

1961 ve 1982 ANAYASALARINDA ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

* Murat ŞEN

GİRİŞ:

Bir devletin ana kuruluşunu ve kişilerin temel hak ve hürriyetlerini belirleyen kurallar bütünü, o devletin anayasal düzenini oluşturur (1). Günümüzde az sayıdaki istisnalar bir tarafa bırakılacak olursa, hemen bütün devletlerde anayasal düzenin yazılı bir anayasaya dayandığı görülmektedir (2). Anayasal düzenin yazılı bir anayasaya dayanmadığı ülkelerde de anayasal düzene ilişkin bazı yazılı belgeler bulunabilir (3). Fakat bunlar, ya İngiltere örneğindeki gibi bazı yazılı belgelerin yanında çok sayıda anayasal teamül ve anayasal uygulamalarda görüldüğünden; ya da İsrail örneğindeki gibi farklı tarihlerde yürürlüğe konmuş birbirinden farklı metinlerde yer alan anayasal kuralların varlığından dolayı, yazılı anayasaya sahip olmayan ülke kabul edilmektedir (4).

Yazılı anayasaların yaygın bir hale gelmesinin temelinde, değişen iktidar ilişkilerinin yeni biçiminin yazılı kurallarla belirtilmesi ihtiyacının yanında, federal yapıli devletlerin ortaya çıkması sonucu federal otorite ile yerel otoritelerin yetki bölüşümünü yazılı bir biçimde düzenlenmesi yatmaktadır. Devletin ana kuruluşunu yazılı bir biçimde belirleyip güvence altına almak ihtiyacı, bu kuralların değiştirilmesinin çeşitli düzenlemelerle zorlaştırılması düşüncesini

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

- (1) Turhan Feyzioğlu, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi, Ankara 1951, s. 6-7; Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, İstanbul 1986, s. 143; Erdal Onar, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara 1993, s. 1; Hasan Tunç, Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu, Erzincan 1992, s. 1.
- (2) Cem Eroğul, Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi), Ankara 1974, s.81, 89. Eroğul, inceleme dolayısıyla ele aldığı 137 ülkenin sadece 12 tanesinin anayasasının teamüli anayasa (tedvin edilmemiş

de beraberinde getirmiştir (5).

Anayasanın değiştirilmesi, sıradan kanunların değiştirilmesine göre hiçbir fark içermiyorsa yumuşak anayasadan; sıradan kanunların değiştirilmesine göre zorlaştırılmış ise, katı anayasadan söz edilir (6). Bu ayırım, sadece teorik bir önem taşır. Çünkü kural olarak, her iki tür anayasanın da değiştirilmesi diğer kanunlara göre az veya çok zorlaştırılmıştır (7). Bu zorlaştırıcı olan düzenlemeler arasında, değişiklik için gerekli teklif ve kabul yeter sayılarının yükseltilmesi ve değişiklik süresinin uzatılması gibi durumlar sayılabilir.

Anayasaların değiştirilmesini bu tür düzenlemelerle zorlaştırmanın ötesinde, kurucu iktidar, bazı maddelerin değiştirilmesini tamamen yasaklayarak maddi bir katılık da oluşturmuş olabilir (8). Bu gibi durumlarda, anayasayı değiştirme yetkisine getirilen sınırlamalarla, milletin bir bakıma o alandaki düzenleme için egemenliğinden vaz geçmiş sayılacağı da düşünülebilir (9). Ayrıca, anayasa değişikliği için hukukî yolların tıkanması ihtilalci girişimlere de yol açabilir (10). Buna rağmen yine de çeşitli anayasalarda bazı maddelerin değiştirilmesinin yasaklandığı görülmektedir (11).

Bu çalışmada, 1961 ve 1982 Anayasalarına göre anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi incelenecektir. Konu incelenirken, öncelikle 1961 Anayasası döneminde anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi, ilk şeklindeki durum ve 20.9.1971 tarihinde 1488 sayılı kanunla değiştirilmiş durum olmak üzere iki ayrı başlık altında ele alınacaktır. Sonra ise, 1982 Anayasasında anayasa

(5) Onar, s. 2.

(6) Coşkun San, *Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri*, Ankara 1974, s. 33- 34; Teziç, s. 163-164; Selçuk Özçelik, *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri Umumi Esaslar, C. I, İstanbul 1978*, s. 213, 216.

(7) Eroğul, s. 177.

(8) Onar, s. 3; Eroğul, s. 20.

(9) Teziç, s. 169; Onar, s. 4.

(10) Teziç, s. 171.

(11) San, s. 80- 81; Teziç, s. 170. Örneğin, Fransa'da şu an yürürlükte olan 1958 tarihli 5. Cumhuriyet Anayasasının 89. maddesi, devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna ilişkin kuralın değiştirilmesini yasaklamıştır (Teziç, s. 170). Benzeri düzenleme Türkiye için de söz konusudur. 1982 Anayasasının 4. maddesine göre, "Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez".

değişikliklerinin yargısal denetimi, denetimin türü ve kapsamı ile denetim yolları başlıkları altında ayrı ayrı tetkik edilecektir.

Ş 1. GENEL OLARAK ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

Kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin mümkün olduğu ülkelerde, anayasa değişikliklerinin de bu denetime tâbi olup olmayacağı hususu bir takım sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Gerçekten, kanunların yargısal denetiminde, hiyerarşik bakımdan onlara göre daha üstün durumda olan Anayasa normları ölçüt alınacağına göre, bu yargısal denetimin mantığı anlaşılabilir (12). Ancak yargısal denetimin konusu, kanunların anayasaya uygunluğu değil de, anayasanın kendi normlarının değişikliklerine ilişkin olursa, bu durumda değişikliğin, şekil denetimi (13) açısından da ortaya bir sorun çıkarmaması beklenir (14). Çünkü, anayasa değişiklikleri de, biçimsel olarak birer kanundur (15). Dolayısıyla, bir anayasa değişikliği teklifinin kabul edilip anayasanın yeni bir normu haline gelebilmesi, her şeyden önce, bu değişikliğin anayasada öngörülen usule uygun olarak yapılmış olmasına bağlıdır. Bu nedenle de, anayasada değişiklik öngören bir kanunun, anayasada öngörülen usul ve şekil şartlarına uygun olarak kabul edilip edilmediğini belirleyecek olan şekil denetimini Anayasa yargısının yetkisi içinde görmek gerekecektir (16). Kaldı ki, kanunların

-
- (12) Metin Kırathı, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, Ankara 1966, s. 8; Feyzioğlu, s. 1-77.
- (13) Bilindiği gibi şekil denetimi, değişikliğin anayasada öngörülen usule uygun olarak yapılıp yapılmadığının denetimi anlamına gelir (Servet Armağan, *Anayasa Mahkememizde Kazaî Murakabe Sistemi*, İstanbul 1967, s. 105). Teziç, "burada teknik açıdan şekilden çok "usul"den sözemenin daha doğru olacağını; çünkü bir kanunun yapılışında, anayasa ve içtüzükte öngörülen kurallara uyulmasının bir usul sorunu olduğunu; buna karşılık kanunun, yazılı bir metin halinde Resmî Gazete'de yayınlanmasının şekil ile ilgili bir konu olduğunu" belirtmektedir. Bkz. Teziç, s. 183.
- (14) Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1986, s. 126; Onar, s. 131.
- (15) Özbudun, s. 126.
- (16) Kırathı, s. 104-105'de, "bazı ülkelerin hukuk sistemlerinde, anayasa seviyesinde kanunlar kabul edilmiştir. Bunlar anayasayı değiştirmemekle beraber, anayasa alanına giren bir konuyu düzenlerler ve "anayasasal kanun" veya "anayasa kanunu" diye adlandırılırlar. İşte bu anayasasal kanunlar veya anayasa değişiklikleri de, diğer kanunlar gibi, anayasaya uygunluk

anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli olan mahkeme, anayasada açık bir hüküm olmasa bile, anayasa değişikliklerinin anayasada belirtilen usul ve şekil şartlarına uygunluğunu denetleme yetkisini kendinde görebilir (17).

Buna karşın aynı şeyi, anayasa değişikliklerinin esas açısından denetimi için söyleyebilmek kolay değildir. Anayasa değişikliklerinin esas yönünden anayasaya uygunluğunun denetimi, tamamen farklı bir sorundur. Esas bakımından denetim, birçok problemin ve tartışmanın kaynağı olmuştur (18). Çünkü, usulüne göre yapılan bir değişiklikten sonra yürürlüğe girmiş olan yeni bir anayasa normunun, esas açısından yapılacak denetiminde ölçüt olarak ne alınacaktır (19)? Bu yeni norm da artık anayasanın bir parçası, bir normu olduğuna göre, bunun esas açısından denetime tabi tutulmasını savunabilmek için, ancak anayasa üstü bazı ilkelerin varlığı veya anayasanın bazı normlarının, hiyerarşik bakımdan diğerlerine göre daha üstün olduklarının kabulü gerekir (20). Çünkü, usulüne uygun olarak yapılmış bir anayasa normunun, kendisiyle eşdeğerli olan bir başka anayasa normuna uygun olup olmadığını denetlemek, mantıken mümkün görünmemektedir (21). Ancak, sözünü ettiğimiz gibi, anayasa üstü bir takım hukuk normlarının bulunması durumunda, anayasanın yeni normunun getirdiği düzenlemenin, anayasa üstü ilkelere veya anayasanın üstün normlarına uygunluğunun yargısal denetimi söz konusu olabilir (22).

Bu durumda da, hangi ilke ve normların, denetimde ölçüt olarak alınacağı sorunu ortaya çıkabilir (23). Nitekim, ülkemizde anayasa

bakımından denetlenebilir mi? Avusturya ve İtalya'da anayasa değişikliklerinin ve anayasasal kanunların maddi bakımdan anayasaya uygunluğu denetlenemez. Fakat şekli bakımdan, yani anayasada yazılı usul ve şartlara uygun olarak meydana gelip gelmedikleri denetlenebilir...Türkiye'ye gelince, "anayasasal kanun" kavramı, Türk hukukunda kabul edilmemiştir... Anayasa değişikliklerinin şekli bakımından...diğer ülkelerdeki gibi denetleneceğine şüphe yoktur" demektedir.

(17) Özbudun, s. 126.

(18) Eroğul, s. 164.

(19) Özbudun, s. 126; Onar, s. 133.

(20) Feyzioğlu, s. 6, 231-234; Armağan, Kazaî Murakabe, s. 123-124; Eroğul, s. 165; Özbudun, s. 126.

(21) Özbudun, s. 126.

(22) Eroğul, s. 164-165.

(23) Onar, s. 135.

yargısına ilk kez yer vermiş olan 1961 Anayasası (24) döneminde, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi, bu tür tartışmalara yol açmış ve bu nedenle konu, 1982 Anayasasında daha değişik bir biçimde düzenlenmiştir.

Belirtmek gerekir ki, 1961 Anayasası anayasa değişikliklerinin hem şekil hem de esas bakımından yapılmasını aramışken, 1982 Anayasası bunun sadece şekil bakımından yapılacağını öngörmüş bulunmaktadır.

1961 ve 1982 Anayasalarının, anayasa değişikliklerine ilişkin yargısal denetimleri farklı düzenlemiş olmalarından dolayı, konu, burada, her iki anayasaya göre ayrı ayrı ele alınacaktır.

Ş 2. 1961 ANAYASASINDA ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

1961 Anayasasının anayasa değişikliklerine ilişkin yargısal denetimini, ilk şeklindeki durum ve 20.9.1971 tarihinde 1488 sayılı kanunla yapılmış değişiklikten sonraki durum olmak üzere iki ayrı başlık altında incelemekte yarar vardır.

I. 1961 Anayasasının ilk Şeklindeki Durum

09.7.1961 tarihinde 334 sayılı kanunla kabul edilmiş olan 1961 Anayasası, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen 147. maddesinin birinci fıkrasında, "Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetler" hükmünü getirerek, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunun denetiminden söz etmekte, anayasa değişikliklerinin denetimine ise yer vermemekteydi (25).

Ancak, bu dönemde Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin de bir kanun olmasından hareket ederek, kendisinin bunları denetlemeye yetkili görmüş ve bu denetimin kapsamını, hem şekil hem de esas bakımından denetim olarak belirlemiştir (26).

-
- (24) Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, 4. B., İstanbul 1982, s. 356; Hasan Tunç, "Anayasa Mahkemesinin Siyasi Yapısı", İÜHFD, C. II, S. 2, Konya 1988, s. 230; Tunç, *İtiraz Yolu*, s. 1, 12.
- (25) İlhan Arsel, *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, bu. 1962, s. 434; Onar, s. 135.
- (26) Özkan Tikveş, *Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku*, İzmir 1982, s. 389, dn. 50; 22.4.1962 tarih ve 44 sayılı "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun"da da 1961 Anayasasındaki gibi, Anayasa

a- Şekil Denetimi

Bilindiği gibi, anayasa değişikliklerine ilişkin şekil denetimi, değişikliği öngören kanunun şekil yönünden denetimidir ve bu, kanunun Anayasada belirtilmiş usul ve şekil kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmadığının araştırılmasını kapsar (27).

1961 Anayasası, anayasa değişikliklerine ilişkin denetimini hem şekil hem de esas bakımından sürdürmüştür. Nitekim, Anayasa Mahkemesi, bu dönemde önüne gelen ilk anayasa değişikliğinin iptali isteminde,

“1961 Anayasasında yapılacak değişikliklerin, Anayasa'nın 155. maddesinde yer alan usul ve şartlara uyulmak suretiyle çıkarılacak kanunlarla mümkün olabileceği ortadadır...

Anayasa'da değişikliği öngören bir kanunun, ...mevcut bir Anayasa ilkesini değiştirebilmesi, kaldırabilmesi veya yeni bir Anayasa ilkesi koyabilmesi için, o kanunun Anayasa'nın 155. maddesinde yer alan hükümlere uygun olarak teklif edilmiş olması ve yasama meclislerinde de yine aynı hükümlere uygun biçimde görüşülüp kabul edilmiş bulunması gerektiğinde kuşku yoktur...

Şu halde anayasa değişikliğini öngören kanunların da teklif ve kabullerinde 155. maddedeki usul ve şartlara uyulmuş bulunulup bulunmadığı açısından, Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi tutulmaları zorunludur”

gerekçesiyle verdiği kararında (28), anayasa değişikliklerinin şekil açısından Anayasaya uygunluğunu denetleyebileceğini belirtmekteydi.

mahkemesi tarafından yapılacak olan kanunlar ve içtüzüklerdeki anayasaya uygunluk denetiminin şekil ve esas bakımından yapılacağına dair bir düzenleme mevcut değildir. Böyle bir ayırımı, Anayasa mahkemesinin kararlarında rastlanmaktadır. Nitekim, 16.11.1965 t. ve E. 1964/38, K. 1965/59 sayılı kararında, “...Anayasa...kanunların yargı denetimine bağlı tutulmasını 147 nci maddesinde kabul etmiştir. Bu maddede, Anayasa Mahkemesinin, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasa'ya uygunluğunu denetleyeceği açıklanmıştır. Mutlak olan bu hüküm, kanunların gerek şekli ve gerek esas bakımlarından Anayasa'ya uygunluğunun Mahkememizce denetlenmesini kapsamaktadır...” demektedir. (Bkz. AMKD, S.3, s. 283-284).

(27) Özbudun, s. 365.

(28) Anayasa Mahkemesinin 16.6.1970 t., E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı kararı. Bkz. AMKD, S. 8, s. 322-323).

b- Esas Denetimi

Bilindiği gibi esas denetimi, kanunun veya Anayasada sayılan diğer normların muhtevasının Anayasa hükümleri ile çatışıp çatışmadığının denetlenmesi anlamına gelir (29). Başka bir ifadeyle, esas bakımından Anayasaya uygunluk, normun orjinal hükmünün, maddi hukuk açısından, Anayasa hükümlerinin dış hududunu aşmaması demektir (30). Denetlenen normun Anayasaya aykırılığı çok çeşitli sebeplerle ortaya çıkabileceği için, esas yönünden Anayasaya aykırılık durumlarını tam olarak tanımlamak ve sınıflandırmak güçtür (31).

Anayasanın 147. maddesinde, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri belirtilirken, yapılacak denetimin türünden söz edilmemekteydi. Fakat Mahkeme, 1965 yılında verdiği bir kararında (32),

“Anayasanın, değiştirilme şekli ve şartları 155 inci maddesinde gösterilmiştir. Oradaki usullere uyularak, Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm hariç olmak üzere, Anayasa hükümlerinin değiştirilebileceğinden şüphe edilemez.

Ancak Anayasa'nın bu maddesinde (değiştirilme) den söz edilmesi sebepsiz değildir. Bu maddeyi hazırlayan Kurucu Meclisin ve Anayasayı kabul ve (hürriyete, adalete, fazilete aşık evlatlarının uyanık bekçiliğine emanet) etmiş bulunan Türk Milletinin Anayasa'nın ve niteliklerini belirttiği hukuk devletinin temelinden kaldırılması ile onun tam zıddı rejimlerin getirilmesini öngörmüş bulunduğu düşünülemez. 155 inci maddenin, Türk toplumunu daha ileri uygarlık düzeyine çıkarmak için, Anayasa'nın ruhuna uygun değişmelere imkan sağlamak amacıyla kabul edilmiş olduğu söz götürmez bir gerçektir. Ancak Türk toplumunu geriletici, temel hak ve hürriyetleri, hukuk devleti ilkesini yok edici, bir kelime ile 1961 Anayasa'sının özünü ortadan kaldırıcı ve bu niteliği ile (değişiklik) olarak kabul edilmesi caiz olmayan ve Anayasa'nın devredilmesini öngören maksatların, sözü geçen 155 inci

(29) Özbudun, s. 361.

(30) Özçelik, s. 108.

(31) Özbudun, s. 361.

(32) Anayasa Mahkemesinin 26.9.1965 t., E. 1963/173, K. 1965/40 sayılı kararı. AMKD, S. 4, s. 329.

maddenin gölgesinde gerçekleştirilebilmelerini düşünmek mümkün değildir”

diyerek, bir anayasa değişikliğinin hukuken geçerli olabilmesi için yalnızca değiştirme usulüne uyularak yapılmasının yeterli olmadığını; bu değişikliğin aynı zamanda “Anayasanın ruhuna uygun” bulunması, “Anayasanın özünü ortadan kaldırıcı” nitelikte olmaması gerektiğine de işaret etmiş ve böylece esas bakımından da denetim yaptığını vurgulamıştır. Daha sonraki kararlarında Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin esas denetimi için kullandığı bu ölçütleri biraz olsun netleştirmiştir (33). Mesela, Anayasa Mahkemesi bir başka kararında (34),

“1961 Anayasası, 9. maddesi ile bir değişmezlik ilkesi koymuştur. Bu maddeye göre (Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez).

Buradaki değişmezlik ilkesinin sadece (Cumhuriyet) sözcüğünü hedef almadığını söylemek bile fazladır. Yani Anayasa'da (Cumhuriyet) sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünenlerin Anayasa'nın bu ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin amacının, Anayasa'nın 1., 2. maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş, “Cumhuriyet” sözcüğü ile ifade edilen Devlet sistemidir. Bir başka deyimle, 9. madde ile değişmezlik ilkesine bağlanan “Cumhuriyet” sözcüğü değil, yukarıda gösterilen Anayasa maddelerinde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. Şu halde, sadece “Cumhuriyet” sözcüğünü saklı tutup, bütün bu nitelikleri, hangi istikamette olursa olsun, tamamen veya kısmen değiştirme veya kaldırmak suretiyle 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasa'ya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır.

Bu bakımdan bu ilkelere değişmeyi öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle

(33) Onar, s. 139.

(34) Anayasa Mahkemesinin 16.6.1970 t., E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı kararı. AMKD, S. 8, s. 323.

doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunamaz. Bu esaslara aykırı olarak çıkarılmış bulunan bir kanunun Anayasa'nın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir.

Görülüyor ki Anayasa değişikliğini öngören kanunlar üzerinde, Anayasanın 147. maddesi gereğince, Anayasa Mahkemesine esas yönünden de denetim görevi düştüğü meydandadır.

Bu nedenlerle söz konusu kanun, gerek biçim, gerekse esas yönünden Anayasa Mahkemesince denetlenebilmelidir."

diyerek, 1961 Anayasasının 9. maddesinde yer alan "Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif olunamaz" düzenlemesinden yola çıkmış; ve bu maddedeki değişmezlik ilkesinin amacının Cumhuriyet sözcüğünü değil, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç kısmında yer alan ilkelere dayanan Cumhuriyet rejimini korumak olduğunu belirtmiştir. Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerini esas yönünden de inceleme yetkisinin bulunduğunu bu kararında da belirtmiştir (35).

II. 1971 Değişikliğinden Sonraki Durum

1961 Anayasasının 147. maddesinin birinci fıkrası, 20.9.1971 tarihinde 1488 sayılı kanunla (36), değiştirilmiştir (37). Söz konusu değişiklik maddenin birinci fıkrası, "Anayasa Mahkemesi,

-
- (35) Anayasa Mahkemesinin bu konudaki başka kararları da vardır. Bunlardan Anayasa Mahkemesinin 13.4.1971 t., E. 1970/41, K. 1971/37 sayılı kararı için bkz. AMKD, S. 9, s. 428-429.
- (36) Söz konusu kanunla yapılan değişiklik, muhtemelen, Anayasa Mahkemesinin "anayasa değişikliğini öngören kanunların, gerek biçim gerekse esas yönünden Anayasa Mahkemesince denetlenebilmesini" ihtiva eden 16.6.1970 t., E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı kararına karşı bir tepki olarak gerçekleştirilmiştir (Özbudun, s. 128).
- (37) Bu değişikliğin gerekçesinde, "Anayasanın sadece kanunlara ve içtüzüklere hasrettiği bir denetleme yetkisinin, Anayasa Mahkemesince, Anayasa değişikliklerine teşmil edilemeyeceği tabiidir... Bu denetim yetkisinin, Anayasa değişikliğinin, sadece teklif, müzakere ve kabul edilmesine ait Anayasa hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunup bulunmadığı noktasına münhasır olduğu, esasa teşmil edilemeyeceği... tesbit olunmuştur" denilmektedir (Özbudun, s. 128).

kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya; Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler" şekline dönüşmüştür. Böylece, daha önceden Anayasada yer almadığı halde Anayasa Mahkemesinin kendisini yetkili bulduğu anayasa değişikliklerinin denetimi, artık doğrudan Anayasada düzenlenmiştir. Ancak, maddede anayasa değişikliklerinin denetiminin sadece şekil açısından yapılabileceğinin belirtilmesiyle, Anayasa Mahkemesinin o güne kadar kendisinde gördüğü anayasa değişikliklerinin şekil ve esas açısından denetleme yetkisi daraltılmıştır (38).

Ne var ki, anayasa değişikliklerine ilişkin denetimin sadece şekil bakımından yapılabileceğini öngören 147. maddedeki bu yeni düzenlemeye karşın, Anayasa Mahkemesi yine anayasa değişikliklerini, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyet'in niteliklerine ve başlangıçtaki ilkelere uygunluğu açısından denetlemeye devam etmiştir (39). Anayasa Mahkemesi, bu kez esas denetimi yapmaya devam etmesi sonucuna farklı bir gerekçe ile ulaşmış ve daha önce esas denetimi olarak değerlendirdiği faaliyetini, bu sefer şekil denetimi olarak ele almıştır (40). Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararlarında, Anayasanın değiştirilen 147'nci maddesi karşısında anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetiminin mümkün olmadığını kabul etmekle beraber, değişmezlik ilkesinin amacının sadece Cumhuriyet kelimesi değil, Anayasada nitelikleri belirtilmiş, Cumhuriyet rejimini korumak olduğu yolundaki eski görüşünü tekrarladıktan sonra, 9'uncu madde hükmünün "içeriği bakımından biçime ilişkin bulunan iki yönlü bir kuraldan oluş"tuğunu ileri sürmüştür. Bu iki yön, değişmezlik kuralı ve teklif yasağıdır (41). Anayasa Mahkemesine göre, bu kurallar birer şekil kuralıdır.

Anayasa Mahkemesinin bu yeni yaklaşımının ifadesini bulduğu karar şu şekildedir:

-
- (38) Servet Armağan, "1961 Anayasasının Son Değişikliğinden Sonra Anayasa Mahkemesi", İÜHFİM, C.XXXVII, İstanbul 1972, S. 1-4, s. 125-126; Tikveş, s. 389-390; Onar, s. 142; Özçelik, bu düzenlemeyle, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklikleri üzerinde şekil bakımından, yargısal denetim yetkisinin bulunup bulunmadığına ilişkin, önceden varolan bazı şüphe ve tereddütler de giderilmiştir, görüşündedir (Özçelik, s. 255).
- (39) Onar, s. 144; Özbudun, s. 128-129.
- (40) Teziç, s. 71-72; Onar, s. 144.
- (41) Özbudun, s. 128-129.

“Kanun ve o nitelikte bulunan Anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümleri birer biçim kuralı olduklarına göre, bunu yasaklayan bir kuralın dahi bir biçim kuralı olduğunda hiç kuşku yoktur. Çünkü bu yasak belli sayıdaki Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin esasında kendileri için bir hak (42) teşkil eden ve niteliği bakımından da bir yaşama işlemi olan Anayasa değişikliği teklif etmelerini önlemektedir. Başka bir deyimle, değişiklik teklifi, değişmezlik ilkesiyle çatışmıyorsa, Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygun olarak yöntemi içinde yürüyecek ve şayet çatışıyorsa, hiç yapılamayacak, yapılmış ise yöntemi içinde yürütülemez, yürütülmüş ise kabul edilip kanunlaşamayacaktır... 9'uncu maddede yer alan yasak kuralı da bir şekil şartı olduğundan, “dava konusu olan Anayasa değişikliği”, diğer şekil şartları arasında bu yasak açısından da Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmelidir” (43).

Anayasa Mahkemesi, bu görüşten hareket ederek, çeşitli tarihlerde verdiği kararlarda dört Anayasa değişikliğini iptal etmiştir (44).

Böylece, Anayasa Mahkemesi sanki 1971 değişikliği hiç yapılmamış gibi, yine anayasa değişikliklerine ilişkin denetimini, hem şekil hem de şekil görüntüsü altında esas yönünden sürdürmüştür (45).

Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararları, doktrinde ilginç tartışmalara neden olmuştur. Bazı yazarlar, Anayasa Mahkemesinin bu tutumunu onaylarken, diğer bazı yazarlar ise, söz konusu kararları Anayasa Mahkemesinin yetki alanı dışında bularak eleştirmişlerdir (46).

(42) Onar, burada “hak” yerine “yetki” sözcüğünün kullanılması gerektiğini söylemektedir (Onar, s. 145, dn. 20).

(43) Anayasa Mahkemesinin 15.4.1975 t., E. 1973/19, K. 1975/87 sayılı kararı (AMKD, S. 13, s. 430-431).

(44) Bu konuda geniş bilgi için bkz. Özbudun, s. 129-130; Onar, s. 147-148 dn.26.

(45) Teziç, s. 71-72; Özbudun, s. 130; Onar, s. 148.

(46) Bu konuda geniş bilgi için bkz. Özbudun, s. 130-131; Onar, s. 145-146.

Ş 3. 1982 ANAYASASINDA ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

I. Genel Olarak

1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddesinin birinci fıkrasında, "Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İttüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler..."

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" diyerek 1961 Anayasasının 20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı kanunla değiştirilmiş hükmünün aksine, şekil denetiminin sınır ve kapsamını belirten bir düzenleme getirmiştir (47). Bu açık hüküm karşısında, artık Anayasa Mahkemesinin, bir anayasa değişikliğini Cumhuriyetin özüne uygunluk açısından denetlemesi mümkün değildir (48).

II. Yargısal Denetimin Türü ve Kapsamı

a- Denetimin Sadece Şekil Açısından Yapılabilmesi

1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından denetleyebileceğini 148. maddesinin birinci fıkrasında hükme bağlamıştır. 148. maddenin ikinci fıkrasında ise, şekil bakımından yapılacak denetimin kapsamı belirlenmiştir: "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..."

Aynı hüküm, 10.11.1983 tarihli 2949 sayılı "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun"un (49) 21. maddesinin birinci fıkrasında da yer almaktadır: "Anayasa Mahkemesinin şekil bakımından denetimi, kanunlarda son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa

(47) Özbudun, s. 131-132.

(48) Özbudun, s. 132.

(49) Söz konusu kanunun metni için bkz. Tunç, İtiraz Yolu, s. 89 vd.

değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususlarıyla sınırlıdır”.

Demek ki, Anayasa Mahkemesi, kanunları şekil bakımından denetlerken, yalnız son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığını; anayasa değişikliklerinde ise teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşülememe şartına uyulup uyulmadığını dikkate alabilecektir. Burada belirtilen, teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşülememe şartlarının ayrı ayrı açıklanmasında yarar vardır.

aa- Teklif Çoğunluğu

1982 Anayasasının, Anayasanın değiştirilmesi kenar başlığını taşıyan 175. maddesi 17.5. 1987 tarihli ve 3361 sayılı yasa ile değiştirilmiştir. Değişikle, madde kenar başlığı “Anayasanın değiştirilmesi, seçimlere ve halkoylamasına katılma” şekline dönüşmüştür.

Söz konusu 175. maddenin birinci fıkrası, 1987’de yapılan değişiklikten önce şöyleydi: “Anayasanın değiştirilmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler ivedilikle görüşülemez...”.

17.5.1987 tarihinde 3361 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra madde şu şekli almıştır: “Anayasanın değiştirilmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür...”.

17.5.1987 değişikliğinden önce ve sonra 175. maddenin birinci fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişikliklerini denetlerken bakabileceği hususlardan biri, değişiklik teklifinin Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından ve yazıyla yapılıp yapılmadığıdır. Söz konusu teklif yetersayısı, bir anayasa değişikliği sürecini başlatabilmek için aranmaktadır (50). Bu süreç bir kez başladıktan sonra, değişiklik teklifinin görüşülmesi Anayasada öngörülen usule göre sürerken, gerek komisyon incelemesi sırasında, gerek Genel Kuruldaki görüşmelerde, değişiklik teklifi üzerine yapılması önerilen bazı değiştirmeler için, artık Meclis üye tamsayısının üçte birinin imzasının aranmasına gerek yoktur. Ancak bu değiştirme

(50) Onar, s. 45.

istemlerinin, görüşülmekte olan değişiklik teklifi ile ilgili olması gerekir. Eğer, değiştirme istemlerinin, görüşülmekte olan değişiklik teklifi ile hiç bir ilgisi yoksa; bu istemlerin kabul edilmesi durumunda, söz konusu değişikliğin, teklif yetersayısı açısından Anayasaya aykırılığı ileri sürülebilir (51). Aynı bu durum gibi, Cumhurbaşkanınca bir kez daha görüşülmesi için Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne geri gönderilen bir anayasa değişikliğinde, Cumhurbaşkanı, incelemiş olduğu metinle hiç ilgisi olmayan bir değiştirmenin yapılmasını istiyorsa, bu durumda da, anayasa değişikliğinin teklif yetersayısı açısından sakat olacağı savunulabilir.

bb- Oylama Çoğunluğu

Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişikliklerini denetlerken teklif yetersayısından başka dikkate alacağı bir diğer husus, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte üç çoğunluğuyla kabul edilmiş olup olmadığıdır.

Anayasanın 175. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi, "Değiştirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür" hükmü ile bu durumu düzenlemiş bulunmaktadır. Bu beşte üç çoğunluk, değişiklik teklifinin tâbi tutulduğu her aşamadaki oylamada aranmaktadır (52). Bu sebeple de Anayasa Mahkemesi, bir anayasa değişikliği kanununun gerek maddelerine geçilmesi sırasında, gerek maddelerinin kabulünde, gerekse kanunun tümü üzerindeki son oylamada, beşte üçlük yetersayısının sağlanmış olup olmadığını denetleyebilecek demektir.

Nitekim, anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetiminin sınırlarını belirleyen 148. maddenin ikinci fıkrası, kanunların denetiminde sadece "son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı"nın dikkate alınacağını belirtirken; anayasa değişikliklerinde "son oylama"dan değil, "oylama çoğunluğu"ndan söz edilmektedir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinde sadece son oylamayı değil, anayasa değişikliğine dair kanunun maddelerine geçilmesi ve maddelerinin kabulü aşamalarındaki oylama çoğunluğunu da denetleyebilecektir.

Bu arada belirtmek gerekir ki, Anayasanın 175. maddesinin üçüncü fıkrası gereği, Cumhurbaşkanınca bir kez daha incelenmesi için Meclise geri gönderilen bir anayasa değişikliğinde, Meclisin,

(51) Onar, s. 151-152.

(52) Onar, s. 152.

Cumhurbaşkanının geri gönderme gerekçesini benimsemeyip, kendi ilk metnini aynen kabul edebilmesi için Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu gerektiğine göre; Anayasa Mahkemesi de bunu (aynen kabul edilmiş anayasa değişikliğini) oylama çoğunluğu açısından denetlerken, üçte iki çoğunluğun sağlanıp sağlanmadığına bakacaktır.

cc- İvedilikle Görüşülememe Şartına Uyulup Uyulmadığı

1982 Anayasasının 175. maddesinin 1987 senesinde 3361 sayılı kanunla yapılan değişikliğinden önce, birinci fıkrasının üçüncü cümlesi, "Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler ivedilikle görüşülemez" hükmünü ihtiva ederken, bu ifade, 3361 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra, "Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurul'da iki defa görüşülür" şekline dönüştürülmüştür.

Bilindiği gibi, ivedilikle görüşme, teklifin "yalnız bir defa görüşülmesi"ni ifade eder (53). Başka bir ifadeyle, ivedilik usulü, kanun tasarı ve tekliflerinin Meclis Genel Kurulunda görüşülmesi sırasında normal olarak izlenen iki defa görüşme kuralından Meclis kararıyla sapılarak tek görüşme ile yetinilmesini ifade etmektedir (54).

Anayasanın 148. maddesinin ikinci fıkrasında, anayasa değişikliklerinin şekil denetiminin kapsamı belirtilirken, "ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı" da sayıldığına göre, anayasa değişikliğini öngören kanun teklifleri, ivedilikle yani yalnız bir defada görüşülemeyecektir. Bu durum, 1987 değişikliğinden sonra 175. maddede de "Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür..." hükmüyle açıklanmıştır. Başka bir ifadeyle, 148. maddenin ikinci fıkrası uyarınca, Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişikliklerini denetlerken dikkate alacağı son bir husus olarak belirtilen "ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı" ibaresinden, anayasa değişikliği teklifinin Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda iki defa görüşülüp görüşülmediğinin denetlenmesinin anlaşılması gerekir.

Anayasanın, anayasa değişikliklerinin görüşülmesinde ivedilik kararı alınmasını yasaklamasının, başka bir ifadeyle, genel kurulda iki defa görüşülmesinin istenmesinin amacı, anayasa değişikliklerinin aceleye getirilmemesi, konu üzerinde daha titizlikle durulması ve iki

(53) Teziç, s. 36.

(54) Özbudun, s. 124.

görüşme arasında kamuoyunun çeşitli yollardan ifade bulabilmesinin sağlanmasıdır (55).

Anayasa değişikliklerinin ivedilikle görüşülememesine karşılık, bunların "öncelikle" görüşülmesini yasaklayan bir Anayasa hükmü yoktur (56). Bilindiği gibi, öncelikle görüşme, bir tasarı ya da teklifin, meclis gündeminde yer alan başkaca konulardan daha önce görüşülmesi demektir (57). Öncelikle görüşmenin yapılabilmesi için, hükümetin ya da ilgili komisyonun (58) yazılı gerekçe belirtmesi şartı aranmaktadır (59). Anayasa Mahkemesi de bir kararında (60), öncelik ve ivediliğin hukuksal nitelik ve amaçları yönünden ayrı kurumlar olduklarını, bunların tek ortak yanının görüşmelerde çabukluk sağlamaktan ibaret bulunduğunu, eğer Anayasa koyucu anayasa değişikliklerinin öncelikle görüşülmesini de yasaklamak istemiş olsaydı bunu açıkça belirtebilecek olduğunu, dolayısıyla ivedilikle görüşme yasağının öncelikle görüşmeyi kapsamadığını belirtmiştir.

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi, bir anayasa değişikliğini şekil açısından denetlerken, onun izlemesi gereken süreçte ortaya çıkan her türlü aksaklığı dikkate alamayacak, sadece teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşülememe şartlarına uygun hareket edilip edilmediğini incelemekle yetinecektir.

b- Değiştirilmesi yasaklanmış olan maddelerin durumu

1982 Anayasasının 4. maddesi, "Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez" diyerek, 1., 2. ve 3. maddelerinin değiştirilmesini ve değiştirilmesinin teklif edilmesini yasaklamıştır.

Buna karşılık, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen 148. maddesi de, anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesince sadece şekil açısından denetlenebileceğini

(55) Özbudun, s. 124.

(56) Eroğul, s. 147-148; Özbudun, s. 124.

(57) Teziç, s. 36.

(58) Öncelik teklifinde bulunma yetkisi, İçtüzük'ün 74/II. maddesine göre, sadece hükümet ve ilgili komisyona aittir. Dolayısıyla, yasama üyelerinin böyle bir teklifte bulunma yetkileri yoktur (Eroğul, s. 147, dn. 50).

(59) Teziç, s. 36.

(60) Anayasa Mahkemesinin 15.4.1975 t., E. 1973/19, K. 1975/87 sayılı kararı, AMKD, S. 13, s. 452-454.

öngörmekte ve bu şekil denetimini, teklif ve kabul çoğunluğu ile değişikliğin ivedilikle görüşülüp görüşülmediği hususları ile sınırlandırmaktadır. Böyle olunca, Anayasanın bu iki maddesi, ortaya çelişkili bir durum çıkarmaktadır (61). Şu halde, teklif ve kabul yetersayısında eksiklik olmayan ve ivedilikle de görüşülmeyen bir anayasa değişikliği, değiştirilmesi yasaklanan maddelerden birine aykırı olan düzenleme getiriyorsa ne olacaktır (62)? Anayasa Mahkemesi, bu değişikliği, Anayasada değiştirilmesi yasaklanmış maddelerden birini değiştirdiği için iptal mi edecektir, yoksa, ortada denetleyebileceği bir şekil aksaklığı olmadığı için bu konuda kendisini yetkisiz mi bulacaktır?

Bu soruna doktrinde iki farklı şekilde yaklaşılmaktadır:

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, değiştirilmesi yasaklanmış bir konuda yapılan anayasa değişikliği yok hükmündedir (63) ve bu nedenle de Anayasa Mahkemesi böyle bir anayasa değişikliğini denetleyebilir, onun yokluğunu belirleyebilir (64).

(61) Özbudun, s. 132.

(62) Kaneti, Anayasada değiştirilmesi yasaklanmış maddelerin, diğer maddelerde yapılacak değişikliklerle, dolaylı olarak değiştirilebileceğine dikkat çekip, bu konuda Anayasada "örtülü bir boşluk" olduğunu ileri sürmekte ve değişmez maddelerin bu yoldan değiştirilebilmelerini önleyecek bir hukuksal güvenceye ihtiyaç duyulduğunu ifade etmektedir (Selim Kaneti, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'ndaki Boşlukların Anayasa Mahkemesi Tarafından Doldurulması", Anayasa Yargısı, 8, Ankara 1991, s. 81.

(63) İdarî bir kararın mevzuata, hukuka -herhangi bir cihetten- aykırılığı, bazı hallerde, bir yokluk sebebi teşkil eder. Yani karar yoklukla malûl sayılır. Bir kelime ile, karar gayrimevcut, keenlemeyekün, yok farzolunur. İptal ile yokluk arasında önemli farklar vardır: i- Yokluk iptalden daha ağır bir müeyyidedir. ii- Yoklukla malûl bir karar hiç doğmamış olduğu için, bunun idareye isnadı ve izafesi mümkün değildir, bu idarî bir karar sayılmaz. Halbuki iptale mahkum bir karar hukuken doğmuş, dünyaya gelmiştir, bu idarî bir karardır, iptal sebeplerinden biriyle malûldür, iptali istenebilir. iii- Yokluk, çok ağır ve kuvvetli bir müeyyide olduğundan, ancak çok ağır ve bariz aykırılık hallerinde söz konusu olur ki bu haller belirli ve sınırlıdır. Bir idarî karar, salahiyet gasbı, fonksiyon gasbı ve ağır ve bariz salahiyet tecavüzü durumlarında yoklukla malûldür. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Ragıp Sarıca, İdarî Kaza, İstanbul 1949, s. 55-60.

(64) Örneğin, Yayla, Anayasa Mahkemesinin değiştirilmesi yasaklanmış maddeler üzerinde yapılacak değişiklikleri denetleyebileceği ve varsa "yokluk benzeri sakatlık"ı, tesbit edebileceği görüşündedir (Yıldızhan Yayla, "1982 Anayasasına Göre Devletin Özü" İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Yıl 4, 1983, S. 1-3, s. 133-149)

Diğer bir görüşe göre ise, değiştirilmesi yasaklanmış maddelere yönelik değişiklikler üzerinde, Anayasa Mahkemesinin 148. maddede öngörülen şekil denetimi dışında ayrı bir denetim yetkisi yoktur (65). Anayasanın 148. maddesi, denetimin sadece şekil açısından yapılmasına izin verip, esas açısından denetleme yetkisi vermediğine göre, Anayasa Mahkemesinin, bir anayasa değişikliğinin değiştirilmesi yasaklanmış maddelere aykırı olup olmadığını denetleyememesi gerekir.

1982 Anayasasını hazırlayan kurucu iktidar, Anayasadaki değiştirilmesi yasaklanan hükümlerin kapsamını genişletirken, bu değiştirme yasağına uymayı sadece yasama organının takdirine bırakmayıp, Anayasa Mahkemesine bu maddeler üzerinde yapılacak değişiklikleri denetleme yetkisi vererek yargısal güvence altına alsaydı, şüphesiz ki, daha tutarlı davranmış olurdu (66).

III. Denetim Yolları

Anayasaya uygunluk denetiminin yapılmasında, "iptal davası" ve "def'i" olmak üzere iki yol vardır. Anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetlenmesi açısından bunlardan sadece iptal davası söz konusudur. Def'i yoluyla denetim ise Anayasa tarafından yasaklanmıştır. Bu iki denetim yolu ayrı ayrı ele alınmalıdır.

a- İptal Davası

aa- Genel Olarak

Anayasaya uygunluk denetiminin yapılmasında birinci yol, doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmasıdır. İptal davası yoluna, "soyut norm denetimi" de denmektedir (67).

İptal davası yoluyla, Anayasaya şekil bakımından aykırı olan kurallar iptal edilerek hukuk düzeni artırılmakta ve uygulamada Anayasanın üstünlüğü ilkesinin gerçekleşmesine çalışılarak kamu

(65) Onar, s. 162; Özbudun, "1982 Anayasası, anayasayı değiştirme yasağının kapsamını genişletirken, Anayasa Mahkemesinin bu konuda bir denetim yapması imkanını da ortadan kaldırmıştır. Bu durumda, değiştirme yasağının gerçek bir hukukî müeyyideden yoksun olduğu, bunun ancak Türkiye Büyük Millet Meclisine hitap eden manevi bir müeyyidesinin bulunduğu sonucuna varılabilir", demektedir (Özbudun, s. 132).

(66) Onar, s. 164.

(67) Yılmaz Aliefendioğlu, "Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu", Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s. 105.

yararı amacı güdülmektedir (68). Bu açıdan usulüne uygun olarak açılan bir iptal davasından vazgeçilmesi, ya da davayı açanın ölmesi davanın Anayasa Mahkemesi'nce incelenip karara bağlanmasını engellemez (69).

bb- İptal Davası Açmaya Yetkili Olanlar

1982 Anayasasının 148. maddesinin ikinci fıkrası, "...şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir." diyerek, kanunlar ve anayasa değişiklikleri için şekil bakımından anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal davasının, Cumhurbaşkanı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin beşte biri tutarındaki üyelerince açılabileceğini öngörmüştür.

Anayasanın, iptal davası kenar başlığını taşıyan 150. maddesi, "Kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanı, iktidar ve anamuhalefet partisi meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir..." hükmünü getirmiş; 151. madde de, dava açma süresini, "Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, iptali istenen kanun, kanun hükmünde kararname veya İçtüzüğü'nün Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak altmış gün sonra düşer" diyerek düzenlemiştir.

Böylece, 148. maddede getirilen düzenlemeyle, anayasa değişiklikleri ve kanunlar için şekil bakımından dava açabilecek olanlarla dava açma süresi, iptal davasına ilişkin genel kuraldan ayrılmış bulunmaktadır. Bunlardan dava açma süresi bir sonraki alt başlıkta ele alınacağı için burada sadece kimlerin dava açabileceğine yer verilecektir.

Bu arada belirtmek gerekir ki, 10.11.1983 tarih ve 2949 sayılı "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun"un 20. maddesinin son fıkrasına göre, "İktidar ve Anamuhalefet partilerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi grupları anayasa değişikliklerinin ve kanunların şekil bozuklukları iddiasıyla iptalleri için dava açamazlar". Bu hükümle, Anayasanın 148. ve 150.

(68) Aliefendioğlu, s. 105.

(69) Aliefendioğlu, s. 105.

madde hükümleri uzlaştırılmış ve anayasa değişikliği hakkında şekil aykırılığı iddiasıyla sadece Cumhurbaşkanı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin en az beşte bir tutarındaki üyelerinin iptal davası açabileceği ortaya konulmuştur.

Ancak, anayasa değişiklikleri ve kanunların şekil açısından Anayasaya aykırı olduğu için iptal davası açabilecek olanlarla, bir kanun hakkında esas açısından Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla iptal davası açabilecek olanlar arasında "niçin böyle bir ayırım gözetilmiş olduğunu anlamak kolay değildir" (70). Mamafih uygulamada iktidar ve anamuhalefet partileri, elbette beşte bir tutarındaki kendi üyelerine dava açtırmak suretiyle aynı sonucu sağlayabilirler (71). Başka bir ifadeyle, anamuhalefet partisinin Meclis üye tamsayısının beşte birine sahip olduğunda kendi üyelerine dava açtırmak şekil aykırılığı olan anayasa değişikliğini Anayasa Mahkemesi önüne götürmesi düşünülebilirse de; iki büyük partinin koalisyon hükümeti kurduğu hallerde, anamuhalefet partisinin beşte bir milletvekiline sahip olamaması ihtimalini de gözden uzak tutmamak gerekir. Bu nedenle de, en azından anamuhalefet partisi meclis grubuna da dava açma yetkisinin, tanınması gerekirdi (72).

Buna göre, anayasa değişiklikleri için şekil bakımından iptal davası açabilecek olanlar, Cumhurbaşkanı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biridir. Anayasa değişikliklerine ilişkin şekil yönünden iptal davası açabilecekler hakkındaki bu sınırlama, sadece kanunların ve bir kanun biçiminde gerçekleşen anayasa değişikliklerinin denetimi bakımındandır. Kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü, söz konusu sınırlamaya tâbi değildir (73). Dolayısıyla bunlar hakkında, iktidar ve anamuhalefet partileri Meclis grupları da iptal davası açabilirler.

aaa- Cumhurbaşkanı

Anayasa değişikliklerine ilişkin şekil yönünden iptal davası açabilecek olanlardan birincisi, Cumhurbaşkanıdır. Bu Anayasanın 148. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde ifadesini bulmuştur. Buna göre, "...şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanı veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir". şekil bakımından denetleme isteğinin ancak

(70) Özbudun, s. 373.

(71) Onar, s. 168; Özbudun, s. 373.

(72) Onar, s. 168.

(73) Aliefendioğlu, s. 111.

iptal davası yoluyla yapılabilmesinde kuşku yoktur. Nitekim, maddede bu hükmü takip eden cümlede, "...şekil bozukluğuna dayalı iptal davası..." ibaresi mevcuttur (74).

Cumhurbaşkanı iptal davası açabilmek için, Başbakan ve ilgili bakanların karşı-imzasına muhtaç değildir. Bu, niteliği gereği olarak, Cumhurbaşkanının tek başına kullanabileceği bir yetkidir (75). Gerçekten, anayasa değişikliğinin kabul edilmesinde en önemli rolü, çoğunluk partisi oynayacağına ve Bakanlar Kurulu da büyük bir ihtimalle bu parti tarafından kurulacağına göre, Başbakan ve ilgili bakanın kendi partilerinin oyuyla kabul edilmiş olan bir anayasa değişikliği için Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmasına izin vermeleri herhalde düşünülemez. Nitekim, 98. maddesinde "Cumhurbaşkanının bütün kararları, Başbakan ve ilgili Bakanlarca imzalanır" hükmünün yer aldığı 1961 Anayasası döneminde bile, Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanının bu yetkisini tek başına kullanabileceğine karar vermiş bulunuyordu (76). Cumhurbaşkanının, bazı kararları karşı-imza aranmaksızın tek başına alabilmesine imkan tanımış olan 1982 Anayasasına göre, bu konuda bir sorun olmaması gerekir (77). Zaten uygulamada da, Cumhurbaşkanı bu yetkisini tek başına kullanmaktadır (78).

bbb- Türkiye Büyük Millet Meclisinin En Az Beşte Biri Tutarındaki Üyeleri

1982 Anayasası, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerine belli bir oranı sağlamak şartıyla Anayasa Mahkemesi'nde, anayasa değişikliklerine ilişkin şekil bakımından iptal davası açma yetkisi

(74) Aliefendioğlu, s. 109.

(75) Özbudun, s. 373; Yavuz Atar, "Anayasa Mahkemesinde İptal Davası Açma Yetkisi", SÜHFD., C. I, S. I, s. 115-119; Aliefendioğlu, s. 109; Karşı görüş için bkz. Armağan, Kazaî Murakabe, s. 38-39.

(76) Anayasa Mahkemesi, 16.3.1976 t., E. 1975/183, K. 1976/15 sayılı kararında, "...Öte yandan Anayasa; Cumhurbaşkanına, yürütme organının başı olması yönünden değil, ...tarafsız bir baş olması yönünden de kimi görevler vermiştir. Bunlardan biri de Anayasa'nın 149. maddesinde belirtilen iptal davası açma yetkisidir. Bu yetkinin kullanılmasını 98. madde çerçevesi içinde görmek olanaksızdır. Çünkü böyle bir durumda, bu yetki, ancak Başbakan veya ilgili Bakanca uygun görülmesi halinde kullanılabilir...Hemen eklemek gerekir ki, Anayasa'nın 149. maddesi iptal davası açacakları göstermiş ve bunlar arasında yürütmü organına yer vermemiştir" demekteydi (AMKD, S. 14, s. 68).

(77) Aliefendioğlu, s. 109.

(78) Onar, s. 169.

vermiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi 550 milletvekilinden kurulu (m.75) olduğuna göre, bu üyelerin en az beşte biri olan 110 üye ile Anayasa Mahkemesi'ne, anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetlenmesi için iptal davası açılabilir.

Anayasa Mahkemesi, dava dilekçesinde imzası bulunan üyelerden bir bölümünün dilekçeyi yanılarak imzaladıklarını ileri sürmeleri halini davanın görülmesine, şu gerekçeyle engel saymamıştır:

“Bu dilekçeyi imzalayanlar sıradan kimseler değildir... Bir milletvekilinin imzaladığı belgeyi, hele söz konusu olan bir iptal davası dilekçesi ise, bilmemesi veya bilmeden imzalaması... düşünülemez. Onun içindir ki dava dilekçesinin sehven veya bilmeyerek imzalandığı yolundaki soyut iddianın, yanılmanın niçin ve nasıl olduğunu ayrıntılarıyla ortaya koyacak bir açıklama, başka bir deyimle olağandışı bir durumun varlığı ile desteklenmedikçe, dinlenme değeri ve böyle bir iddianın üzerinde durulma ve araştırılmasına gidilme gereği yoktur” (79)

(80).

Ayrıca Anayasa Mahkemesi, Millet Meclisi üyeleri tarafından açılan iptal davasında, dilekçede imzası bulunan üyelerden birinin imzasını geri aldığını açıklamasını da, önemsiz saymıştır:

“Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açma hakkı... Anayasa'ya uygunluk denetiminin sağlanmasını öngören yollardan biridir ve bundaki kamusal erek ve nitelik ortadadır. Böyle bir dava bir kez açıldı mı artık ondan vazgeçilemez ve vazgeçme iddiası dinlenemez” (81)

Türkiye Büyük Millet Meclisinin beşte biri tutarındaki üyelerin, çeşitli partilere mensup milletvekillerinden ve bağımsızlardan da oluşabileceğinde şüphe yoktur (82).

cc- İptal Davası Açma Süresi

Anayasa değişiklikleri ile kanunların şekil yönünden Anayasaya

(79) Anayasa Mahkemesinin 03.02.1972 t., E. 1971/52, K. 1972/1 sayılı kararı, AMKD, S. 10, s. 87.

(80) Atar, 124.

(81) Anayasa Mahkemesinin 03.02.1972 t., E. 1971/52, K. 1972/1 sayılı kararı, AMKD, S. 10, s. 88.

(82) Özbudun, s. 373.

aykırılıkları iddiası ile iptal davası açma hakkı, bunların Resmî Gazete'de yayımlanmalarından başlayarak on gün sonra düşer. Bu durum 2949 sayılı "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun"un 22. maddesinde, "Anayasa değişiklikleri ile kanunların şekil yönünden Anayasaya aykırılıkları iddiası ile doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, bunların Resmi Gazetede yayımlanmalarından başlayarak on gün... sonra düşer" denilerek belirtilmiştir.

Ayrıca, anayasa değişikliklerine ilişkin olarak açılacak olan iptal davasının açılma süresi, "Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz" hükmünü getiren 148. maddenin ikinci fıkrası ile de hükme bağlanmıştır. Buna göre, Cumhurbaşkanı veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte birinin, bir anayasa değişikliğine ilişkin iptal davasını, bu değişikliğin Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak on gün içinde açmaları gerekir.

Bu arada belirtmek gerekir ki, Anayasanın 148. maddesi ile 150 ve 151. maddeleri arasındaki süre bakımından ortaya çıkan çelişkili durum, anayasa değişiklikleri ve kanunların şekil bakımından anayasaya aykırılıklarının incelenmesi için Danışma Meclisinin benimsediği bir çeşit ön denetim kurumunun, Milli Güvenlik Konseyince kabul edilmemesinden kaynaklanmaktadır (83). Bu çelişkili düzenleme karşısında yapılması gereken şey, anayasa değişiklikleri ve kanunların şekil bakımından Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle açılacak iptal davalarında, 148. maddenin ikinci fıkrasındaki özel hükmün uygulanmasıdır (84).

Şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açmak için belirlenen bu on günlük süre bir hak düşürücü süredir (85) ve Anayasada, "yayımlandığı tarihten itibaren", 2949 sayılı Kanunda da, "Resmi Gazetede yayımlanmalarından başlayarak" dendiğine göre; söz konusu sürenin hesabında, değişikliğin Resmi Gazetede yayımlandığı günün de dikkate alınması gerekir (86). Dava açma

(83) Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1987, s. 373; Onar, s. 165.

(84) Soysal, s. 374.

(85) Onar, s. 171.

(86) Nitekim, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında, dava açma süresinin saptanmasında, kanunun Resmi Gazetede yayımlandığı günün de hesaba katılacağını belirtmektedir. 03.7.1964 t., E. 1964/22, K. 1964/54 sayılı kararında, "...Anayasa Mahkemesinde doğrudan

süresinin son gününün resmi tatile rastlaması durumunda ise, tatili izleyen ilk iş gününde dava açılabilmesine imkan tanınmalıdır (87).

Gerek Anayasanın 148. maddesi, gerek 2949 sayılı kanunun 22. maddesi uyarınca, iptal davası açılmasına ilişkin sürenin başlangıcı olarak anayasa değişikliği hakkındaki kanunun yayımlandığı tarih dikkate alınacağı ve bu konuda anılan kurallarda bir ayırım da yapılmadığı için; anayasa değişikliğine ilişkin bir kanunun Resmî Gazetede yayımlanmasının, onun Cumhurbaşkanıca onaylanıp yürürlüğe sokulması amacıyla mı, yoksa halkoyuna sunulması nedeniyle mi yapılıyor olmasının durumu değiştirmemesi gerekir (88).

Gerçekten, Cumhurbaşkanı, anayasa değişikliğine ilişkin bir kanunu, o kanunun yasama organında sağladığı kabul çoğunluğuna da bağlı olarak, ya onaylayıp yürürlüğe sokabilmekte, ya da takdiri veya zorunlu olarak halkoyuna sunabilmektedir. Anayasanın 175. maddenin 17.5.1987 tarihli ve 3361 sayılı kanunla değiştirilen şekli (89),

“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 halk oyuna sunabilir.

Meclisce üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az

doğruya iptal davası açma hakkının iptali istenen kanunun... Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak doksan gün sonra düşeceği yazılıdır. Bu hüküm hiç bir tereddüde yer vermeyecek kadar açıktır...” (AMKD, S. 2, s. 207) denilerek, kanunun Resmî Gazetede yayımlandığı günün de iptal davası süresi için hesaba katılacağı belirtilmektedir. Ayrıca bkz. 08.12.1966 t., E. 1964/5, K. 1966/45 sayılı karar, AMKD, S. 4, s. 277-278.

- (87) Anayasa Mahkemesi de, dava açılması için belirlenen sürenin son gününün resmi tatile rastlaması durumunda, onu izleyen ilk iş günü açılan davayı, “süresi içinde” açılmış kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi, 15.4.1975 t., E. 1973/19, K. 1975/87 sayılı kararynda, “iptal davası...sürenin son gününün Pazara rastlaması nedeniyle, sonraki ilk iş günü... dava dilekçesinin...havale edilmiş olması karşısında, davanın süresinde açıldığı anlaşılmıştır” (AMKD, S. 13, s. 424), diyerek bu yönde karar vermiştir.
- (88) Onar, s. 172.
- (89) 1982 Anayasasının 17.5.1987 tarihli ve 3361 sayılı kanunla değiştirilen 175. maddesinin üçüncü fıkrasının değişiklikten önceki metni şu şekildedir: “Cumhurbaşkanı anayasa değişikliklerini Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderdikten sonra, Meclis geri gönderilen kanunu aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu kanunu halk oyuna sunabilir”.

oyla kabul edilen anayasa değişikliği hakkındaki kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmi Gazetede yayımlanır.

Doğrudan veya Cumhurbaşkanının iadesi üzerine, Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya gerekli görülen maddeleri Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulabilir. Halkoyulamasına sunulmayan anayasa değişikliğine ilişkin Kanun veya ilgili maddeler Resmi Gazetede yayımlanır”

demek suretiyle, halkoyuna sunulan anayasa değişikliklerini de, henüz onaylanıp yürürlüğe girmiş olmamalarına rağmen “kanun” olarak isimlendirmekte ve bunların da Resmi Gazetede yayımlanacağını öngörmektedir.

Bu durumda, şekil bozukluğuna dayalı iptal davasının düzenlendiği Anayasanın 148/II. maddesi ve 2949 sayılı Kanunun 22. maddesi, bir ayırım yapmadan, kanunun yayımından on gün sonra dava açma hakkının sona ereceğini belirttiğinden; henüz onaylanıp yürürlüğe girmemiş olmasına rağmen, halkoyuna sunulan anayasa değişikliğine ilişkin bir kanun için de, söz konusu sürede dava açılabilmesi gerekir (90). Böylelikle, halkoyunda kabul edilmiş olan bir anayasa değişikliğini Anayasa Mahkemesinin artık denetleyemeyeceği de dikkate alındığında, yasama çokluğu ile Cumhurbaşkanının uyum içinde olduğu hallerde, bazı şekil aykırılıklarına rağmen bir anayasa değişikliğinin halkoyuna sunulması ve bu aykırılıkların halkoyulamasında sağlanacağı düşünülen kabul sonucu ile giderilmesi beklentisinin de önüne geçilebilecektir. Bu nedenle, ister yürürlüğe sokulmak, isterse halkoyuna sunulmak için olsun, Resmi Gazetede yayımlanmasıyla birlikte, söz konusu dava açma süresi de başlayacak demektir (91).

Anayasa Mahkemesinin, halkoyuna sunulan kanunla ilgili kararını, halkoyulamasının yapılmasından önce vermesi durumunda, denetlenen kanunun halkoyuna sunulmuş olması bir sorun ortaya çıkarmayacaktır. Çünkü, Mahkeme denetlediği kanunu iptal etmişse, halkoyulamasına da gidilmeyecek; iptal istemini reddetmişse, halkoyulaması usulüne göre sürecektir.

Buna karşılık, Mahkeme, halkoyulamasının yapıldığı tarihe kadar kararını vermemişse, bu durum bir takım sorunlar ortaya çıkarabilir.

(90) Onar, s. 172.

(91) Onar, s. 172;

Mesela, Anayasa Mahkemesinin, halkoyuna sunulmuş ve kabul edilmiş olan anayasa değişiklikleri üzerinde denetime devam edip etmeyeceği sorulabilir. Bu durumda, eğer anayasa değişikliği halkoylamasında kabul edilirse ve Mahkeme de şekilden dolayı değişikliği iptal etmişse ne olacaktır? Anayasa değişikliği halkoylamasında kabul edilse bile Anayasa Mahkemesince iptal edilebilecek midir; yoksa, kurucu iktidarın aslı sahibi olan halk iradesinin onayı, anayasa değişikliğinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki görüşülmesi safhasında uğramış olabileceği şekil sakatlıklarını ortadan kaldırmıştır (92) mı denilecektir. Gerçekten, bir anayasa değişikliği için başvurulmuş halkoylamasında milyonlarca seçmenin katılımıyla sağlanmış olan "kabul" sonucunun; şayet şekil sakatlığı varsa bunu gidermesi beklenir (93). Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin, halkoylamasında kabul edilmiş olan bir anayasa değişikliği üzerinde, artık denetimde bulunamaması gerekir (94).

b- Def'i Yolu

Anayasaya aykırılığın yargısal denetimini sağlama yollarından bir diğeri de, ilk derece mahkemelerinin, Anayasa Mahkemelerine gönderdiği aykırılık itirazlarıdır. Bu, mahkemede görülmekte olan bir dava sırasında, taraflardan birinin kendisine uygulanacak olan kanun hükmünün, Anayasa'ya aykırılığını ileri sürmesi halinde işlemeye başlayan bir denetim yoludur (95). Anayasa yargısında def'i yolu ile denetime, "itiraz yolu ile denetim" veya "somut norm denetimi" de denir (96) ve bu teknik anlamda def'i olmayıp, aslında

-
- (92) Özbudun, "Anayasada açıklık olmamakla beraber, en üstün kurucu iktidar olan halk iradesinin belirmesinden sonra, artık Anayasa Mahkemesinde bir şekil denetiminin mümkün olamaması gerekir" demektedir (Özbudun, s. 133).
- (93) Onar, s. 174.
- (94) Aliefendioğlu, s. 111-112; Erdoğan Teziç, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", Anayasa Yargısı, 3, Ankara 1987, s. 104-105.
- (95) Kıratlı, s. 35; Tunç, İtiraz Yolu, s. 17; Aliefendioğlu, s. 115; Özbudun, s. 375.
- (96) Hasan Tunç, "1982 Anayasasının Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yoluna Getirdiği Yenilikler", SÜHFD, C. I, S. I, Konya 1989, s. 107; Tunç, İtiraz Yolu, s. 17; Teziç, s. 201; Anayasa yargısı, iptal davasında salt soyut kuralları üstün normlarla karşılaştırmak, yorumlayıp değerlendirmek durumunda bulunduğu halde; def'i yoluyla denetimde, aykırılık iddiasının ileri sürülmesine neden olan öznel nitelikteki esas davayı da göz önüne almak zorunda olduğundan, bunun somut öğelerinin etkisinden kaçınmaz (Lütfi Duran, "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s. 72). Bundan ötürü, def'i yoluyla denetime "somut norm

bir "itiraz"dır (97). Çünkü, bir davada def'i taraflarca ileri sürülmediği takdirde, mahkeme bunu kendiliğinden (re'sen) dikkate alamaz. Oysa "itiraz"da, tarafların ileri sürmediği savunma olanaklarını, mahkeme kendiliğinden dikkate alır (98).

1982 Anayasasının 148. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi, "Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez" hükmünü getirerek, anayasa değişiklikleri ve kanunların şekil bakımından Anayasaya aykırılığının, görülmekte olan dava sırasında mahkemelerde ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir. Aynı husus, 2949 sayılı kanunun 21. maddesinin ikinci fıkrasında, "şekil bozukluğuna dayanan Anayasaya aykırılık iddiası mahkemelerde ileri sürülemez" denilerek düzenlenmiştir.

1961 Anayasası döneminde ise, Anayasada açık bir hüküm bulunmama ile birlikte, uygulamada, kanunlar gibi anayasa değişikliklerinin de, şekil açısından anayasaya aykırılığı iddiası, def'i yoluyla, başka bir ifadeyle, somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne getirilebilmesi mümkün görülmekteydi (99).

1982 Anayasası'nda ise, anayasa değişikliklerinin şekil açısından denetlenmesi, sadece teklif ve oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülememe hususları ile sınırlı olduğundan, bu sınırlı sayıdaki şekil aykırılıklarının def'i yoluyla ileri sürülememesi, bir eksiklik

denetimi" de denir.

(97) Teziç, s. 203.

(98) Başka bir ifadeyle, bu denetim türü yalnız tarafların aykırılık itirazları ile değil, mahkemenin ilgili kanun hükmünü re'sen Anayasa'ya aykırı görmesi ile de işlemeye başlar (Özbudun, s. 375; Tunç, İtiraz Yolu, s. 17-18). Bu sebeple, doktrinde bazı yazarlar, bu yola, def'i veya itiraz yolu da denemeyeceği görüşündedirler. Hatta bazı yazarlar, "re'sen sevk"i bağımsız bir yol olarak kabul etmektedir (Tunç, İtiraz Yolu, s. 16-17).

(99) Mesela, Anayasa Mahkemesi, 23.3.1976 t. ve E. 1975/167, K. 1976/19 sayılı kararında, "...Anayasa değişikliklerinin Anayasa'ya aykırılıkları konusunda, ellerindeki davaları görmek ve çözümlenmekle yükümlü mahkemelerin, itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurma yetkilerinin bulunup bulunmadığı sorunu üzerinde de durulmuş; ...dava mahkemelerinin de itiraz yoluyla Anayasa değişikliklerini Anayasa'da gösterilen biçim koşullarına uygunluk denetiminden geçirilmesini sağlamak ereğiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkili oldukları sonucuna varılmıştır" (AMKD, S. 14, s. 129) diyerek, Anayasa'nın değişik 38. maddesini görülmekte olan bir davada uygulayan mahkemenin, bu maddenin biçim açısından Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurabileceğini belirtmekteydi.

olarak görülmemelidir. Kaldı ki, şekil açısından Anayasaya aykırılık iddiası on gün ile sınırlandırıldığına göre, Anayasa koyucu, bunun uzun süre gündemde kalmamasını istemiş olabilir (100). Buradan hareketle, “şekil bozukluğunun def’i yoluyla ileri sürülememesi, bu tür aykırılıkların sür’atle giderilmesi amacıyla, ancak on gün içinde iptal davasına konu olabileceği kabul edildiğine göre, süresiz olan itiraz yolu ile incelenip tartışılmaması tutarlı bir düzenlemedir” (101) de denilebilir.

IV. İptal İsteminin Karara Bağlanması

1982 Anayasası'nın, 149. maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin çalışma ve yargılama usulünü düzenlemiş ve söz konusu maddenin ikinci fıkrasında, “şekil bozukluğuna dayalı iptal davaları Anayasa Mahkemesince öncelikle incelenip karara bağlanır” hükmü getirilmiştir.

Bu düzenleme de, şekil açısından iptal davası açma süresinin kısa tutulması ve şekil aykırılıklarının def’i yoluyla ileri sürülememesine ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi, Anayasa koyucunun, şekil aykırılığına yönelik iddiaların uzun süre gündemde kalmamasını istediğini göstermektedir (102).

Bundan başka, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişiklikleri hakkındaki kararını üçte iki çoğunlukla verebileceğine ilişkin husus da dikkat çekicidir. 1982 Anayasası'nın 149. maddesinin birinci fıkrasında, “Anayasa Mahkemesi, Başkan ve on üye ile toplanır, salt çoğunluk ile karar verir. Anayasa değişikliklerinde iptale karar verebilmesi için üçte iki oy çokluğu şarttır” denilerek, anayasa değişiklikleri için verilecek iptal kararı, Mahkemenin vereceği diğer kararlardan ayrı tutulmuştur. Böylece, anayasa değişiklikleri için verilecek iptal kararlarında, nitelikli çoğunluk aranmıştır.

Danışma Meclisince kabul edilen Anayasa Tasarısında, kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belli hükümlerinin iptaline karar verilebilmesi için, üçte iki çoğunluk şart koşulmuştu (103). Buna gerekçe olarak, “iptal kararlarının salt çoğunluğun sonucu olarak bir oy farkıyla verilebilmesi kamuoyunda tepkilere yol açmış, Türkiye Büyük Millet Meclisinin yasal tasarrufunun mahkemede tek oy

(100) Onar, s. 176-177.

(101) Duran, s. 68.

(102) Onar, s. 177-178.

(103) Özbudun, s. 399.

farkıyla iptal edilebilmesi doyurucu olamamıştır” tarzında, gerçekte hiç “doyurucu” olmayan bir görüş ileri sürülmüştü (104). Eğer kabul edilmiş olsaydı, Anayasaya uygunluk denetiminin etkinliğini pek büyük ölçüde azaltacak olan bu hüküm, Milli Güvenlik Konseyince çıkarılmış ve Mahkemenin, normal olan mutlak çoğunlukla karar vermesi kabul edilmiştir (105).

Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişiklikleri dışında kalan diğer normların iptaline salt çoğunlukla karar vermesi; anayasa değişiklikleri hakkında vereceği iptal kararları için de yeterli sayılıyorsa, daha isabetli davranılmış olurdu (106). Çünkü, Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerine ilişkin şekil denetimi yapmakta; esas denetimi ise yapmamaktadır. Eğer, anayasa değişikliklerinin, Anayasada değiştirilmesi yasaklanan maddelere uygun olup olmadığını belirleyen bir esas denetimi yapabilseydi, bu durumda nitelikli çoğunluk aranmasının bir anlamı olabilirdi. Oysa, Anayasa Mahkemesi, anayasa değişiklikleri üzerindeki denetimi sadece şekil açısından yapabildiğine ve bu denetimin de teklif ve kabul yetersayısı ve ivedilikle görüşülememe hususları ile sınırlı olduğuna göre, nitelikli çoğunluk aranmasının bir anlamı yoktur, denilebilir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişikliklerine ilişkin iptal kararlarında da salt çoğunluğun yeterli bulunması yerinde olurdu (107).

SONUÇ

Bu çalışmada, 1961 ve 1982 Anayasalarına göre Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi ele alınmıştır. Konu öncelikle, 1961 Anayasası açısından ele alınmış, 1982 Anayasasına göre de ayrıntılı olarak incelenmiş ve gerekli yerlerde karşılaştırma da yapılmıştır.

1961 Anayasası ilk hali itibariyle, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine ait bir hüküm ihtiva etmemektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, Anayasada böyle bir hüküm bulunmamasına rağmen, anayasa değişikliklerini, bunların da bir kanun olmasından hareketle, hem şekil hem de esas bakımından denetlemiştir. Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemeye

(104) Özbudun, s. 399.

(105) Özbudun, s. 399.

(106) Onar, s. 180.

(107) Onar, s. 180.

devam etmesinin bir sonucu olarak, 1971 yılında Anayasada yapılan değişiklikle, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından denetleyebileceği öngörülmüştür. Ne var ki, anayasa değişikliklerinin sadece şekil bakımından denetlenebileceğini öngören Anayasanın bu 147. madde hükmüne rağmen, Anayasa Mahkemesi, denetimini, hem şekil hem de esasın şekil adı altında denetlenmesi biçiminde sürdürmüştür. Demek ki, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerine ilişkin yargısal denetimini hem şekil hem de esas bakımından devam ettiregelmiştir.

1982 Anayasası ise, 1961 Anayasasının 1971 yılında yapılan değişiklikleri ile getirilen düzenlemesinde olduğu gibi, Anayasa değişikliklerinin sadece şekil açısından denetlenebileceğini 148. maddesinde hükme bağlamıştır. Ancak, 1982 Anayasası aynı maddede, anayasa değişiklikleri için yapılacak şekil denetiminin kapsamını da belirleyerek denetime bir sınır getirmiştir. Bunlar, teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşülememe şartlarıdır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi, bir anayasa değişikliğini şekil açısından denetlerken, sadece teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşülememe şartına bakabilecektir.

Anayasa değişikliğinin sadece şekil açısından sınırlı bir şekilde denetlenebilmesini öngören bu düzenlemeye karşın, değiştirilmesi yasaklanmış maddelerin 1961 Anayasasına göre çoğaltılmış olması çelişiklik arz etmektedir. Gerçekten 1982 Anayasası, bir yandan şekil denetiminin kapsamını sınırlandırmakta; diğer taraftan da, Anayasanın 2. maddesinde yer alan Cumhuriyetin nitelikleriyle, 3. madde hükümlerinin de, Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğunu belirleyen 1. madde gibi değiştirilmelerini yasaklamaktadır. Değiştirilmesi yasaklanmış maddelerden birine aykırı bir düzenleme getiren fakat şekil bakımından da herhangi bir eksikliği bulunmayan yani teklif ve oylama çoğunluğu açısından bir eksikliği olmayıp ivedilikle de görüşülmeyen bir anayasa değişikliği söz konusu olduğunda Anayasa Mahkemesi bunu denetleyebilecek midir? Bu durumda, 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliğini esas açısından denetleme yetkisi vermediği ve şekil bakımından denetimi de sözü edilen üç hususla sınırlandırdığı için; böyle bir durumda Anayasa Mahkemesinin bu tür değişikliği denetleme yetkisinin olmadığı sonucuna ulaşılabilir.

1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklikleri üzerindeki denetim yetkisini sadece kapsam açısından sınırlandırmakla kalmamış; bu konuda dava açabilecek olanlarla,

dava açma süresini de daraltan bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, gerek kanun ve gerekse anayasa değişiklikleri için şekil bakımından Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla iptal davası açma yetkisi, 148. madde hükmü gereği, sadece Cumhurbaşkanı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte birine tanınmış bulunmaktadır. Bu yetkililer, iptal davasını, değişikliğin Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak on gün içinde açmak durumundadırlar. Anayasa değişiklikleri ve kanunların şekil açısından Anayasaya aykırı olduğunun, def'i yoluyla mahkemelerde ileri sürülemeyeceği de, 1982 Anayasasında dikkat çeken başka bir husustur.

Nihayet, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklikleri dışındaki bütün kararlarını salt çoğunlukla alabilmesine rağmen, anayasa değişikliklerine ilişkin iptal kararında üçte iki oy çokluğunun aranması, yapılan denetimin sadece bir şekil denetimi olması sebebiyle isabetli gözükmemektedir. Bunda da salt çoğunluk aranması daha isabetli olurdu.

YARARLANILAN KAYNAKLAR *

- ALDIKAÇTI, Orhan: Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, 4. B., İstanbul 1982
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: "Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu", Anayasa Yargısı, Ankara 1984
- ARMAĞAN, Servet: "1961 Anayasasının Son Değişikliğinden Sonra Anayasa Mahkemesi", İÜHFİM, C.XXXVII, İstanbul 1972, S. 1-4
- ARMAĞAN, Servet: Anayasa Mahkememizde Kazaî Murakabe Sistemi, İstanbul 1967 (Kazaî Murakabe)
- ARSEL, İlhan: Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, byy. 1962
- ATAR, Yavuz: "Anayasa Mahkemesinde İptal Davası Açma Yetkisi", SÜHFD., C. I, S. I,
- DURAN, Lûtfi: "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", Anayasa Yargısı, Ankara 1984
- EROĞUL, Cem: Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli

(*) Bir eserden birden çok yerde faydalanıldığında "kısaltma" kullanılmış olup; bu kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

- Hukuk İncelemesi), Ankara 1974
- FEYZİOĞLU, Turhan: Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi, Ankara 1951
- KANETİ, Selim: "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'ndaki Boşlukların Anayasa Mahkemesi Tarafından Doldurulması", Anayasa Yargısı, 8, Ankara 1991
- KIRATLI, Metin: Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu), Ankara 1966
- ONAR, Erdal: 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara 1993
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1986,
- ÖZÇELİK, Selçuk: Esas Teşkilat Hukuku Dersleri Umumi Esaslar, C. I, İstanbul 1978
- SAN, Coşkun: Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri, Ankara 1974
- SARICA, Ragıp: İdarî Kaza, İstanbul 1949
- SOYSAL, Mümtaz: 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1987,
- TEZİÇ, Erdoğan: "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", Anayasa Yargısı, 3, Ankara 1987
- TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, İstanbul 1986
- TİKVEŞ, Özkan: Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku, İzmir 1982
- TUNÇ, Hasan: "1982 Anayasasının Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yoluna Getirdiği Yenilikler", SÜHFD, C. I, S. 1, Konya 1989
- TUNÇ, Hasan: "Anayasa Mahkemesinin Siyasi Yapısı", SÜHFD, C. II, S. 2, Konya 1988
- TUNÇ, Hasan: Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu, Erzincan 1992 (İtiraz Yolu)

DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA İDARİ YARGILAMA USULÜNDE RE'SEN ARAŞTIRMA İLKESİ

* Yücel UĞURLU

GİRİŞ

İdarenin işlem ve eylem yaparken açıkladığı irade, özel hukukta açıklanan eşit iradelerden farklıdır. Kamu hukuku denildiğinde devletin üstün iradesi akla gelmektedir. İdare, sahip olduğu bu üstün güç ve yetkiyi, kamu gücü ve kamu yararına dayandırmaktadır(1). Bu nedenle idarenin aldığı kararlar tek yanlıdır ve muhatabın iradesine bakılmaksızın oluşarak sonuçlarını doğurur. Kamu gücü ve kamu yararına dayanan bu işlemler re'sen ve cebren uygulanma üstünlüğüne sahiptirler(2).

"Kanunilik karinesi" gereğince İdarenin yaptığı işlem ve eylemlerin hukuka uygun oldukları varsayılır(3). Kendisi hakkında ya da kendisini ilgilendiren işlem ya da eylemin hukuka aykırı olduğu düşüncesinde olan kişi, işlemin kaldırılması için idareye başvurabilir. Bu başvuru, hukuka uygun olmayan bir uygulamaya maruz kaldığını düşünen bireyin idare karşısında ilk sığınağı olmaktadır. Ancak işlemin mimarı olan idare, genellikle kendi aleyhine sonuçlar doğurabilecek olan bu yolu her zaman birey lehine harekete geçirmez. Bu açıdan idareye başvurarak işlemin kaldırılması yönteminin her zaman yeterince etkili olduğu söylenemez. Geriye, idarenin denetlenmesinde en etkili yol olduğunda kuşku bulunmayan yargısal denetim yolu kalmaktadır. Hukuk devleti ilkesi, idarenin hür türlü eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olması ve bu bağlılığın bağımsız yargı organları

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD. Arş. Gör.

1 ÖZAY, Günışığında Yönetim, İstanbul 1966, s. 12; İdarenin üstün ve ayrıcalıklı durumu sadece irade ve tasarrufları bakımından değildir. Onun görevlileri ve malları da özel bir korumaya alınmış, gözetilmiş ve güçlendirilmiştir. ÖZAY, age., s. 12.

2 ERKUT, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990, s. 13.

3 ÖZAY, age., s. 12