN/JESTAEDT/AXER (eds.), *Ethos und Nomos, Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag* (Berlin: Duncker & Humblot).
- KAPANİ, Münci (2006), *Politika Bilimine Giriş* (Ankara: Bilgi Yay., 18. Bası).
- KRÜGER, Herbert (1964), *Allgemeine Staatslehre* (Stuttgart: Kohlhammer).
- LEIBHOLZ, Gerhard (1974), *Strukturprobleme der modernen Demokratie* (Frankfurt: Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, 3. Aufl.).
- MAUNZ, Theodor (1998), “Präambel,” MAUNZ/DÜRIG/HERZOG (eds.), *Kommentar zum Grundgesetz* (München: C. H. Beck).
- MÜLLER, Friedrich / CHRISTENSEN, Ralf (2002), *Juristische Methodik Bd. I, Grundlagen Öffentlichen Rechts* (Berlin: Duncker & Humblot, 8. Aufl.).
- ONAR, Erdal (1993), *Anayasayı Değiştirme Sorunu* (Ankara).
- ÖZBUDUN, Ergun (2003), *Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yay., 7. Bası).
- SCHMITT, Carl (1954), *Verfassungslehre* (Berlin: Duncker & Humblot).

- SOYSAL, Mümtaz (1969), *Dinamik Anayasa Anlayışı, Anayasa Diyalektiği Üzerine Bir Deneme* (Ankara: AÜSBFD Yay.).
- SOYSAL, Mümtaz (1977), *100 Soruda Anayasanın Anlamı* (Ankara: Gerçek Yay., 4. Bası).
- STERN, Klaus (1984), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I*, (München: C. F. Müller, 2. Aufl.).
- TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOğLU, Necmi (2002), *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (İstanbul: YKY, 4. Bası).
- TEZİÇ, Erdoğan (2003), *Anayasa Hukuku* (İstanbul: Beta Yay., 8. Bası).
- TEZİÇ, Erdoğan (1986), "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi," *Anayasa Yargısı*, Cilt 3: 83-94.
- TURHAN, Mehmet (1976), "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri," *AÜHFD* (Cilt 33, Sayı 1-4): 63-104.
- UNRUH, Peter (2002), *Der Verfassungsbegrif des Grundgesetzes, Eine verfassungstheoretische Rekonstruktion* (Tübingen: Mohr Siebeck).
- WALTER, Robert/MAYER, Heinz (1976), *Grundriř des österreichischen Bundesverfassungsgerichts* (Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung).
- ZIPPELIUS, Reinhold/WÜRTEMBERGER, Thomas (2005), *Deutsches Staatsrecht* (München: C. H. Beck, 31. Aufl.).