

Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi ve Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya Aykırı İçtihadı

Yusuf Şevki Hakyemez

Doç. Dr. | Karadeniz Teknik Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi

Liberal Düşünce, Cilt 15, Sayı: 57 - 58, Kış - Bahar 2010, s. 61 - 68

Yasama işlemlerinin anayasaya uygunluğunun denetiminde etkin bir yargısal kurum olarak Anayasa Mahkemesi, siyasal sistem içerisinde önemli bir yere sahiptir. Ancak, Mahkemenin denetim yetkisini, anayasa değişikliklerinin “şekil açısından” denetimin ötesine geçirip, değişikliklerin “esas açısından” denetimine teşmil etmek, demokratik hukuk devletinde içinden çıkılmaz önemli sorunlara yol açabilir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisinin sınırının net olarak belirlenmesi gerekmektedir.

Nitekim, anayasa değişikliklerinin denetimi konusunda Türkiye’de, özellikle 1970’li yıllarda önemli sorunlar yaşanmış ve ardından bu konuda Anayasaya yeni bir hüküm dahil edilmiştir. Anayasa Mahkemesi 1970 yılında verdiği bir kararda anayasa değişikliklerini esas açısından da denetleyebileceği izlenimini şu şekilde ortaya koymuştu:

“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 sadece (Cumhuriyet) sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmenin 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 hâlde, 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 doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunmaz. 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".¹

Bu kararın ardından, 1971 yılında, anayasa değişikliklerinin sadece şekil açısından denetlenebileceği hükmü Anayasanın 147. maddesine şu şekilde dahil edilmiştir: "Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüklerinin Anayasaya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler". Ancak, getirilen yeni düzenlemeye rağmen Yüksek Mahkeme, daha sonra da, zorlama yorumlarla² "şekil görünümü altında esas denetimi" yapmaya devam eden kararlar vermeyi sürdürmüştür. Bu bağlamda Mahkeme, dört ayrı kararında, denetlediği anayasa değişikliklerinin Anayasanın 2. maddesindeki Cumhuriyetin niteliklerini zedelediğini belirtmiş ve bu nedenle de Anayasanın 9. maddesinde yer alan "teklif edilemezlik" ve "değiştirilemezlik" ilkelerine aykırı olduğuna karar vermiştir.³ Mahkeme bu kararlarında da 1971 değişikliği öncesi dönemdeki içtihadına paralel şu görüşü benimsemiştir:

"Cumhuriyet rejiminin Anayasamızda niteliğini belirleyen ilke ve kurallarında değişmeyi öngören veya Anayasanın öteki maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı yollardan bu ilkeleri değiştirmeyi amaç güden herhangi bir kanun teklif ve kabul edilemez"⁴.

¹ Bkz.: E.S.: 1970/1, K.S.: 1970/31, K.T.: 16/6/1970.

² Mümtaz SOYSAL, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 7. Baskı, Gerçek Yay., İstanbul, 1987, s. 123.

³ Bu kararlar için bkz.: E.S.: 1973/19, K.S.: 1975/87, K.T.: 15/4/1975; E.S.: 1976/38, K.S.: 1976/46, K.T.: 12/10/1976; E.S.: 1976/43, K.S.: 1977/4, K.T.: 27/1/1977; E.S.: 1977/82, K.S.: 1977/117, K.T.: 27/9/1977.

⁴ Bkz.: E.S.: 1973/19; K.S.: 1975/87, K.T.: 15/4/1975.

Anayasa Mahkemesinin bu içtihadı doktrinde yoğun biçimde eleştirilmiştir⁵. Yaşanan bu gelişmelerin ardından, 1982 Anayasasında, Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişikliklerine ilişkin denetimdeki yetkisi ve sınırı açık biçimde düzenlenmiştir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerini sadece şekil açısından denetleyebilecektir. Hatta, Anayasanın 148. maddesine göre, anayasa değişikliklerinin şekil açısından denetiminde Mahkemenin denetleyebileceği aykırılık iddiaları “teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile” sınırlı biçimde sayılmıştır. Öte yandan anayasa değişikliklerinin şekil yönünden anayasaya aykırılığı dolayısıyla iptal davasını, değişikliğe ilişkin kanunun Resmi Gazetede yayınlanmasından itibaren 10 gün içerisinde sadece Cumhurbaşkanı ve TBMM üye tamsayısının 1/5'i oranında milletvekilinin açabileceği öngörülmüştür.

Getirilen yeni hükme paralel olarak Anayasa Mahkemesi de, 2008 yılına kadar, Anayasanın öngördüğü kapsamda bir denetim yapma konusunda mustakar içtihad sergilemiştir. Anayasa Mahkemesi 1987 yılında gerçekleştirilen ve 12 Eylül 1980 Askerî Müdahalesi öncesindeki siyasîlere siyaset yasağı öngören düzenlemeyi kaldıran değişikliği ve 2007 yılında on birinci Cumhurbaşkanlığı seçimi döneminde gerçekleştirilen anayasa değişikliklerini denetlediği kararlarında çok net biçimde bu görüşü kararlarına yansıtmıştır.⁶ Mahkeme, anayasa değişikliklerinin denetimi noktasındaki yetkisini 1987 tarihli kararında şu şekilde ifade etmekteydi:

“Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptali istenen (Anayasa değişikliğinin) bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasanın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanununun 21. maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla işin esasına girilmeden yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir.”⁷

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, 2008 yılında üniversitelerde başörtüsü serbestisi getirmeyi hedefleyen Anayasanın 10 ve 42. maddelerinde yapılan değişikliğin Anayasaya aykırılığı dolayısıyla açılan davada bu içtihadını değiştirmiş ve Anayasanın 148. maddesindeki açık hükme rağmen 1970'li yıllardaki içtihadına

⁵ Örnek olarak bkz.: Ergun ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2008, s. 175-176; Burhan KUZU, *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 179; Kemal GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi Yay., Bursa, 2000, s. 1014, 1019; Cem EROĞUL, “Anayasa Mahkemesinin Yirminci Yıldönümü ve Birkaç öneri”, *AÜSBFD*, Cilt: XXXVII, No: 3-4, Eylül – Aralık 1982, s. 134.

⁶ Bu kararlar için bkz.: E.S. : 1987/9, K.S. : 1987/15, K.T. : 18/6/1987; E.S.: 2007/72, K.S.: 2007/68, K.T.: 02.07.2007; E.S.: 2007/99, K.S.: 2007/86, K.T.: 27.11.2007.

⁷ Bkz.: E.S. : 1987/9, K.S. : 1987/15, K.T.: 18/6/1987.

dönmüştür. Mahkeme bu kararında, gerçekleştirilen değişiklikleri Anayasanın 2. maddesindeki laik Cumhuriyet ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararda “teklif çoğunluğu” koşulundan hareketle “teklif edilebilirlik” koşulunu türetmiş ve bu bağlamda şu değerlendirmeyi yapmıştır:

“Anayasanın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa'ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa Mahkemesi'nin, 5735 sayılı Kanun'un 1. ve 2. maddelerinin Anayasa'ya uygunluğunu inceleyebileceğinin ve söz konusu maddelerin Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerini değiştiren hükümlerinin Cumhuriyetin Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen niteliklerine aykırı olup olmadığı, aykırı olduğuna karar vermesi hâlinde bu hükümleri Anayasa'nın 4. maddesindeki değiştirme yasağına aykırılık nedeniyle iptal edebileceğinin kabulü gerekir”⁸.

2008 yılındaki bu kararda göze çarpan önemli bir husus, Anayasa Mahkemesinin, 1970'li yıllardaki yukarıda zikredilen içtihadına, destekleyici mahiyette atıf yapmasıdır. 1982 Anayasasının anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin açık hükmüne rağmen, Mahkemenin bu kuralı bir kenara bırakarak, 1970'li yıllarda verdiği kararlara atıf yapması Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ile bağdaşmadığı gibi, anayasa yargısı tekniği ile de çelişmektedir. Unutulmamalıdır ki 1982 Anayasasının 148. maddesinde anayasa değişikliklerinin şekil açısından denetiminin hangi noktalarda yapılacağı bile tadadı olarak sayılmıştır. Özellikle 1970'li yıllarda yaşanan sorunlara yönelik bir tepki olarak 1982 Anayasasına dahil edilen bu hükmü dikkate almayıp yürürlükteki Anayasa hükmüne rağmen yine eski içtihadına atıf yapılması aynı zamanda önemli bir diğer soruna işaret etmektedir. Anayasaya uygunluk denetimi yapmakta olan bir Mahkemenin yürürlükteki anayasa hükmüne rağmen mülga anayasa döneminde verilmiş bir yargı kararına atıf yapması hukuken mümkün değildir. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi 2008 yılındaki bu eleştirilen kararından bir yıl önce yine anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin bir kararında bu konuda şu görüşe yer vermektedir:

“1961 Anayasası döneminde bu Anayasanın kurallarına göre verilmiş Anayasa Mahkemesi kararlarının, yeni bir Anayasa olan 1982 Anayasası döneminde hukuksal bağlayıcılıkları yoktur. Yürürlükte olmayan Anayasalara göre verilen kararlar, ‘yokluk’ ya da diğer yaptırımların gerekçesi olamaz”⁹.

⁸ Bkz.: E.S.: 2008/16, K.S.: 2008/116, K.T.: 5.6.2008.

⁹ Bkz.: E.S.: 2007/72, K.S.: 2007/68, K.T.: 5.7.2007.

Aslında Anayasa Mahkemesi kararından aynen alınan bu ifade bile Mahkemenin yakın bir zaman dilimi içerisinde verdiği kararlarında bile ne derece çelişkiye düştüğünü açıkça ortaya koymaktadır.

Mahkemenin 2008 yılındaki içtihadı aynı zamanda tali kurucu iktidarın mantığı ile de temelden çalışmaktadır. Anayasa Mahkemesinin 2008 yılındaki içtihadı geçerli olduğu sürece tali kurucu iktidarın anayasa değişikliği yapması ancak Anayasa Mahkemesinin kabulüne bağlı bir hâle gelmiş olmaktadır. Mahkeme, anayasa değişiklikleri hakkında daha rahat esas denetimi yapabilmesi için Anayasanın 148. deki “teklif çoğunluğu” koşulundan hareketle “teklif edilebilirlik” koşulunu türeterek¹⁰, bu biçimdeki sınırsız denetim yetkisi imkânını ele geçirmiştir. Bunun anayasa yargısının mantığı ile de bağdaştırılması mümkün değildir.

Bu bağlamda üzerinde durulması gereken ikinci husus ise, Anayasanın 2. maddesinde değiştirilmesi teklif edilemeyecek Cumhuriyetin temel niteliklerinin oldukça geniş kavramlar olmasıyla ilgilidir. Cumhuriyetin nitelikleri ile ilgili kavramların içeriğine bakıldığında, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik, sosyal hukuk devleti ile doğrudan veya dolaylı biçimde ilgili olmayan bir anayasa değişikliğinin düşünülmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, bu mantık doğrultusunda -eğer iptal davası açılmış olsaydı- Anayasa Mahkemesinin, belki de 1982 Anayasasında şimdiye kadar yapılan tüm değişiklikleri, bu açıdan denetleyip iptal etmesi gerekirdi. Yine bu yorum tarzıyla Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini denetlemesi durumunda bundan sonra gerçekleştirilmesi düşünülen anayasa değişiklikleri konusunda da aynı sorunla sürekli olarak karşılaşmak mümkün olabilecektir. Çünkü bu argüman Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliklerinin âkıbeti açısından hemen hemen sınırsız bir takdir yetkisi vermektedir.¹¹ Savunulan bu biçimdeki antidemokratik perspektifin bizi götüreceği nihai nokta, mevcut şekliyle 1982 Anayasasının, hiçbir değişikliğe tâbi tutulmaksızın, ilelebet varlığını sürdürmesi olacaktır.

¹⁰ Nitekim Haşim KILIÇ da bu bağlamda karşıoy yazısından şu değerlendirmede bulunmuştur: “9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Yasa ile Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Yapılan bu değişiklik, Anayasa Mahkemesi'nce şekil denetiminden yola çıkılarak esas denetlenmek suretiyle incelenmiş ve iptal edilmiştir. Anayasa'nın 148. maddesinden yetki türetilerek işin esas denetimi yapılmıştır.

Çoğunluk, Anayasa değişikliklerinde 'teklif edilebilir nitelikte bir Anayasa kuralının var olması' gerektiğini teklif çoğunluğundan önce aranan bir şart olarak kabul etmekte, teklif edilebilir nitelikte olup olmadığını da işin esasına girerek tesbit etmektedir. Başka bir anlatımla Anayasa değişikliklerinin, Anayasal normlarının bütünlüğünden doğan ve Anayasa'nın ilk üç maddesinde somutlaşan temel tercihe uygun olması gerektiği, bu sınırların dışına taşan yetki kullanımının müeyyidesinin 148. maddede öngörülmediği belirtilmektedir.

(...)

Bir denetim organı olan Anayasa Mahkemesi'nin, hukuk dışına çıktığı iddia edilen otoriteleri denetlerken, bu denetiminin hukuka uygunluğu konusunda tüm kuşkulardan arınma zorunluluğu vardır. Anayasal sınırları aşarak denetime başladığı yerde, denetlenen otoritelerden herhangi bir farkı kalmaz. Hukuk düzeni dışına çıkan otoriteyle aynı kaderi paylaşmaktan kurtulamaz. Denetimin meşruiyeti denetleyen organın hukuksal meşruiyet sınırları içinde hareket etmesine bağlıdır.” Haşim KILIÇ'ın karşıoy yazısı için bkz.: E.S.: 2008/16, K.S.: 2008/116, K.T.: 5.6.2008.

¹¹ Özbudun, s. 175.

Ayrıca, bu mantığın benimsenmesi durumunda, tali kurucu iktidarın 1982 Anayasasının demokrasi, hukuk devleti, insan hakları, laiklik ve benzeri çok değişik konulardaki “sorunlu noktaları”nı Anayasada belirtilen yollardan hareketle değiştirme imkânı kalmayacağından, çıkış yolu olarak, ihtiyaç duyulan “yeni anayasa”nın ancak hukuk dışı bir yöntemle aslı kurucu iktidarı ele geçirenler tarafından yapılması seçeneği kalacaktır. Nitekim Mahkemenin 2008 yılındaki iptal kararında yaptığı kurucu iktidar tanımında da buna benzer bir çerçeve âdeta şu şekilde çizilmeye çalışılmıştır:

“Aslı kurucu iktidar ülkenin siyasal rejiminde çeşitli etkenlere dayalı olarak ortaya çıkan kesintilerin ürettiği ve ortaya çıkış biçimi itibarıyla hukuksal çerçeve dışında yer alan, yeni hukuksal düzenin temel esaslarının ne olacağını belirleyen anayasa koyucu iradedir”¹².

Bu bağlamda, ayrıca, yeni anayasa sorununun Türkiye’nin gündeminde gittikçe daha yoğun biçimde yer almaya başladığı son yıllarda Türkiye Barolar Birliğinin iki ayrı zamanda hazırlanmış olduğu iki anayasa önerisindeki, anayasa değişikliklerinin denetimi konusunda yer alan ve birbirleriyle çelişen hükümlere de işaret etmek gerekir. Türkiye Barolar Birliği, ağırlıklı olarak akademisyen hukukçuların yer aldığı 11 kişilik komisyona hazırlatıp 12 Eylül 2001 tarihinde kamuoyuna sunduğu “*Anayasa Taslağı Önerisi*”nde, Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişikliklerini sadece şekil açısından denetleyebileceği kuralına yer vermekteydi¹³. Ancak, daha sonra, özellikle iktidar partisinin 2007 yılında hukukçu akademisyen bir gruba hazırlattığı “Sivil Anayasa” önerisi ile yeni Anayasa tartışmaları gündeme taşınınca, Türkiye Barolar Birliği, geçmişteki Anayasa Taslağı metnini geliştirerek, bu sürece katkı olmak üzere, yine ağırlıklı olarak akademisyen hukukçuların yer aldığı sekiz kişilik komisyona yeni çalışmasını hazırlatıp kamuoyuna sunmuştur. İşte bu ikinci Anayasa Taslağının 162. maddesinde, Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişikliklerini de, aynen kanun, kanun hükmünde kararname, TBMM İçtüzüğü gibi şekil ve esas açısından denetleyebileceği hükmüne yer verilmiştir. Türkiye Barolar Birliği’nin 2007 tarihli Anayasa Taslağında anayasa değişikliklerinin esas açısından denetiminin de benimsenmesinin gerekçesi ile ilgili olarak, yürürlükteki Anayasada, anayasa değişikliklerinin şekil yönünden denetim ile sınırlı tutulmasının yanıltıcı olduğuna, bu nedenle esas açısından denetime de yer verildiğine ve işin doğası gereği bu denetimin değişmezlik kuralının doğrudan veya dolaylı olarak ihlâl edilmesiyle bağlantılı biçimde yapılacağına işaret edilmiştir¹⁴.

Türkiye Barolar Birliği’nin önerdiği biçimiyle bir Anayasanın yürürlüğe girmesi durumunda, Anayasa Mahkemesinin ülke içerisinde kurucu iktidar konumuna yükselmesi pekâlâ mümkün olabilecektir. Çünkü Anayasa Mahkemesi, anayasa de-

¹² Bkz.: E.S.: 2008/16, K.S.: 2008/116, K.T.: 5.6.2008.

¹³ *TBB Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi*, TBB Yayını, Ankara, 2001.

¹⁴ Bkz.: *TBB Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin*, TBB Yayını, Ankara 2007, s. 283-284.

ğişikliklerinin esas açısından denetimi yetkisi ile donatılmak istenmiş ve bu denetimin değişmezlik kuralının doğrudan veya dolaylı olarak ihlâl edilmesiyle bağlantılı olarak yapılacağı belirtilmiştir. Anayasa Taslağında belirtilen değişmezlik kapsamı ile “dolaylı biçimde” ilgili olmayan bir anayasa değişikliği olamayacağına göre, artık tali kurucu iktidarın anayasa değişiklikleri ancak Anayasa Mahkemesinin onayı ile gerçekleşecektir. Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesi, demokratik hukuk devletinde bulunması gereken yerinin çok üzerinde “ayrıcılık” bir konuma yükselecektir. Her ne kadar yine aynı taslağın ikinci maddesinde Cumhuriyetin demokratik niteliğine vurgu yapılıyorsa da, seçimle oluşan bir parlamentonun gerçekleştirdiği anayasa değişikliklerinin denetlendiği bir siyasal rejimin nasıl bir demokrasi olacağı sorusu akla gelmektedir. Burada ister istemez akla, anayasa değişikliklerinin esas açısından denetiminin Anayasa Mahkemesine verildiği bir siyasal sistemin, uygulamada, demokratik bir yönetimi gerçekleştirmekten ziyade, “yargıçlar iktidarı”na dönüşeceği hususu da gelmektedir. Günümüzde, parlamentonun kural koyma işlevine, çıkarılan kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleyen bir yargısal denetim mekanizması eklenmesinin gerekliliği noktasında bir itiraz söz konusu edilemez. Ancak, bunun ötesine geçecek biçimde tali kurucu iktidarın gerçekleştirdiği anayasa değişikliklerinin esas açısından denetiminin de Anayasa Mahkemesine verilmesinin yargıçlar iktidarı dışında başka bir açıklaması olabilir mi?

“Anayasa sorunu”nun bulunduğu bir ortamda, Türk anayasacılık deneyiminde 1961 Anayasasından itibaren 1971 değişiklikleri ve 1982 Anayasası düzenlemelerinin anayasa değişikliklerinin esas açısından denetimi konusunu sürekli daha ideale taşıyarak uygulamada ortaya çıkan sorunları çözmeye çalışmasına rağmen, Türkiye Barolar Birliği'nin ikinci önerisinin bu konuda süreci tamamen tersine çevirmeye çalışması ilginçtir. Türk siyasal hayatında ve anayasacılık tarihinde, yaşanan gelişmelerden hareketle edindikleri tecrübeleri kurumsal katkılarıyla birlikte hedeflenen yeni anayasaya yansıtmak isteyen değişik sivil toplum örgütlerinin ve akademisyenlerin katkılarının, içerik olarak anayasa değişikliklerinin denetimi örneğinde olduğu gibi, çelişkilerle dolu olması, ister istemez akla Türk anayasacılığındaki “tepki” olgusunu getirmektedir. Unutulmamalıdır ki anayasacılıkta konjonktürel tepkilere ve kısa vadede kendi menfaatine yarayacak hükümlere yer vermek, anayasaların kısa ömürlü olmasına ve Türkiye'nin 2000'li yıllarda hâlen anayasa sorunu ve bürokratik vesayet tartışmaları ile birlikte yaşamaya devam etmesine neden olabilir.¹⁵

Anayasa değişikliklerinin denetimi noktasında Anayasa Mahkemesinin 2008 tarihli içtihadının ve yine Türkiye Barolar Birliği'nin 2007 tarihli önerisindeki esas

¹⁵ Nitekim, bu bağlamda, Türkiye Barolar Birliğinin 2007 tarihli Anayasa Önerisinin gerekçesinde, anayasaların toplumun yaşam, düzen ve geleceğinin planlanması bağlamında bir toplum mühendisliği olduğu belirtilerek, açıkça “hukuk yoluyla toplum mühendisliği yapmak zorunluluğu”na işaret edilmekte olduğu dikkate alındığında, anayasa önerisinde anayasa değişikliklerinin esas açısından denetiminin amacı daha açık biçimde anlaşılmaktadır. Bkz.: TBB, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin*, s. 17.

denetimi yetkisinin varlığı, aslında her anayasa değişikliği sürecinde çok yoğun biçimde tali kurucu iktidara yönelik Anayasa Mahkemesinin vesayetini gündeme getirecektir. Bu durum ülkedeki demokratik rejimin niteliğini de olumsuz yönde etkileyecektir. Kaldı ki TBMM'nin nitelikli çoğunluğu ile kabul edilen bir yeni anayasa hükmünü Anayasa Mahkemesinin iptal etmesi durumunda demokratik rejimin işleyişi bağlamında ortaya çıkabilecek sorunlar bir yana, Anayasa Mahkemesi üyelerinin iptal kararına dayanak olarak gösterilen argümanlarının TBMM'nin tali kurucu iktidar sıfatıyla ortaya koyduğu tercihten daha özgürlükçü ve daha fazla evrensel standarda uygun olduğunu garanti etmek de mümkün değildir.

İşte özellikle böylesi bir içtihadın benimsenmesi hâlinde, Anayasa Mahkemesi eliyle sorunlu maddeleriyle birlikte 1982 Anayasasının ve onun öngördüğü müesses nizamın sıkı biçimde korunması söz konusu olabilecektir. Bu takdirde ise dünyada yaşanan değişim ve dönüşümlerin gerisinde kalınarak büyük bir bedel ödenmesi riski ile karşılaşmak kaçınılmaz olacaktır. Böyle bir durumu Anayasa Mahkemesinin demokratik hukuk devletindeki işlevi ile bağdaştırmak mümkün değildir.

Ayrıca, anayasa değişikliği konusunda Anayasa Mahkemesinin rezervi olması hâlinde böyle bir durumda TBMM'nin anayasa değişikliği yapamaması biçiminde bir sonuç ortaya çıkacağına göre, demokratik bir ülke parlamentosunun iradesinin dışlanıp etkisiz hâle dönüşmesi söz konusu olacaktır. Aslında böyle bir sonuç kesinlikle 1982 Anayasası hükümlerinden çıkarılabilecek bir sonuç değildir. Anayasa Koyucu, bir yandan anayasa değişikliğinin nasıl yapılabileceğini 175. maddede açıkça düzenlemiş, öte yandan Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini hangi açılardan denetleyebileceğini tadadi biçimde sıralamıştır. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerini şekil yönünden hareketle ama sonuçta esas açısından denetleyip iptal etmekle, açıkça Anayasaya aykırı bir içtihadı imza atmaktadır. Bu nedenle de bunun bir "yetki gasbı" olduğu ifade edilmelidir¹⁶. Anayasa Mahkemesinin 2008 tarihli içtihadının varlığı hâlinde normlar hiyerarşisi, anayasa yargısı, kurucu iktidar, kuvvetler ayrılığı ve egemenlikten kaynaklanan yetkilerin kullanımı gibi ilke ve kavramlar anlamsız hâle gelmektedir¹⁷. Bu durum, demokratik hukuk devletinin işleyişine önemli ölçüde darbe vurmaktadır.

¹⁶ Özbudun, s. 179.

¹⁷ Yusuf Şevki Hakyemez, *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin Yay., Ankara, 2009, s. 64, 79.