

# Anayasa Değişikliklerine Dâir Kanunların Yargısal Denetimine Eleştirel Bir Bakış<sup>1</sup>

Ömer Keskinsoy

Yrd. Doç. Dr. | Gazi Üniversitesi, Kamu Yönetimi Bölümü

Liberal Düşünce, Yıl 16, Sayı 63, Yaz 2011 s. 169 - 177

## Giriş

Tarihimizde, anayasa değişikliklerine dâir kanunlar bakımından denetim sürecinin ilk önce siyasal denetim şeklinde işlemeye başladığını söyleyebiliriz. Bu çerçevede, 1876 Kanun-ı Esasi'sinde, çıkarılan kanunların din kurallarına uygunluğunu pâdişah adına denetlemekle görevli Heyeti Âyan'ın siyasal denetim mahiyetinde bir denetimi söz konusuydu.

1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nda ise siyasal denetimi karşılayan bir mekanizma dahi yoktu. Bu durum, 1876 Anayasasının resmen ortadan kaldırılmaması, 1921 Anayasasıyla getirilen düzenlemelere aykırı olmayan hükümlerinin geçerli olması, dolayısıyla siyasal denetimin bu kapsamda işeyebileceği gibi donelerle izah edilebilir. 1924 Anayasası'nda, bir nevi siyasal denetim mahiyetinde, yasama organının kendi çıkardığı kanunlardan ne anlaşılması gerektiğini açıklayan ve bağlayıcılığı olan "yasama yorumları"ndan söz edilebilir.

1961 ve 1982 Anayasaları, birazdan ele alınacak olan siyasal denetim mekanizmalarının yanı sıra, ilk kez 1961 Anayasasıyla kurulması öngörülen ve 1982 Anayasası'nda da muhafaza edilen Anayasa Mahkemesine yer vermiş olmakla,âdi kanunlar ve anayasa değişikliklerine dâir kanunlar bakımından yargısal denetim mekanizmasını da benimsemişlerdir.

<sup>1</sup> Hakem incelemesinden geçmiştir.

Anayasa değişikliklerine dâir kanunların, değişiklik teklifinin verilmesi aşamasına gelmeden önce, teklifte imzası bulunanların, her ne kadar pozitif değeri olmasa da göz ardı edilemeyecek ölçüde önemi olan *vicdani* denetim süzgecinden geçerek teklife konu olduğunu belirtmek gerekir. Bu denetimi, Meclis Başkanlığının Anayasa Komisyonuna göndermeden önceki ön denetimi izlemektedir. Anayasa Komisyonuna gelen teklif, Komisyon tarafından Anayasaya uygun olup olmadığı dikkate alınmak suretiyle denetlenmekte ve Anayasaya aykırı bulunması halinde reddedilebilmektedir. Komisyondan geçerek Genel Kurula gelen anayasa değişikliği teklifi, Genel Kurulda artık her maddesiyle, deyim yerindeyse, didik didik edilerek, aslında sâdece kabulle ilgili usûlün tahakkuk ettirilmesinin yanı sıra denetimden de geçirilmektedir. Önleyici denetim aşamaları olarak kabul edilebilecek bu aşamalar, Cumhurbaşkanının onayı aşamasıyla son bulmaktadır. Siyasal denetim kabilinden olmak üzere işletilen bu mekanizmalar yoluyla anayasa değişikliklerine dâir kanunların ciddî bir denetim süzgecinden geçirildiği söylenebilir.

Denetim mekanizmaları arasına, değişikliklerin yapılması sürecindeki bilimsel değerlendirmeleri, kamuoyu baskılarını ve bunların dillendirildiği medyayı da ilâve etmek gerekir. Hiç de azımsanamayacak bu denetim mekanizmalarından geçerek kanunlaşan bir anayasa değişikliği bakımından, Anayasa Mahkemesi kanalıyla yargı denetimi yapılmasının gerekliliği tartışması bir yana, Anayasa değişikliğine dâir kanunun, Cumhurbaşkanınca referandum yolunun işletilmesi suretiyle yetkinin gerçek sahibinin takdirine sunulması halinde Anayasa Mahkemesinin denetim yapma yetkisinin olup olmayacağı hususunun ciddî tartışma götürür olduğu bir gerçektir.

## Yasal Çerçeve

### Anayasa

Anayasa'nın 148. maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesindeki düzenleme uyarınca; "Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sâdece şekil bakımından inceler ve denetler". İkinci fıkrasındaki düzenlemeye göre ise; "Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır".

### Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanununun 36 ncı maddesinin birinci ve ikinci fıkralarındaki düzenleme göre; "Şekil bakımından denetim; Anayasa değişikliklerinde teklif çoğunluğuna, oylama çoğunlu-

ğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı; kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İttüzüğünün son oylamasının öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; kanun hükmünde kararnamelerin ise yetki kanununda öngörülen süre içinde çıkarılıp çıkarılmadığı ile Cumhurbaşkanlığı ve Bakanlar Kurulu üyelerinin imzalarının bulunup bulunmadığı hususlarıyla sınırlıdır". "Anayasa değişikliklerine karşı iptal davaları yalnız şekil bakımından aykırılık iddiası ile açılabilir".

### Anayasa Değişikliklerine Dâir Kanunlar Bakımından Anayasa Mahkemesinin Denetiminde Sınırlar

Yukarıda aktarılan hem Anayasanın ilgili maddesi, hem de anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usûlleri Hakkındaki Kanunun ilgili maddesi uyarınca anayasa değişikliğine dâir kanunlar sâdece şekil denetimine tabidir<sup>2</sup>. Her iki düzenlemede de "sâdece" ifadesine yer verilmiş olmakla, anayasa değişikliğine dâir kanunlarının, ancak şekil denetimine tâbi olduğu kesin bir hükme bağlanmış, ifadenin aksiyle kanıtından hareketle, esas denetimin söz konusu olmayacağı mutlak surette engellenmek istenmiştir. Hatta esas denetiminin yapılmasının önüne kesin bir şekilde geçmek amacıyla, şekil denetimin de her tür şekil eksikliğini kapsayıcı mahiyette olamayacağı, bu denetimin ancak teklif, ivedilikle görüşülme ve son oylamanın gerekli çoğunlukla yapılıp yapılmadığı hususlarıyla sınırlı olmak üzere<sup>3</sup>, tahdidi bir biçimde sayılması suretiyle ayrıca vurgulanmıştır. Can'ın ifadesiyle; "Anayasa değişikliklerine yönelik denetimin ancak istisnai ve tüketici (*numerus clausus*) olarak sayılmış olması, bu denetimin kapsamının yorum yoluyla genişletilemeyeceğini göstermektedir"<sup>4</sup>.

1961 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerine dâir kanunları, esas bakımında da denetlemeye tâbi tutması üzerine<sup>5</sup>, 12 Mart 1971 Muhtırası sonrasında Anayasada yapılan değişiklikler arasında, anayasa değişiklikleri kanunlarının şekil denetimine<sup>6</sup> tâbi olduğu yönündeki hükme yer verilerek bir sınır çizilmiştir. Bu sebeple Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerine dâir kanunları esas bakımından denetlemesi mümkün değildir<sup>7</sup>.

2 Anayasa değişikliklerine dâir kanunların esas denetimine de tâbi olması gerektiğini savunan görüş için bkz. Serozan, Rona: "Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları", *İÜHFM*, C. XXXVII, S. 1-4, s.140, 141.

3 Aydın, Mesut: "1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi", *Gazi Ü. HFD*, C. XIV, S. 1, s.216; Aynı yönde Anayasa Mahkemesi'nin kararı için bkz. 7/7/2010 tarihli ve E. 2010/049, K. 2010/087.

4 Can, Osman: "Anayasa Yargısında Yokluk", Yetkin Yayınları, Armağan (Prof. Dr. Ergun Özbudun'a), C. 2, Ankara 2008, s. 205; Can, Osman: "Anayasayı Değiştirme ve İktidarı Denetim Sorunu", *Ankara Üniversitesi S.B.F. Dergisi*, S. 62, C. 3, s.112; Tanör, Bülent - Yüzbaşıoğlu, Necmi: *Türk Anayasa Hukuku*, Y.K.Y., 2. Baskı, İstanbul 2001, s. 465; Selçuk, Sami: "Ardışık Hukuk Yanılgılarının Tarihe Not Düşen Örneği: AYM'nin 367 Kararı", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a*, C. 2, Turhan Kitabevi: Ankara 2008, s. 587; Atar, Yavuz: "Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması", *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, S. 25, Ankara 2008, s.106.

5 E. 1964/38, K. 1965/59, AMKD., S. 3, s. 283; E. 1970/1, K. 1970/31, T. 16.06.1970, AMKD., S. 8, s. 323.

6 20.09.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunla 1961 Anayasasının 147 inci maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikte, anayasa değişikliklerinin şekil denetimine tâbi olduğu ifadesine anayasada açıkça yer verilmiştir.

7 Anayurt, Ömer: "Referandumlar Üzerinde Anayasallık Denetimi Sorunu", Yetkin Yayınları, *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, C. 2, Turhan Kitabevi: Ankara 2008, s. 26; Gözübüyük A., Şeref: *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş

Buna rağmen, Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerine dâir kanunlar üzerinde esas denetimi sürdürerek iptal kararlarını vermeye devam etmiştir<sup>8</sup>. Anayasa değişikliklerine dâir kanunların sâdece şekil denetimine tâbi olduğu, bir nevi Anayasa Mahkemesinin esas bakımından denetim yapma yetkisini kendisinde görmesine tepki mahiyetinde olmak üzere<sup>9</sup>, 1982 Anayasasında, şekil denetiminin hangi şekil eksiklikleri bakımından geçeli olacağına açıkça sayılmış olmasına suretiyle hükme bağlanmış olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi, farklı gerekçelerle esas denetimi yapmaya yine devam etmiştir. Oysa 1982 Anayasasının hazırlanmasında katkısı olan Kemal Dal'a göre dahi, Anayasa Mahkemesinde anayasa değişikliğine dâir kanunlar için esas denetimi talebiyle iptal davası dahi açılmaz<sup>10</sup>. Buna rağmen, Anayasa Mahkemesinin dolaylı yollarından esas denetimi yapma yetkisini kendisinde görmesi, bizim hukuk sistemimizde kabul edilmeyen, uyuşmazlığa Mahkemece doğrudan el atma anlamına gelecektir. Böylece, Anayasa Mahkemesi, her bir usûl hukuku dalı bakımından geçerli olan<sup>11</sup>, "taleple bağıllık ilkesi"ne ihlâl etmiş olmaktadır. Oysa taleple bağıllığın Anayasa Mahkemesi bakımından da geçerli olduğu kuşkusuzdur<sup>12</sup>. Anayasa Mahkemesinin kanun koyucu gibi hareket ederek, sergilediği yaklaşımlar bakımından Anayasanın 153 üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki, "Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez". Buna rağmen, kabulü asla mümkün olmayan yerindelik denetimi<sup>13</sup> boyutlarında Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisini genişleterek kullanması ise ayrıca düşündürücüdür.

Anayasa değişikliklerine dâir kanunların esas denetimine tâbi tutulmasında dayanak olarak alınan madde, anayasanın ilk üç maddesinin değiştirilemeyeceğini düzenleyen Anayasanın dördüncü maddesidir. Anayasanın 4 üncü maddesine göre; "Anayasanın 1 inci maddesindeki devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü

14. Bası, Ankara 2006, s. 57; Erdoğan, Mustafa: *Anayasa Hukuku*, Orion Yayınevi, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2005, s. 309. Aksi yöndeki görüş için bkz. Serozan: s. 140, 141.

8 Özbudun, Ergun: "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, S. 62-3, s. 260.

9 Özbudun, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara 2008, s. 261.

10 Dal, Kemal: *Türk Esas Teşkilat Hukuku*, Bilim Yayınları, 2. Baskı, Ankara 1986, s. 290.

11 1086 sayılı Hukuku Usulü Muhakemeleri Kanununun 74'üncü maddesine göre; "Medeni ile muayyen hükümler mahfuz olmak üzere hâkim her iki tarafın iddia ve müdafaalarıyla mukayyet olup ondan fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremez. Tahakkuk edecek hale göre talepten noksan ile hüküm caizdir". 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun 225 inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre; "Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve fâili hakkında verilir". 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda bu yönde açık bir düzenleme yer almamakla beraber müstakâr Danıştay İçtihatlarına göre, idarî yargılama alanında taleple bağıllık ilkesi geçerlidir. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 43'üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre; "Mahkemenin, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu yoktur. Mahkeme, taleple bağıllı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasaya aykırılık kararı verebilir."

12 Boyacıoğlu, Ahmet H.: "Anayasa Mahkemesinin Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Denetiminde İstemin Konusuyla Bağlı Tutulması", *Ord. Prof. Dr. Sıdık Sami Onar'a Armağan*, Fakülteler Matbaası: İstanbul 1977, s. 165-170.

13 Tunç, Hasan: *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimin Kapsamı ve Organları)*, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 162.

maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez". Hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu değiştirilmezlik yasağı, bu maddelere hiçbir şekilde müdahale edilemeyeceği anlamına gelmez<sup>14</sup>. Bu nedenle, değiştirilmezlik kapsamındaki maddelere müdahale yasağı, daha ziyâde manevî bağlayıcılık, ya da temenni mahiyetinde bir düzenleme olarak düşünülmesi gerekir<sup>15</sup>. O zaman bu maddelerin, anayasa değişikliklerine dâir kanunlar bakımından şekil denetiminin bir kriteri olarak mesnet alınması, yapılacak değişiklikleri hukuk zemininde engellenmenin mümkün olmadığı hallerde, bir parça manevî anlamda medet kabilinden devreye sokulan ve sığınılacak son liman olmaktan öte bir anlam ifade etmeyen hukuka uygun olmayan bir yaklaşım tarzı olarak kabul edilmesi gerekir. Hâlbuki doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere, hukukun genel ilkeleri, milletlerarası antlaşmalar<sup>16</sup> gibi ölçütler getirmek suretiyle de dahi bir anayasallık bloğu oluşturulması gereksizliği<sup>17</sup>, karşısında bahse konu yaklaşım tarzının savunulması mümkün görünmemektedir.

Kanaatimizce özellikle anayasa değişikliklerine dâir kanunlar için geçerli olmak üzere, başlangıç metninin ve değiştirilemez maddelerin şekil kriteri olarak anayasa değişikliklerinin denetiminde yeni bir anayasallık bloğu şeklinde sunulma çabası anlamsızdır ve pozitif dayanaktan yoksundur<sup>18</sup>. Aksi halde, topluma yön veren temel metin niteliğindeki anayasaların değiştirilmesi, sert anayasacılık anlayışının zorlukları bir yana, imkânsızlaştırılarak anayasalar atıl, işe yaramaz ve toplumsal gelişmelerin gerektirdiği ihtiyaçları karşılayamaz metinler haline gelmiş olacaktır ki, bunun kabulü mümkün değildir.

Bu çerçevede, Anayasanın 4 üncü maddesinde geçen "teklif edilemez", ifadesi, Anayasanın 148 inci maddesinin ikici fıkrasındaki "Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır" hükmünde geçen "teklif" ifadesiyle aynı anlamda kullanıldığını savunmak, ancak çok zorlama bir yaklaşımın ürünü olabilir<sup>19</sup>. Şöyle ki, Anayasanın dördüncü maddesinde geçen teklif ibaresi, anayasa değişikliği sürecinin de bir kanun değişikliği önergesiyle başlatılacak olması sebebiyle, tasarıya zaten mümkün olmamak üzere, teklife dahi konu olamayacağını belirtmeye matuf bir ifadedir. Oysa Anayasanın 148 inci maddesindeki teklif

14 Gözler, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, 5. Baskı, Bursa 2008, s. 594, 595.

15 Anayurt (2008): s. 27.

16 Gözler, Kemal: "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?", *Ankara Üniversitesi S.B.F. Dergisi*, S. 55, C. 3, s. 99. Aksi yöndeki görüş için bkz. Yüzbaşıoğlu, Necmi: *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İ.Ü. Basımevi, İstanbul 1993, s. 337, 338; Tanör - Yüzbaşıoğlu: s. 467- 487.

17 Ancak, 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunun 7'nci maddesiyle Anayasanın 90'ıncı maddesine ilâve edilen son cümleye göre; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır". Dolayısıyla, Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve hürriyetlerle alâkalı uluslararası antlaşmalar, pozitif dayanaklı bir denetim kriteri haline getirilmiştir.

18 Turhan, Mehmet: "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri", *Ankara Ü.H.F.D.*, C. 33, S. 1- 4, s. 68; Turhan, Mehmet: "Halk Egemenliği ve Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi", *Liberal Düşünce Dergisi*, S. 57-58, s. 73.

19 Ilıcak, Nazlı: "Şekilden Esasa Nasıl Girildi?", *Sabah Gazetesi*, 16.06.2010.

ifadesiyle kastedilen, anayasa değişiklikleri bakımında bulunması gereken teklif yetersayısının var olup olmadığına işaret etmek içindir.

Kaldı ki, Anayasanın 4 üncü maddesiyle değiştirilemeyeceği belirtilen ilk üç maddede sayılan halleri şekil kriteri olarak kabul ettiğimiz takdirde<sup>20</sup>, artık anayasa değişikliklerine dâir kanunlar için mutlak manâda esas denetimi yolunun açılmış olması dolaylı olarak yasal dayanağa bağlanmış olacaktır<sup>21</sup>. Çünkü, örneğin ilk üç maddede, hukuk devleti, sosyal devlet, insan haklarına saygılı devlet, laik devlet gibi çok genel kavramlarının bulunduğu dikkate alınınca, bu genel kavramlarla bağlantısı kurulamayacak bir düzenleme zaten mümkün olamayacağı için, Anayasa Mahkemesi bu yorumla her tür anayasa değişikliğini esas bakımından denetleme yetkisini kendisinde görebilecektir<sup>22</sup>. Dolayısıyla, meselâ ailenin korunmasını düzenleyen maddedeki anayasa değişikliğini sosyal devlet ilkesine, seyahat özgürlüğünü düzenleyen maddedeki değişikliği insan haklarına saygılı devlet ilkesine aykırı görerek iptal edebilecektir. Bu tür bir yaklaşım hem çok subjektif, daha vahimi de, hem Türkiye Büyük Millet Meclisinin kurucu iktidar olma yetkisinin gaspı anlamına gelecektir<sup>23</sup> ki, bütün bunlar hukukî izahı mümkün olmayan yaklaşımlardır.

Tüm bu söylenenlere ilâve olarak, anayasada yer alan maddeler arasında pozitif dayanaklı bir hiyerarşi ilişkisinin olmadığı doktrinde haklı olarak ifade edilmiştir.<sup>24</sup> Bu çerçevede ilk üç maddeyi ve başlangıç metnini anayasa maddelerine

20 İlk üç maddeyi şekil kriteri olarak savunan ve kanaatimizce pozitif dayanaktan yoksun ve subjektif nitelikli olarak kabul ettiğimiz görüş sâhipleri olarak bkz. Yayla, Yıldızhan: *Anayasa Hukuku Ders Notları*, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986, s.158, 159; Eroğul, Cem: "Anayasa Değişikliği Önerisinde Değişiklik Yapılması", *Ankara Üniversitesi S.B.F. Dergisi*, S. 64, C. I, s. 101; Kulak, Sercan Coşkun: "Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi", *TBB*. S. 87, s. 260, 261.

21 Bunun yanı sıra doktrinde, ilk üç madde anayasa değişikliği teklifinin verilemeyeceği, verilmesi halindeyse TBMM başkanının bunu işleme koyamaması gerektiği, ancak değiştirilemezlik yasağı ihtiva etmeyen 4'üncü maddenin değiştirilmesi suretiyle ilk üç madde bakımından söz konusu olan yasağın ortadan kalkacağı ifade edilmiştir. Bkz Onar, Erdal: *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara 1993, s. 28, 29. Lafzî yorum yapıldığında, biraz önce ifade edildiği üzere, anayasanın dördüncü maddesinin değiştirilmesi suretiyle acaba gerçekten ilk üç maddenin değiştirilmesinin öündeki bütün engeller kalkmış olacak mıdır? Anayasanın lafzıyla ve ruhuyla bir bütün olduğu dikkate alındığı takdirde, elbette ki, kurucu iktidar tarafından değiştirilmesi güçlük arz eden, örneğin devlet şeklinin değiştirilmesi gibi bir tasarrufta bulunmak, tali kurucu iktidar için, belki dördüncü maddenin değiştirilmesi suretiyle teknik olarak mümkün olmakla birlikte gerçekte mümkün görünmemektedir. O zaman, Anayasanın dördüncü maddesinde geçen "teklif " ifadesi, anayasanın değiştiriliş usülünü düzenleyen 175'inci maddedeki "teklif" ifadesiyle aynı anlama gelmez. Aksi halde, meselâ 4'üncü maddenin değiştirilmesini Anayasanın 175'inci maddesine göre 184 milletvekili teklif ederse bu teklif anayasaya göre geçerli bir teklif olarak dikkate alınarak ve 4'üncü maddedeki teklif ifadesinin "ileri" sürülemez şekilde değiştirilmesi şeklinde sonuçlanırsa, artık ilk üç madde şekil kriteri olarak dikkate alınamaz hale getirilebilecektir. Daha ihtimalleri çoğaltmak mümkündür. Dolayısıyla Anayasanın 4'üncü maddesindeki "teklif edilemez" ifadesinin; üzerinde tasarrufta bulunulamaz, muhtevasına dokunulamaz ve daha karşılayıcı bir ifade olarak, geçersiz kılınamaz anlamında olduğu, oysa 175'inci maddedeki teklif ifadesinin ise, önerilemez anlamında olduğu ifade edilebilir. Kısaca, Anayasanın 4'üncü maddesindeki teklif ifadesinin, anayasa değişikliklerine dâir kanunlar bakımından bir şekil kriteri olarak dikkate alınması, hem kanuna karşı hile, hem de bu yolla fonksiyon gaspı suretiyle izahı kabil olmayan esas denetimi anlamına gelecektir. Kaldı ki, doktrinde de ifade edildiği üzere, toplumsal gelişmeler sebebiyle anayasanın değiştirilemez maddelerinin değiştirilmesi gerekebilir. Aldıkça, Orhan: *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 361.

22 Aynı yöndeki görüş için bkz. Dursun, Hasan: "Anayasa Değişiklikleri Esas Bakımından Denetlenebilir mi?", *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 47, s. 63-65; Aydın: s. 323.

23 Turhan, Mehmet: "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", *Ankara Üniversitesi S.B.F. Dergisi*, S. 62, C. 3, s. 382; Can, Osman: "Meclis, Anayasa'yı Mahkemeye Karşı Korumalı", (Yıldırım Oğur ile röportaj), *Taraf Gazetesi*, 12.06.2010. Aldıkça: s. 261.

24 Turhan, Mehmet: "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri", *Ankara Ü.H.F.D.*, C. 33, S. 1-4, s. 68.

üstün kabul ederek bu yolla anayasa değişikliklerine dâir kanunlara karşı esas denetimi yapmayı hukukî bir dayanağa kavuşturmak yanlıştır.<sup>25</sup> Kaldı ki, usûlüne uygun olarak kabul edilen bir anayasa değişikliğinin anayasada yer almakta olan eşdeğer başka bir anayasa hükmüne aykırılığı yönünden denetlenmesi kabul edilemez<sup>26</sup>.

Ne var ki, Anayasa Mahkemesi, 2010 Anayasa değişikliği paketiyle ilgili denetiminde, verdiği karardaki çelişkili yaklaşımları<sup>27</sup> bir yana, Anayasanın ilk üç maddesini şekil kriteri olarak kabul etme anlayışını devam ettirmiştir<sup>28</sup>. Anayasa Mahkemesinin bu tutumu, doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere<sup>29</sup>, Anayasanın başlangıç metnin dördüncü paragrafında ifade edilen; “Kuvvetler ayrımının, devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu...” hükmüne de aykırıdır. Ayrıca, hiçbir demokratik Avrupa ülkesinde anayasa değişikliklerine dâir kanunların esas denetimine tâbi tutulduğuna dâir bir örnek bulunmamaktadır<sup>30</sup>.

Sonuç olarak, anayasa yargısı bakımından Anayasa Mahkemesinin yargısal denetimi sınırsız değildir<sup>31</sup>. Hele hele, Anayasa Mahkemesinin, karar verirken kanun koyucu gibi hareket etme yetkisini kendisinde görmesi asla kabul edilemez<sup>32</sup>. Aksine bir yaklaşım, daha öncede ifade edildiği üzere Anayasanın 153 üncü maddesinin ikinci fıkrasında ihlâlî anlamına gelir. Buna ilâve olarak belir-

25 Aldıkaçtı: s. 362; Özbudun (2008): s. 260; Özbudun (2008): s. 172. Anayasa normları arasında bir hiyerarşik yapılanmanın olduğunu, dolayısıyla hiyerarşik yapıda altta yer alan normların üstte yer alan normlara aykırı olmayacağını, aykırılık halinde denetimin kabil olduğunu savunan görüş için bkz. San, Coşkun: *Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara 1981, s.117, 118; Yayla: s. 44.

26 Gören, Zafer: *Anayasa Hukukuna Giriş*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2. Baskı, İzmir 1999, s. 353.

27 Anayasa Mahkemesi 2010 Anayasa değişikliği paketiyle ilgili verdiği kararda, bir yandan anayasa değişikliklerini hari kanunların sâdece şekil denetimine tâbi olduğunu ve bu denetimin de Anayasada sayılan kriterler kapsamında geçerli olduğunu ifade etmiş olmasının yanı sıra aynı kararında esas bakımından denetleme yetkisinin olmadığını da belirtirken, öte yandan Anayasanın ilk üç maddesinin, özellikle ikinci maddede sayılan Cumhuriyetin niteliklerini, kanaatimizce bir parça kanuna karşı hile mahiyetindeki yorumuyla şekil kriteri olarak kabul etmek suretiyle esas denetimi yapma yetkisini kendisinde görmesi göz ardı edilemeyecek çelişkilerdir. Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 7/7/2010 tarihli ve E. 2010/049, K. 2010/087 sayılı kararına.

28 Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 7/7/2010 tarihli ve E. 2010/049, K. 2010/087 sayılı kararı.

29 Tunç, Hasan: “Anayasa Mahkemesinin Siyasi Yapısı”, *Selçuk ÜHFD*, (Prof. Dr. Coşkun Üçok'a armağan), .C. 2, S. Konya 1989, s. 211.

30 Can (2007): s. 111.

31 Hakyemez, Yusuf Şevki: “Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi ve Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya Aykırı İçtihadı”, *Liberal Düşünce Dergisi*, S. 57-58; s. 87; San: s. 119.

32 Doktrinde, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının zorunlu olarak bir hukuksal duruma sebebiyet verdiği, bu nedenle aslında Anayasa Mahkemesinin kanun koyucu gibi hareket ettiği sonucuna ulaşılamayacağı ifade edilmiştir. Bkz. Kanadoğlu, Korkut: “Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi”, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, S. 25, Ankara 2008, s. 63. Ancak, örneğin, Anayasa Mahkemesinin, yasal dayanağı olmadığı halde yürürlüğün durdurulmasına karar verme yetkisini kendisinde görmesi, 2007 yılında Cumhurbaşkanı seçimlerinde krize neden olan toplantı ve karar yetersayılarıyla ilgili yaklaşımları, Anayasa değişiklikleri bakımından esas denetimi yapma yetkisi olmadığı halde dolaylı yollardan bu yetkiye kendisini sâhip görmesi gibi hususlar dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesinin kanun koyucu gibi hareket ettiği, dolayısıyla Mahkemenin verdiği kararlar bakımından sâdece yeni hukuksal sonuçlar doğurmaya matuf çerçevede kalmadığı ifade edilebilir. Daha ayrıntılı ve fazla örnek için bkz. Atar, Yavuz: “Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması”, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, S. 25, Ankara 2008, s. 107-112.



tilmelidir ki, Anayasa Mahkemesinin bu tutumu, Anayasanın 11 inci maddesinde ifade edilen; “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır” şeklindeki Anayasanın üstünlüğü ilkesinin hem yasama hem yürütme, hem de yargı bakımından ifade ettiği anlama aykırılık teşkil edecektir. Oysa doktrinde, herkesin üzerinde ittifak ettiği husus, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığının yasama ve yürütmenin yanı sıra yargı bakımından da geçerli olduğudur<sup>33</sup>. Anayasanın 138 inci maddesinin ilk fıkrasında yer alan; “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler” hükmüyle aynı durum teyit edilmiştir.

## Sonuç

Anayasanın ikinci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında, demokratik devletten de söz edilmektedir. Değiştirilemez maddeler arasında da yer almakta olan demokratik devletin asgarî gereklerinden biri olan serbest seçimler<sup>34</sup> (hal-koyu da bu anlamda bir tercihte bulunma şansının halka sunulması bağlamında, gerçek anlamda bir seçim olmamakla beraber evet ya da hayır oyu kullanmak suretiyle halkın yönetime iştirakidir) olduğu göz önünde bulundurulduğunda, Anayasa Mahkemesi bunu engellemek ya da bunu göz ardı etmek suretiyle söz konusu değiştirilemez maddeyi çiğnemiş olmayacak mıdır? Bir taraftan, etrafından dolanmak suretiyle değiştirilemez ilk üç maddeyi şekil kriteri olarak kabul edip, diğer taraftan da değiştirilemez maddeler arasında yer almakta olan biraz önce ifade ettiğimiz demokratik devleti hiçe saymak pek yaman bir çelişki olmayacak mıdır? Böyle bir yaklaşım, herkes gibi, Anayasaya uymak zorunda olan Anayasa Mahkemesinin Anayasayı kendine uydurması anlamına gelmez mi? Halbuki Anayasa hükümlerinin Anayasa Mahkemesi bakımından da sonuç doğuracağı, Mahkemenin, karar verirken Anayasayla çizilen çerçevenin dışına çıkmaması gerektiği herkesin haklı ve ortak bir beklentisidir<sup>35</sup>.

Yine, Anayasanın 6. maddesinin ilk fıkrasına göre; “Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir”. İlk kez 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanununda yer alan ve Anayasanın en devrimci maddesi olarak doktrinde ittifak halinde kabul gören bu madde, egemenliğin aslî sahibi olan halka sorulmak üzere, Anayasa değişikliğine dâir kanunun referanduma sunulduğu halde, Anayasa Mahkemesince denetim talebinin kabul edilmesi suretiyle engellenerek ihlâl edilmiş olmayacak mıdır?<sup>36</sup> Eğer böyle ise Anayasa Mahkemesi karşı bir devrim gayreti vermiş olmak bir yana,

33 Kubalı, Hüseyin Nail: *Anayasa Hukuku Dersleri*, Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, İstanbul 1971, s. 95; Dal: s. 148; Aldıcağı: s. 194.

34 Demirci, Fatih: “1982 Anayasası’nda Demokratik Devlet İlkesi: Kavramsal ve Yapısal Bir Analiz Denemesi”, *Gazi Üniversitesi HFD*, C. XII, S. 1-2, s. 651.

35 Tunç: s. 229, 230; Hakyemez: s. 88.

36 Anayurt (2008): s. 22, 23.



TBMM'nin kurucu iktidar olma yetkisini elinden alarak aynı zamanda, Anayasanın 7. maddesinde ifade edilen; "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez". Hükmünü de ihlâl etmiş olmayacak mıdır? Anayasa Mahkemesi, bir aykırılığı düzeltmek için Anayasanın birçok hükmünü ihlâl etme yetkisine sâhip midir? Eğer böyleyse bu durum kaç yaparken göz bozmak anlamına gelmeyecek midir?

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin devletin tek hâkimi gibi, varlık kaynağı olan anayasal çerçevenin dışına çıkma pahasına son sözü söyleme yetkisine sâhip olarak hareket etmesi doğru değildir. Başka bir açıdan bakıldığında, 1876 Kanun-ı Esasisinin ilk şekli bakımından bütün kamu hukukçularının üzerinde ittifak ettiği eleştirel bir durum olarak, pâdişahın istemediği bir değişikliğin hiçbir şekilde yapılamayacak oluşudur. Kısaca üzerinde ittifak edilen eleştiri noktası, pâdişahın kanunlar üzerinde mutlak veto yetkisine sâhip oluşuydu. Bugün aynı yetkiye Anayasa Mahkemesi mi soyunmaktadır sorusu, ciddî önem arz eder hale gelmiştir.

Doğru olan, hukuk kuralları çerçevesinde uyuşmazlıklara çözüm bulmaktır. Yoksa uyuşmazlığa göre kural üretmek, uyuşmazlığa göre hukuku uydurmak hukukun katli anlamına gelecektir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin, Anayasaya göre uyuşmazlığı çözmek yerine, uyuşmazlığa göre anayasa üretme gayretinde olması, ne hukuken izahı mümkün olan bir şeydir ne de meşruluğu savunulabilecek bir yaklaşımdır. Bugün, basında Anayasa Mahkemesinin menfaatine olan konularda iptal kararı vermediği, menfaatleriyle çelişen konulardaysa iptal kararı verdiği yönünde bir tereddüttün hâsıl olması ise<sup>37</sup>, tarafımızca kabul edilemeyecek, ancak dikkat edilmeye değer bir problemlerin olduğunu, dolayısıyla geniş çaplı bir yargı reformunun yapılmasının zorunlu hale geldiğini ortaya koymaktadır<sup>38</sup>.

37 Tarhan, Nevzat: *Teröre Karşı Bir Milyon Kişi Neden Yürüyemez?*, "http://www.haber7.com/haber/20100623 /Terore-karsi-bir-milyon-kisi-neden-yuruyemez.php", Erişim tarihi: 24.06.2010.

38 Salihpaşaoğlu, Yaşar: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye. Bazı Rakamlar ve Gerçekler", *Gazi Ü. HFD*, C. XIII, S. 1-2, s. 276.