

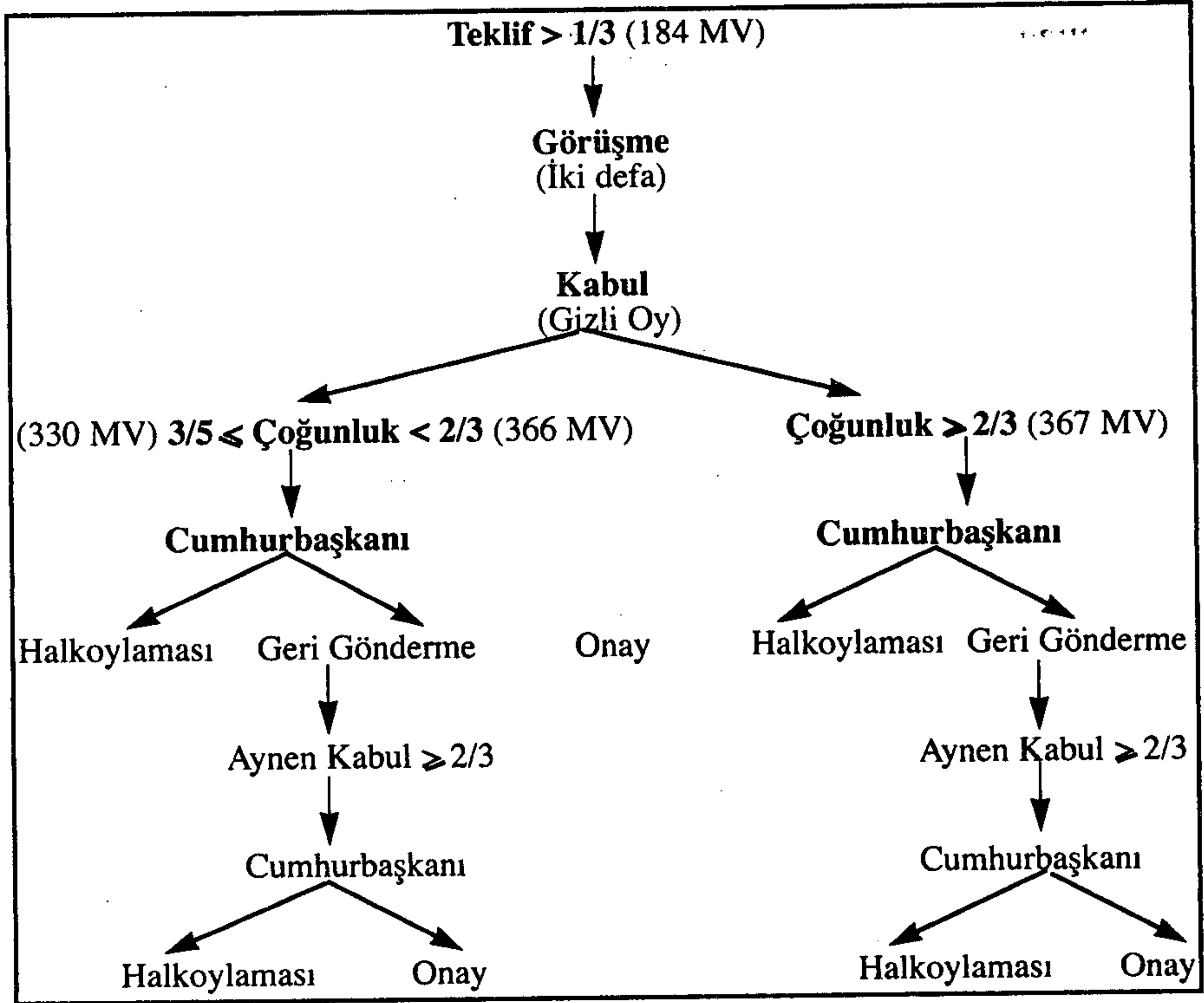
ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ KANUNLARI ÜZERİNDE CUMHURBAŞKANININ YETKİLERİ

Authorities of the President on Codes of Constitutional Amendments

*Doç.Dr. Kemal Gözler**

1982 Anayasası, Anayasada değişiklik yapılması usûlünü 175'inci maddesinde düzenlemiştir. Anayasanın 175'inci maddesi, Cumhurbaşkanı- na, Anayasa değişikliği sürecinin onay safhasında çok önemli yetkiler vermiştir. Cumhurbaşkanı'nın sahip yetkiler Anayasa değişikliğinin kabul edilmesinde ulaşılan karar yetersayısının beşte üç veya üçte iki olmasına göre değişmektedir. İlk önce Anayasa değişikliği sürecini ve Cumhurbaşkanı'nın yetkilerini bir şema hâlinde gösterelim.

* Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Bursa
(Gözler@uludağ.edu.tr).



Şemadan da görüleceği üzere Anayasa değişikliği kanununun Türkiye Büyük Millet Meclisinden beşte üç veya üçte iki çoğunluk geçmesine göre Cumhurbaşkanının yetkileri farklılaşmaktadır:

I - BEŞTE ÜÇ ÇOĞUNLUKLA KABUL EDİLMİŞ ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ KANUNLARI ÜZERİNDE CUMHURBAŞKANININ YETKİLERİ

Eğer Anayasa değişikliği teklifi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üçüyle veya üçte ikisinden az bir oyla kabul edilmiş ise, yani kabul oyları 330 (dahil) ile 366 (dahil) arasında ise, Cumhurbaşkanının Anayasa değişikliğine ilişkin kanunu halkoylamasına sunma veya bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderme yetkisi vardır (m.175/3). Cumhurbaşkanının Meclisin üçte ikisinden az bir oyla kabul ettiği bir Anayasa değişikliği kanununu onaylama yetkisi yoktur.

A. HALKOYLAMASINA SUNMA YETKİSİ

Eğer Cumhurbaşkanı böyle bir Anayasa değişikliği kanununu, Meclise bir kez daha görüşülmek üzere geri göndermiyorsa, Anayasa değişikliği

kanununu zorunlu olarak halkoylamasına sunulmak üzere Resmî Gazetede yayımlar (m.175/4). Daha doğrusu yayımlanmak üzere Başbakanlığa göndermek zorundadır. Bu konuda herhangi bir tartışma yoktur. Zira, Anayasanın 175'inci maddesinin dördüncü fıkrası çok açık bir şekilde "*Meclisçe üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki Kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmî Gazetede yayımlanır*" demektedir. Resmî Gazetede yapılan bu yayım, haliyle kanunun yürürlüğe girmesi için değil, halkoylamasına sunulması içindir. Resmî Gazetede bu hususun belirtilmesi gerekir. Bu hususu belirtecek olan makam Başbakanlık değil, Cumhurbaşkanlığıdır. 175'inci maddenin dördüncü fıkrasının öngördüğü durumda yapılan halkoylaması, *zorunlu halkoylaması* niteliğindedir. Cumhurbaşkanı halkoylamasına sunma yetkisini 15 gün içinde kullanmalıdır (m.175/2 uyarınca m.89/1).

Uygulama.- Şimdiye kadar 175'inci maddenin dördüncü fıkrasının sadece iki uygulaması olmuştur. 3361 ve 3467 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunları Cumhurbaşkanı tarafından halkoylamasına sunulmuştur. Cumhurbaşkanının halkoylamasına sunduğu kanun metinleri Resmî Gazetede yayınlanmış (örneğin *Resmî Gazete*, 13.8.1988, Sayı 19898), ama bu yayımda, bu yayının yürürlük için değil, halkoylamasına sunulması için yapıldığı belirtilmemiştir.

Uygulamanın Eleştirisi.- Haklı olarak bu durum, Erdal Onar tarafından eleştirilmiştir¹. Erdal Onar, yayımlanan metnin yürürlük için değil, halkoylamasına sunulması için yayımlandığının Resmî Gazetede belirtilmesi gerektiğinin uygun olacağını düşünmektedir². Kanımızca da Resmî Gazetede yayınlanan metnin halkoylamasına sunulması amacıyla yayımlandığı belirtilmesi gerekir. Aksi takdirde, Resmî Gazetede yayımın normal anlamı yürürlüktür.

Görüşümüz.- Kanımızca, Resmî Gazetede, Anayasa değişikliği kanunlarının Cumhurbaşkanı tarafından halkoylamasına sunulmak amacıyla yayımlandığının belirtilmesi de yetersizdir. Burada Cumhurbaşkanı, Parlâmentonun kabul ettiği bir Anayasa değişikliği kanununu halkoylaması sunma kararı almaktadır. Cumhurbaşkanı bu iradesini hukukî biçim olarak "karar" biçiminde açıklamalı ve kararda "*falan tarih ve filan sayılı aşağıda metni yer alan Anayasa değişikliği kanununun halkoylamasına sunulmasına Anayasanın 175'inci maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca karar verilmiştir*" ifadesi kullanılmalıdır.

¹ Erdal Onar, *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara, 1993, s.102.

² *Ibid.*

B. GERİ GÖNDERME YETKİSİ

Cumhurbaşkanı, Meclisçe beşte üç veya üçte ikiden az bir oyla kabul edilen Anayasa değişikliği kanunlarını bir kez daha görüşülmek üzere Meclise geri gönderebilir. Bu konuda herhangi bir tartışma yoktur. Zira, Anayasanın 175'inci maddesinin dördüncü fıkrası çok açık bir şekilde "*Meclisçe üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki Kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde...*" dediğine göre, Cumhurbaşkanı bu kanunu meclise iade etmek yetkisine sahiptir. Cumhurbaşkanı bu yetkisini 15 gün içinde kullanmalıdır (m.175/2 uyarınca m.89/1). Geri gönderme yazısında Cumhurbaşkanı gerekçe de göstermek zorundadır (m.175/2 m.89/2). Geri gönderme yazısı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına hitaben yazılır ve oraya gönderilir.

Eğer Cumhurbaşkanı beşte üç veya üçte ikiden az bir oyla kabul edilen Anayasa değişikliği kanununu, Meclise bir kez daha görüşülmek üzere geri gönderiyorsa, Meclis, kendisine geri gönderilen Anayasa değişikliği kanununu ancak üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla kabul edebilir (m.175/3).

1. Üçte İki Çoğunlukla Kabul Edilemezse

Eğer Türkiye Büyük Millet Meclisi kendisine geri gönderilen Anayasa değişikliği kanununu üye tamsayısının *üçte iki çoğunluğuyla aynen kabul edemezse*, Anayasa değişikliği reddedilmiş sayılır (m.175/3'ün mefhumu muhalifinden). Burada Cumhurbaşkanının üçte iki oy çoğunluğuyla kabul edilmiş bir Anayasa değişikliği kanununu Meclise bir kez daha görüşülmek üzere geri göndermesi Cumhurbaşkanına verilmiş bir "zorlaştırıcı veto yetkisi" niteliğindedir. Yani Cumhurbaşkanı bu yetkisiyle Anayasa değişikliğini belli bir süre sadece geciktirmek ile kalmaz, aynı zamanda Anayasa değişikliğini engelleyebilir de. Zira, böyle bir durumda Meclisin Cumhurbaşkanının vetosunu kaldırabilmesi için daha yüksek oranda, yani üçte ikilik bir oy çokluğuna ihtiyacı vardır. Anayasa değişikliği lehinde Mecliste bu çoğunluğa ulaşan bir çoğunluk yoksa, Cumhurbaşkanı bir kez daha görüşülmek üzere geri gönderme yetkisini kullanarak, Anayasa değişikliğinin gerçekleşmesini engelleyebilir.

2. Üçte İki Çoğunlukla Kabul Edilirse

Eğer Türkiye Büyük Millet Meclisi, kendisine geri gönderilen Anayasa değişikliği kanununu üye tamsayısının *üçte iki çoğunluğuyla aynen kabul ederse*, Cumhurbaşkanının Anayasa değişikliği kanununu onaylamak ile halkoylamasına sunmak arasında tercih hakkı vardır (m.175/3).

a) **Onaylama.**- Cumhurbaşkanı bu Anayasa değişikliği kanununu onaylayabilir. Bu takdirde Anayasa değişikliği kanunu Resmî Gazetede yayımlanır (m.175/5, İkinci Cümle).

b) **Halkoymasına Sunma.**- Cumhurbaşkanı böyle bir Anayasa değişikliği kanununu *halkoymasına da sunabilir* (m.175/5, ilk cümle). Bu durumda Cumhurbaşkanının isteğine bağlı "ihtiyarî halkoyması" vardır. Halkoymasında geçerli oyların yarısından çoğunun "kabul" oyu olması halinde, Anayasa değişikliği kanunu kesinleşmiş olur (m.175/6).

Anayasanın 175'inci maddesinin beşinci fıkrasına göre, Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliği kanununu blok olarak onaylamak veya blok hâlinde halkoymasına sunmak zorunda değildir. Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliği kanununun bazı maddelerini onaylayıp, diğer maddelerini halkoymasına sunabilir. Bu durumda, onayladığı maddelerin yürürlük için Resmî Gazetede yayımlanmaları gerekir. Onaylamayıp halkoymasına sunduğu maddelerin de Resmî Gazetede yayımlanmaları gerekir.

Kanımızca Cumhurbaşkanı halkoyması sunma iradesini bir "karar" biçiminde açıklamalı ve bu kararda "falan tarih ve filan sayılı Anayasa değişikliği kanunun aşağıda metni yer alan falanca maddesini veya maddelerini halkoymasına sunulmasına karar verilmiştir" ifadesini kullanmalıdır.

Uygulama.- Ülkemizde şimdiye kadar Cumhurbaşkanının geri göndermesi üzerine Meclisçe üçte iki çoğunlukla kabul edilen ve daha sonra Cumhurbaşkanı tarafından halkoymasına sunulan bir Anayasa değişikliği kanunu örneği yoktur.

* *

*

Acaba Cumhurbaşkanı, Beşte Üç Çoğunlukla Kabul Edilmiş Bir Anayasa Değişikliği Kanununun Sadece Bazı Maddelerini Geri Gönderip, Diğer Maddelerini Halkoymasına Sunabilir mi?- Aşağıda göreceğimiz gibi Cumhurbaşkanı, Meclisçe *üçte iki çoğunlukla* kabul edilmiş Anayasa değişikliği kanununun bütününe değil, sadece bazı maddelerini halkoymasına sunabilir (m.175/5, birinci cümlelerin ikinci kısmı). Oysa Anayasanın 175'inci maddesinde Cumhurbaşkanının meclisin beşte üçü veya üçte ikisinden az bir çoğunlukla kabul ettiği Anayasa değişikliği kanunlarını kısmen halkoymasına sunabileceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Tersine, 175'inci maddenin dördüncü fıkrası "*Meclisçe üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki Kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde, halkoyuna sunul-*

mak üzere Resmî Gazetede yayımlanır” demektedir. Görüldüğü gibi, fıkrada kanun maddelerinden değil, “kanun”dan bahsedilmektedir. Bu ifadeden kanunun bazı maddelerinin değil, tamamının kastedildiği sonucuna varılabilir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının Anayasa değişikliği kanununu blok hâlinde Meclise geri göndermesi veya blok hâlinde halkoylamasına sunması gerektiği iddia edilebilir.

Ancak bu iddianın Anayasanın 89’uncu maddesinin 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 17 Ekim 2001 tarihinden sonra savunulabilmesi güçleşmiştir. Zira, 89’uncu maddenin yeni şekline göre, Cumhurbaşkanı artık kanunları sadece tamamen değil, kısmen de geri gönderme yetkisine sahip hâle gelmektedir. 89’uncu madde ise, Anayasanın 175’inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Anayasa değişikliği kanunları için de uygulanabilir niteliktedir. 175’inci madde de, Anayasa değişikliği kanunlarının kısmen geri gönderilip gönderilemeyeceğine ilişkin bir hüküm olmadığına göre, bu boşluk 89’uncu maddeye bakılarak doldurulacaktır. 89’uncu maddeye göre ise Cumhurbaşkanı kanunları artık kısmen geri gönderme yetkisine sahiptir. O hâlde artık Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliği kanunlarını da kısmen geri gönderebilecektir. Geri göndermediği maddeleri ise, 175’inci maddenin dördüncü fıkrası uyarınca halkoylamasına sunabilecektir.

II - ÜÇTE İKİ ÇOĞUNLUKLA KABUL EDİLMİŞ ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ KANUNLARI ÜZERİNDE CUMHURBAŞKANININ YETKİLERİ

Eğer Anayasa değişikliği kanunu Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte ikisiyle kabul edilmiş ise, yani kabul oyları sayısı en az 367 ve daha fazla ise, Anayasa değişikliği kanunu üzerinde Cumhurbaşkanı onay, halkoylamasına sunma ve geri gönderme olmak üzere üç değişik yetkisi vardır. Cumhurbaşkanı bu üç değişik yetkisinden hangisini kullanacağına on beş gün içinde karar vermeli ve kararının doğrultusunda yapması gereken işlemi (onay, Resmî Gazetede yayım, Meclise geri gönderme) yapmalıdır. Zira, Anayasanın 175’inci maddesinin ikinci fıkrasına göre “Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, bu maddedeki kayıtlar dışında kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tâbidir” dediğine göre, Cumhurbaşkanının buradaki yetkileri konusunda 89’uncu madde, kıyasen uygulanır. 89’uncu maddeye göre de Cumhurbaşkanı kanunları onaylama veya geri gönderme yetkisini onbeş gün içinde kullanmalıdır.

A. ONAYLAMA YETKİSİ

Cumhurbaşkanı, böyle bir Anayasa değişikliği kanununu on beş gün içinde onaylayabilir. Bu takdirde, Anayasa değişikliği kanunu, Resmî Gazetede yayımlanır (m.175/5). Böylece Anayasa değişikliği kanunu kesinleşmiş olur. Cumhurbaşkanı, kanunun tamamını onaylamak zorunda değildir. Çünkü, 175'inci maddenin beşinci fıkrası açıkça "*Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya gerekli görülen maddeleri Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulabilir*" dediğine göre Cumhurbaşkanı bir Anayasa değişikliği kanununun bazı maddelerini halkoymasına sunup, diğer bazı maddelerini onaylayabilir. Cumhurbaşkanının onayladığı maddeler, Resmî Gazetede yayımlanmak zorundadır. Zira, 175'inci maddenin beşinci fıkrasının son cümlesi "*halkoymasına sunulmayan Anayasa değişikliğine ilişkin Kanun veya ilgili maddeler Resmî Gazetede yayımlanır*" demektedir.

Uygulama.- Cumhurbaşkanı, 15 Ekim 2001 günü Başbakanlığa gönderdiği bir yazıyla³, 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunun 27'nci maddesi dışındaki diğer maddelerin onaylamış ve Başbakanlığa gönderdiği yazıda Başbakanlıktan "*Yasanın çerçeve 27'nci maddesi dışındaki diğer maddelerinin Resmî Gazetede yayımlanmasını*" istemiştir. Başbakanlık da 27'nci madde hariç diğer maddeleri 17 Ekim 2001 tarihli mükerrer Resmî Gazetede yayımlayarak yürürlüğe sokmuştur.

Görüşümüz.- Kanımızca, Cumhurbaşkanı onayladığı maddeleri, onaylamadığı ve halkoymasına sunduğu maddelerden bizzat kendisi ayırmalı ve Başbakanlığa Resmî Gazetede yayımlanmak üzere sadece onayladığı maddeleri tek bir metin hâlinde göndermeliydi. Cumhurbaşkanı bunu yapmamış, Anayasa değişikliği kanununu bir bütün olarak (yani onaylanan maddeleri ve onaylanmayan maddeyi beraber olarak) Başbakanlığa göndermiş ve 27'nci maddenin çıkarılarak yayınlanmasını istemiştir. Başbakanlıkta bu isteği uygun olarak 27'nci maddeyi çıkararak geri kalan maddeleri Resmî Gazetede yayımlamıştır. Başbakanlığın Cumhurbaşkanlığından gelen kanun metinlerini yayımlanması konusundaki görevi tamamıyla maddî- teknik bir görevdir. Cumhurbaşkanlığından ne gelmişse, Başbakanlık Resmî Gazetede onu yayımlar; Türkiye Cumhuriyeti tarihinde 17 Ekim 2001 tarihine kadar da bunu yapmıştır. Başbakanlığın Cumhurbaşkanlığından gelen bir metni ikiye ayırıp bir kısmını yayımlaması ve diğer kısmını ise ya-

³ Bkz. 16.10.2001 tarihli günlük gazeteler ve Televizyon haber bültenleri. Keza bu yönde bir açıklama Cumhurbaşkanlığının resmî internet sitesine de konulmuştur. Bkz. <http://www.cankaya.gov.tr/ACIKLAMALAR/15.10.2001-1322.html> (18.10.2001).

yımlamaması, tâbir caizse bir maddesini makaslaması mümkün değildir. Başbakanlık bu makaslamayı şüphesiz kendi isteğiyle değil, Cumhurbaşkanlığının isteğiyle yapmıştır; ama yine de görevinin dışına çıkmıştır. Olması gereken Cumhurbaşkanlığından yayımlanmak üzere gelen Anayasa değişikliği kanunu metninden onaylanmayan maddenin doğrudan doğruya Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılmasıdır.

B. HALKOYLAMASINA SUNMA YETKİSİ

Cumhurbaşkanı, üye tamsayısının en az üçte ikisiyle kabul edilmiş Anayasa değişikliği kanununu halkoylamasına sunabilir (m.175/5). Cumhurbaşkanı bu yetkisini kanunun kendisine gelmesinden itibaren 15 gün içinde kullanmalıdır (m.175/2 uyarınca m.89/1). Cumhurbaşkanı bu yetkisini Anayasa değişikliği kanununun tamamı hakkında kullanabileceği gibi, sadece bir kısmı yani birkaç maddesi veya tek bir maddesi için de kullanabilir. Zira, Anayasanın 175'inci maddesinin beşinci fıkrası açıkça "*Meclis üyesi tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya gerekli görülen maddeleri Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulabilir*" denmektedir.

Cumhurbaşkanının sadece onayladığı değil, onaylamayıp halkoylamasına sunduğu madde veya maddelerin acaba Resmî Gazetede yayımlanması gerekir mi?

Anayasanın 175'inci maddesinin beşinci fıkrasında bu konuda bir hüküm yoktur. Beşinci fıkranın son cümlesinde sadece "*halkoylamasına sunulmayan Anayasa değişikliğine ilişkin Kanun veya ilgili maddeler Resmî Gazetede yayımlanır*" denmekte; halkoylamasına sunulan madde veya maddelerin Resmî Gazetede yayımlanıp yayımlanmayacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

Oysa, Meclisçe beşte üç çoğunlukla kabul edilen Anayasa değişikliği kanununun Cumhurbaşkanının tarafından halkoylamasına sunulduğu takdirde bunun Resmî Gazetede yayımlanması 175'inci maddenin üçüncü fıkrasında açıkça "*kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmî Gazete'de yayımlanır*" denilerek öngörülmektedir. Meclisçe üçte iki çoğunlukla kabul edilen Anayasa değişikliği kanununun tamamının veya bir kısmının Cumhurbaşkanı tarafından halkoylamasına sunulduğu takdirde, halkoylamasına sunulan Kanunun veya maddelerinin Resmî Gazetede yayımlanması zorunluluğunun belirtilmesi 175'inci maddenin beşinci fıkrasında pek muhtemelen unutulmuştur.

Anayasanın 175'inci maddesinin beşinci fıkrasındaki bu eksiklik zararlı bir sonuca yol açmayacaktır. Zira, 23.5.1987 tarih ve 3376 sayılı *Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanunun* 2'nci maddesi

“Anayasa değişikliğinin halkoylaması, ilgili Anayasa değişikliği Kanununun **Resmî Gazetede yayımını** takip eden yüzyirminci günden sonraki ilk Pazar günü yapılır”

demektedir. Madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere bir Anayasa değişikliği hakkında halkoylaması yapılabilmesi için halkoylamasında oylanacak olan **Anayasa değişikliği kanunun Resmî Gazetede yayımlanması gerekir**. Cumhurbaşkanının onayladığı maddeler de, halkoylamasına sunduğu madde de bir “Anayasa değişikliği kanunu”dur. Zaten bir Anayasa değişikliği kanunu olduğu için halkoylamasına sunulabilmektedir. O hâlde bu maddenin de Resmî Gazetede yayımlanması gerekir. 3376 sayılı *Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanunun* ikinci maddesinden çıkan anlama göre, üzerinde halkoylaması yapılacak kanun veya maddeler veya madde, Resmî Gazete yayımlanmadıkça, Yüksek Seçim Kurulunun halkoylaması sürecini başlatması mümkün değildir. Keza, halkoylaması da bu yayım olmadıkça hiçbir zaman yapılamayacaktır. Çünkü, 120 günlük süre Resmî Gazetede yayım olmadıkça, hiçbir zaman işlemeye başlamayacaktır.

Keza, halkoylamasına sunulan Anayasa değişikliği kanunlarının Resmî Gazetede yayımlanması zorunluluğu 23.5.1928 tarih ve 1322 sayılı *Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanunun* 1'inci maddesine dayanarak da savunulabilir. Adı geçen Kanunun 1'inci maddesine göre kanunların Resmî Gazetede yayımlanması mecburîdir. Halkoylamasına sunulması istenilen 27'nci madde de hukukî biçim itibarıyla tüm diğer kanunlar gibi bir “kanun”dur. Dolayısıyla, 1322 sayılı Kanunun 1'inci maddesi uyarınca onun da Resmî Gazetede yayımlanması gerekir.

- UYGULAMA (3 Ekim 2001 tarih ve 4709 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanununun 27'nci Maddesi)

Uygulamada 15 Ekim 2001 gününe kadar, Cumhurbaşkanının bir Anayasa değişikliği kanunun bazı maddelerini onaylayıp, diğer bazı maddelerini ise halkoylamasına sunduğuna rastlanmamıştı. Cumhurbaşkanı, 15 Ekim 2001 günü Başbakanlığa gönderdiği bir yazıyla⁴, 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin De-

⁴ <http://www.cankaya.gov.tr/ACIKLAMALAR/15.10.2001-1322.html> (18.10.2001).

ğiştirilmesi Hakkında Kanunun 27'nci maddesinin halkoylaması sunulmasına karar vermiştir. Ancak, Cumhurbaşkanının 15.10.2001 tarihinde Başbakanlığa ve Türkiye Büyük Millet Meclisine gönderdiği 15.10.2001 tarih ve 2001-693 sayılı yazıda⁵ 27'nci maddeye ilişkin

“Yasa'nın çerçeve 27. maddesiyle Anayasa'nın 86. maddesinde yapılan değişikliğin Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin özlük haklarını ilgilendirmesi ve üyelere yönelik her türlü olumsuz eleştiriyi önlenmesi amacıyla doğrudan halkoyuna sunulması uygun bulunmuştur”⁶

denmekte, ama halkoylamasına sunulmasına karar verdiği söz konusu 27'nci maddenin Resmî Gazetede yayımlanmasına ilişkin hiçbir cümle yer almamakta, tersine aynı yazıda

“Yasa'nın çerçeve 27. maddesi dışındaki diğer maddelerinin Resmî Gazete'de yayımlanması rica ederim”⁷

denmektedir. Başbakanlık da kendisine 27'nci maddenin yayınlanması konusunda talimat verilmediği için bu maddeyi yayınlamamış; Cumhurbaşkanlığından yayımlanması konusunda yazı beklemiştir. Cumhurbaşkanı ise buna karşılık olarak, “ilk gönderilen yazı dikkatle okunacak olursa, her şeyin bu yazının içinde bulunduğunu” söylemiştir⁸.

Basın-yayın organları ise Başbakanlığın halkoylamasını engellemek amacıyla Anayasa Değişikliği Kanununun 27'nci maddesini kasten yayımlamadığı şeklinde yorumlar yapmıştır. Bu tür yorumlar karşısında Başbakanlık 20 Ekim 2001 günü şöyle bir “basın açıklaması” yapmıştır:

“4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un Resmi Gazete'de yayımı ile ilgili olarak Cumhurbaşkanlığı'nca Başbakanlığa gönderilen 15 Ekim 2001 gün ve 2001-693 sayılı yasanın sonunda aynen ‘Yasanın çerçeve 27. maddesi dışındaki maddelerinin Resmi Gazete'de yayımlanmasını rica ederim’ denilmektedir.

Bu nedenle, 4709 sayılı yasa Cumhurbaşkanlığı'nın talimatı doğrultusunda 27. maddesi çıkarılmak suretiyle 17 Ekim 2001 tarihli mükerrer Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁵ Bu yazının fotokopisi *Radikal* gazetesinde yayınlanmıştır. Bkz. *Radikal*, 21 Ekim 2001. (<http://www.radikal.com.tr>).

⁶ <http://www.cankaya.gov.tr/ACIKLAMALAR/15.10.2001-1322.html> (18.10.2001). Cumhurbaşkanlığının resmî internet sitesinde açıklanan yazı Başbakanlığa gönderilen değil, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına gönderilendir. Ancak aynı yazının Başbakanlığa da gönderildiği belirtilmektedir.

⁷ *Radikal*, 21 Ekim 2001.

⁸ *Radikal*, 21 Ekim 2001.

...Cumhurbaşkanlığı tarafından, 4709 sayılı yasanın çerçeve 27. maddesinin Resmî Gazete’de yayınlanması yönünde Başbakanlığa herhangi bir yazı veya talimat gelmemiştir”⁹.

Cumhurbaşkanının onbeş günlük süresi 20 Ekim 2001 Cumartesi günü dolmasına rağmen Cumhurbaşkanı halkoylamasına sunduğu 27’nci maddenin Resmî Gazetede yayımlanmasını istememiş, 22 Ekim 2001 Pazartesi günü Başbakanlık 27’nci maddenin yayınlanması için Cumhurbaşkanlığından talimat beklediğini resmî bir yazıyla Cumhurbaşkanlığına bildirmiştir¹⁰. Bunun üzerine 22 Ekim 2001 Pazartesi günü gazetecilerin Başbakanlığa 27’nci maddenin yayınlanıp yayınlanmaması konusunda bir yazı gönderip göndermeyeceğini sormaları üzerine Cumhurbaşkanı, ek bir yazı göndermesine gerek olmadığını savunmuş, “*ama bu konuda bir duraksama varsa yazı da yazarız*” demeyi de ihmal etmemiş ve gerçekten de 22 Ekim 2001 Pazartesi günü akşama doğru 27’nci maddenin Resmî Gazetede yayımlanması için bir yazıyı Başbakanlığa göndermiş, Başbakanlık da aynı gün, 22 Ekim 2001 tarih ve 24561 mükerrer sayılı Resmî Gazetede 27’nci maddeyi yayımlamıştır.

Görüşümüz ve Eleştirilerimiz

Cumhurbaşkanının sadece onayladığı maddelerin değil, onaylamadığı ve halkoylamasına sunduğu maddelerin de Resmî Gazetede yayımlanması gerekir. Bu yayımı yapacak makam, şüphesiz ki, o maddeleri halkoylamasına sunma yetkisine sahip olan Cumhurbaşkanlığı makamıdır. Başbakanlık bu konuda tamamen yetkisizdir. Çünkü, Anayasa değişikliği kanunu da bir “kanun” olduğuna göre bunu Resmî Gazetede yayımlama görevi, Anayasanın 89’uncu maddesine ve keza 104’üncü maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin üçüncü alt bendine göre, Başbakanlığa değil, Cumhurbaşkanına ait bir görevdir. Cumhurbaşkanı, halkoylamasına sunduğu 2709 sayılı Kanunun 27’nci maddesini Resmî Gazetede yayımlanmak üzere Başbakanlığa tevdi etmedikçe, Başbakanlığın bu maddeyi kendiliğinden Resmî Gazetede yayımlamaya yetkisi yoktur. Bu sonuca 23 Mayıs 1928 tarih ve 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanunun 5’inci maddesinden hareketle de ulaşılabilir. Bu madde aynen şöyle demektedir:

“Kanunlar ile nizamnameler *Reisicumhur tarafından... Başvekalete tevdi olunur*. Müdavenat Müdüriyetince bunların kabul tarihiyle nizamnamelerin Reisicumhur tarafın-

⁹ [http://www.hurriyetim.com.tr/haber/0,,sid~1@nvid~43371,00.asp\(20.10.2001\);](http://www.hurriyetim.com.tr/haber/0,,sid~1@nvid~43371,00.asp(20.10.2001);)
[http://www.ntv.com.tr/news/114011.asp\(20.10.2001\).](http://www.ntv.com.tr/news/114011.asp(20.10.2001))

¹⁰ *Radikal*, 23 Ekim 2001.

dan imza edildiği günün tarihleri kayıt ve tesbit ve suretleri çıkarılıp asılları Hazinei Evraka teslim olunur ve Resmî Gazete ile neşir ve ilan ettirilir”.

Madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere Sayın Cumhurbaşkanı, bir kanunu Başbakanlığa *tevdî etmedikçe*, bu kanunu, Başbakanlığın “Resmî Gazete ile neşir ve ilân” etme yetkisi yoktur. Eğer Başbakanlık, böyle bir tevdî olmadan kendiliğinden bir kanunu Resmî Gazetede neşir ve ilân ederse, sahip olmadığı bir yetkiyi gasp etmiş, 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanunun 5’inci maddesine aykırı davranmış ve dolayısıyla görevini kötüye kullanmış olur.

Kanunların Resmî Gazetede yayımlaması sürecinde Başbakanlığın görevi tamamıyla teknik bir faaliyet niteliğindedir. Başbakanlığın görevi Cumhurbaşkanlığından gelen kanun metinlerini Resmî Gazetenin basıldığı Başbakanlık Basımünevine iletmekten ibarettir.

Cumhurbaşkanının Yaptığı Hatalar

Yukarıda açıklanan uygulamada Cumhurbaşkanının yaptığı üç adet hata vardır:

Hata 1: Cumhurbaşkanı, Halkoylamasına Sunma İradesini Baştan Resmî Gazetede Yayım Yoluyla Açıklamamıştır.- Devlet organları iradelerini resmî şekilde, yani “karar” veya “kararname” biçiminde açıklar ve bunlar Resmî Gazetede yayımlanır. Oysa Cumhurbaşkanı, 27’nci maddeyi halkoylamasına sunma iradesini “karar” veya “kararname” biçiminde bir hukukî işlemle açıklamamış, Türkiye Büyük Millet Meclisine ve Başbakanlığa gönderdiği alelade bir yazıyla açıklamış ve bu yazılar Resmî Gazetede değil, günlük gazetelerde ve Cumhurbaşkanlığının internet sitesinde yayınlanmıştır¹¹. 15 Ekim 2001 Pazartesi gününden 22 Ekim Pazartesi gününe kadar geçen bir haftalık süre içinde Türkiye’de herkes 27’nci maddenin Cumhurbaşkanı tarafından halkoylamasına sunulduğunu duymuştu. Ama bu husus, Resmî Gazetede henüz yayınlanmamıştı. Cumhurbaşkanı halkoylamasına sunduğunu açıkladığı 27’nci maddeyi, bu açıklamayı yaptıktan tam bir hafta sonra 22 Ekim 2001 günü Resmî Gazetede yayımlamıştır.

Cumhurbaşkanı, böylece 27’nci maddenin Resmî Gazetede yayımlanmasını 15 Ekim 2001 tarihinden 22 Ekim 2001 tarihine kadar gereksiz yere geciktirmiş ve kamuoyunda haksız yorumların yapılmasına yol açmıştır. Cumhurbaşkanı onayladığı maddeleri Resmî Gazete yayımlamak üzere nasıl 15 Ekim 2001 günü Başbakanlığa göndermiş ise, aynı gün onaylama-

¹¹ <http://www.cankaya.gov.tr/ACIKLAMALAR/15.10.2001-1322.html> (18.10.2001).

dığı ve halkoylamasına sunduğu maddeyi Resmî Gazetede yayımlanması için Başbakanlığa göndermesi gerekirdi. Oysa Cumhurbaşkanı bunu yapmamış, yapmamak konusunda da bir hafta boyunca direnmiştir. Bu bir hafta süresinde basın-yayın organlarında 27'nci maddenin Resmî Gazete yayımının Başbakanlık tarafından engellendiği, bekletildiği gibi haberler çıkmıştır.

Hata 2: Cumhurbaşkanı, Anayasanın Kendisine Tanıdığı Onbeş Günlük Süreyi Geçirmiştir.- Cumhurbaşkanı halkoylamasına sunduğu 27'nci maddenin Resmî Gazetede yayımlanmasını geciktirerek görevini aksatmıştır. Şöyle ki:

Anayasamızın 175'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre Anayasa değişikliği kanunlarının “*görüşülmesi ve kabulü, bu maddedeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tâbidir*”. Dolayısıyla Anayasa değişikliği kanunlarının Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması sürecine, 175'inci maddede belirtilen hususlar dışında Anayasanın 89'uncu maddesi uygulanmaktadır. Anayasanın 175'inci maddesinde Cumhurbaşkanının onay, iade ve halkoylamasına sunma yetkisini kaç gün içinde kullanacağına ilişkin bir hüküm olmadığına göre, bu konuda 89'uncu madde uygulanır. Anayasanın 89'uncu maddesi ise, Cumhurbaşkanının kanunlar üzerinde sahip olduğu yetkileri kullanması için onbeş günlük bir süre öngörmektedir. O hâlde, Sayın Cumhurbaşkanı, Anayasa değişikliği kanunları hakkında sahip olduğu onay, geri gönderme, halkoylamasına sunma yetkilerini onbeş gün içinde kullanmak zorundadır.

Cumhurbaşkanının bu yetkilerini onbeş gün içinde kullanmak zorunda olduğu konusunda doktrinde de bir tereddüt yoktur. Örneğin Doç.Dr. Erdal Onar, *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu* başlıklı çalışmasında şöyle yazmaktadır:

“Anayasa, geri gönderme yetkisini kullanabilmesi için Cumhurbaşkanına on beş günlük bir süre verdiğine göre; Cumhurbaşkanının bir Anayasa değişikliğini T.B.M.M.'ne geri mi göndereceğine, kabul yetersayısı elverişliyse yürürlüğe mi sokacağına, yoksa halkoyuna mı sunacağına, haliyle bu onbeş günlük süre içinde karar vermesi gerekecektir. Bu nedenle, Cumhurbaşkanı, halkoyuna sunacağı Anayasa değişikliklerini, kendisine geliş tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde Resmî Gazetede yayımlamalıdır”¹².

27'nci maddenin içinde yer aldığı 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığından Cumhurbaşkanlığına 5 Ekim 2001 günü gönderilmiştir. Dolayısıyla Anayasanın 89'uncu madde-

¹² Erdal Onar, *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara, 1993, s.102-103.

sinin Cumhurbaşkanına tanıdığı onbeş günlük süre, 20 Ekim 2001 Cumartesi günü saat 24.00'da dolmuştur. Buna rağmen, Cumhurbaşkanı 27'nci maddeyi Resmî Gazetede yayımlanmak üzere Başbakanlığa süresi içinde tevdi etmemiştir. Cumhurbaşkanı'nın bu davranışı, Anayasamızın 89'uncu maddesine açıkça aykırıdır. Bilindiği gibi Anayasayla sadece Hükûmet ve Türkiye Büyük Millet Meclisi değil, aynı zamanda Cumhurbaşkanı da bağlıdır. Zira, Anayasamızın 11'inci maddesi "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır" demektedir. Hukuka saygıdan, Anayasanın üstünlüğünden bunca bahseden Cumhurbaşkanı'nın Anayasanın süreye ilişkin hükmüne uymamış olmasının nedenini anlamak mümkün değildir. Üstelik Başbakanlık onbeş günlük sürenin dolacağı son gün (20 Ekim 2001), bu konuda bir açıklama yaparak Cumhurbaşkanı'nyarmıştır.

Eğer Cumhurbaşkanı'nın cezaî sorumluluğu olsaydı, 27'nci maddeyi 20 Ekim 2001 gününden sonra yayımlanmak üzere Başbakanlığa göndermesi Türk Ceza Kanununun 230'uncu maddesinde düzenlenen "görevi ihmal" suçunu oluşturur ve bu nedenle de Cumhurbaşkanı'nın Yüce Divanda yargılanması gerekirdi. Ancak Anayasamızın 105'inci maddesine göre Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanet suçu dışında cezaî sorumluluğu yoktur. O nedenle Cumhurbaşkanı'nın bu hatasına karşı uygulanabilecek bir müeyyide bulunmamaktadır. Oysa aynı hatayı Başbakan yapsaydı, Başbakanın meclis soruşturması usûlüyle suçlandırılıp Yüce Divanda yargılanması mümkün olurdu.

Hata 3: Cumhurbaşkanı Halkoylamasına Sunma İradesini Uygun Hukukî Biçimde Açıklayamamıştır.- Cumhurbaşkanı Anayasanın kendisine verdiği görevi onbeş günlük sürenin dolmasından sonra, gecikerek yerine getirmiş gecikerek ve 27'nci maddeyi Resmî Gazetede 22 Ekim 2001 günü yayımlamıştır. Cumhurbaşkanı görevini gecikerek de olsa yerine getirmiş; ama gel gelelim, Resmî Gazetede yayım için uygun hukukî biçimi yine bulamamıştır. Cumhurbaşkanı halkoylamasına sunduğu 27'nci maddeyi bir kanun biçiminde aynen şu şekilde Resmî Gazetede yayımlamıştır:

(Resmî Gazete, 22 Ekim 2001, Sayı 24561 Mükerrer)

**Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi
Hakkında Kanun'un 27 nci Maddesi**

Kanun No. 4709

Kabul Tarihi : 3.10.2001

MADDE 27. — 7.11.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 86 ncı maddesinin başlığı ile birinci fıkrası aşağıdaki şekilde, ikinci fıkrasında geçen “sosyal güvenlik kuruluşları” ibaresi de “Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı” olarak değiştirilmiştir.

7. Ödenek, yolluk, emeklilik ve sosyal haklar

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin ödenek ve yollukları ile sosyal hakları, emeklilikleri ve tazminatları özel kanununda düzenlenir. Ödenegin aylık tutarı, en yüksek Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı iştirakçisinin görevde iken almakta olduğu miktardan, yolluk tutarı ödenek miktarının yarısından, bağlanacak emekli aylıkları da bunların toplamının yarısından az olamaz. Üyeler Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı ile ilişkilendirilirler ve üyeliği sona erenlerin istekleri halinde Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı ile ilişkileri devam eder. (*)

(*) *Cumhurbaşkanlığından alınan 22/10/2001 tarih ve B.01.0.KKB.01-18/C-4-2001-726 sayılı yazı uyarınca halkoyuna sunulmak üzere yayımlanmıştır.*

Görüldüğü gibi Resmî Gazetede yayımlanan şey bir kanun maddesinden ibarettir. Cumhurbaşkanı, yayınladığı bu maddeyi halkoylamasına sunduğu yolundaki iradesini Resmî Gazetede hâlâ belirtmemiştir. Başkanlık, kanunun sonuna bir dipnot şeklinde “Cumhurbaşkanlığından alınan 22/10/2001 tarih ve B.01.0.KKB.01-18/C-4-2001-726 sayılı yazı uyarınca halkoyuna sunulmak üzere yayımlanmıştır” ibaresini eklemiştir. Böylece hukuk dünyasında “dipnotlu kanun” diye bir yenilik ortaya çıkmış durumdadır. Başbakanlığın bu kanuna bu dipnotu eklemesi eleştirilebilir. Ancak, Başbakanlığın bu dipnotu olmasaydı, 27’nci maddenin Resmî Gazetede halkoylamasına sunulması için yayımlandığını belirten bir ifade olmayacağı için ve bir kanun metninin Resmî Gazetede yayımlanması onun yürürlüğe girmesi anlamına geldiği için, 27’nci madde halkoylamasına sunulmuş olmak yerine yürürlüğe girmiş olacaktı. Dolayısıyla Başbakanlık, bu kanuna “dipnotu” ekleyerek Cumhurbaşkanının bir hatasını düzeltmiş oldu. Ama böylece hukuk alanında şimdiye kadar örneği görülmemiş “dipnotlu kanun” şeklinde bir garabet ortaya çıkmış oldu.

Oysa Cumhurbaşkanı 4709 sayılı Kanunun 27’nci maddesini halkoylamasına sunma yolundaki iradesini “karar” biçiminde açıklamalı ve bu kararda Cumhurbaşkanı “falan tarih ve filan sayılı Anayasa Değişikliği Kanununun aşağıda metni yer alan falan maddesinin Anayasanın 175’inci maddesinin beşinci fıkrası uyarınca halkoyuna sunulmasına karar verdim”

demeli ve karar metninin altında halkoyuna sunulan madde metnini eklemeliydi. Böylece halkoyuna sunulan maddenin de Resmî Gazetede yayımlanması şartı gerçekleşmiş olurdu. Böyle bir karar Cumhurbaşkanlığından gelen diğer bütün kararlar gibi Resmî Gazetede yayımlanırdı. Bu karar örneğin şöyle kaleme alınabilirdi:

Halkoyuna Sunma Kararı

Cumhurbaşkanlığından:

Karar Sayısı: 2001/

3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunun aşağıda metni yer alan 27'nci maddesini Anayasanın 175'inci maddesinin beşinci fıkrası uyarınca halkoyuna sunulmasına karar verilmiştir.

CUMHURBAŞKANI

EK: 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunu, Madde 27.-

Anayasamız Cumhurbaşkanına Anayasa değişikliği kanunlarını halkoyuna sunma yetkisi vermiştir (m.175/5). Cumhurbaşkanı kendisine Anayasa tarafından verilen yetkileri "karar" veya "karaname" biçiminde olan hukukî işlemler ile kullanır. Cumhurbaşkanının Anayasanın verdiği bir yetkiyi, herhangi bir yazıyla değil, hukukî biçim olarak "karar" veya "karaname" teşkil eden bir hukukî işlem ile kullanabilir. Cumhurbaşkanı, Anayasanın kendisine verdiği halkoyuna sunma yetkisini de "karar" biçiminde kullanmalıydı. Cumhurbaşkanı bu yetkisini Başbakanlığa gönderdiği bir yazıda "27'nci maddenin halkoylamasına sunulması uygun bulunmuştur" deyip, bundan bir hafta sonra da bu maddenin metnini Resmî Gazetede bir kanun biçiminde yayımlayarak kullanamaz. Zira, Cumhurbaşkanının bu tarzda yaptığı bir irade açıklaması, şekil şartlarını yerine getirmediği için, geçerli bir hukukî işlem olarak kabul edilemez ve kendisinden beklenen sonuçları meydana getiremez.

C. GERİ GÖNDERME YETKİSİ

Cumhurbaşkanı, Meclisçe üçte iki çoğunlukla kabul edilmiş bir Anayasa değişikliği kanununu bir kez daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir (m.175/3). Haliyle geri gönderme yazısı, Başbakanlığa değil, Türkiye Büyük Millet Meclisi başkanlığına yazılmalıdır. Cumhurbaşkanı bu yetkisini kanunun kendisine gelmesinden itibaren 15 gün içinde kullanmalıdır (m.175/2 uyarınca m.89/1). Cumhurbaşkanının geri gönderme yazısı gerekçeli olmalıdır (m.175/2 delaletiyle m.89/1).

Cumhurbaşkanı, Anayasa Değişikliği Kanunlarını Kısmen Geri Gönderebilir mi?- Acaba Cumhurbaşkanı kendisine gönderilen bir Anayasa değişikliği kanununun bazı maddelerini onaylayıp, sadece bazı maddelerini Türkiye Büyük Millet Meclisine bir defa daha görüşülmek üzere geri gönderebilir mi? 175'inci madde, "kanun maddeleri"nin değil, "*Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunlar*"ın geri gönderileceğinden bahsetmektedir. Buna bakarak, maddelerin değil, kanunun bir bütün olarak geri gönderilebileceği yorumu yapılabilir. Ancak bu çok da doğru bir yorum değildir. Anayasanın 175'inci maddesinde bu konuda bir boşluk olduğunu söylemek daha doğrudur. Eğer Anayasanın 175'inci maddesinde bu konuda bir boşluk varsa, bu boşluk, 175'inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca 89'uncu maddeye bakılarak doldurulur. 89'uncu maddenin 17 Ekim 2001 tarihinden önceki şeklinde, Cumhurbaşkanına kanunları kısmen geri gönderme yetkisi tanınmamıştır. O hâlde 17 Ekim 2001 tarihine kadar Cumhurbaşkanının Anayasa değişikliği kanunlarının bütünü değil, sadece bir maddesini geri gönderme yetkisine sahip olmadığını söyleyebiliriz. Aynı sonuca bundan sekiz yıl önce Erdal Onar tarafından da ulaşılmıştır. Erdal Onar'a göre,

"birden fazla maddeden oluşan bir Anayasa değişikliğinin sadece bir maddesine karşı çıkmış olsa bile, Cumhurbaşkanının, değişiklik yapan kanunun tümünü geri göndermesi gerekecektir"¹³.

Ancak, Anayasanın 89'uncu maddesi 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve Cumhurbaşkanına kanunları "kısmen veya tamamen" geri gönderme yetkisi tanınmıştır. O nedenle, 4709 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarih olan 17.10.2001 tarihinden itibaren Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliği kanunlarının tamamını değil, bazı maddelerini veya bir maddesini Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderme yetkisine kavuşmuştur.

* *

*

Meclisçe üçte iki çoğunlukla kabul edilmiş bir Anayasa değişikliği kanununu bir kez daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilmiş ise, Meclis Anayasa değişikliği kanununu aynı çoğunlukla, yani üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla aynen kabul edebilir. Bu seçenekte, Cumhurbaşkanının Anayasa değişikliği kanununu Meclise geri göndermesi bir "geciktirici veto" niteliğindedir. Zira, Cumhurbaşkanı, bu yetkisini kullanarak, bir Anayasa değişikliği kanununu *engellememekte*, sadece onun çıkmasını *geciktirebilmektedir*.

¹³ *Ibid.*, s.87.

Çünkü, geri gönderilen Anayasa değişikliği kanununu Türkiye Büyük Millet Meclisinin tekrar aynen kabul edebilmesi için daha yüksek bir kabul yetersayısı öngörülmemektedir. Meclis aynı çoğunlukla (üçte iki), aynı Anayasa değişikliği kanununu bir kez daha kabul edebilir. Eğer meclis, kendisine iade edilen Anayasa değişikliği kanunu bu şekilde aynen kabul ederse, Cumhurbaşkanının "onay" ile "halkoylamasına sunma" arasında iki seçeneği vardır.

1. Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliği kanununu **onaylayabilir** (m.175/5). Bu halde, azamî on beş gün içinde Anayasa değişikliği kanununu Resmî Gazetede yayımlar. Böylece Anayasa değişikliği kanunu kesinleşmiş olur.

2. Cumhurbaşkanı, böyle bir Anayasa değişikliği kanununu **halkoylamasına sunabilir** (m.175/5).

Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliği kanununun bazı maddelerini onaylayıp, diğer bazı maddelerini ise halkoylamasına sunabilir. Bu hususu yukarıda açıkladığımız için bu konuda daha fazla bir şey demiyoruz.

**ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN TEMEL HAK VE
HÜRRİYETLERİN SINIRLANDIRILMASI BAKIMINDAN
GETİRDİKLERİ VE GÖTÜRDÜKLERİ
(Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli
Hakkında Bir İnceleme)**

*The Advantages and Disadvantages of Constitutional Amendment on
Limiting the Basic Rights and Liberties*

*Doç. Dr. Kemal Gözler**

Anayasamızın ikinci kısmı temel hak ve ödevleri düzenlemektedir. İkinci kısım 12'nci maddeden 74'üncü maddeye kadar sürmekte ve toplam 62 adet maddeyi içermektedir. Şüphesiz ki bu 62 maddenin hepsinin ayrı bir önemi vardır. Ancak bu maddelerden biri en önemlisidir. Bu madde, 13'üncü maddedir. 13'üncü madde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemini belirleyen bir çerçeve madde niteliğindedir. 13'üncü maddede öngörülen şartlar, bütün diğer maddelerde düzenlenen temel hak ve hürriyetlere uygulanabilir niteliktedir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması, 13'üncü maddenin öngördüğü şartlar ve sınırlar dahilinde mümkündür. Te-

* Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Bursa
(Gözler@uludağ.edu.tr).

mel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının güvenceli bir sisteme bağlanıp bağlanmadığı 13'üncü maddedeki şartlara göre belirlenir. Temel hak ve hürriyetlerin gerekli bazı durumlarda sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı yine 13'üncü maddedeki ölçütlere göre tayin edilir.

İşte böylesine önemli olan 13'üncü madde, 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunla¹ değiştirilmiştir.

Bu makalede Anayasa değişikliğiyle 13'üncü maddede ne gibi değişiklikler yapıldığı, bu değişikliklerin neler getirdiğini ve neler götürdüğünü incelemeye çalışacağız. İlk önce 13'üncü maddenin eski şekline göre temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemini kısaca hatırlatacağız. Daha sonra da, 13'üncü maddenin yeni şekline göre temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemini inceleyeceğiz.

13'üncü Maddenin Eski Şekli.- İlk önce 13'üncü maddenin ilk şeklini görelim:

“Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması

MADDE 13.- Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğinin, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasasının ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasasının sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.

Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir”.

Görüldüğü gibi 13'üncü maddenin ilk şekli, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını bazı şartlara bağlamıştı. Bu şartlar şunlardı²:

1. Sınırlama kanunla olmalıdır.
2. Sınırlama Anayasasının sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.
3. Sınırlama (a) “genel sınırlama sebeplerine” veya (b) “anayasasının ilgili maddesinde öngörülen özel sebeplere” dayanmalıdır.
4. Sınırlama “demokratik toplum düzeninin gerekleri”ne aykırı olmamalıdır.
5. Sınırlama öngörüldüğü amaç dışında kullanılmamalıdır.

¹ *Resmî Gazete*, 17 Ekim 2001, Sayı 24556 (Mükerrer).

² Bu şartların incelenmesi hakkında bkz: Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000, s.225-251.

Şimdi de 13'üncü maddenin 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunla³ değiştirilmiş şeklini görelim:

Anayasa değişikliğinden sonra 13'üncü madde şu hâle gelmiştir:

“Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması

MADDE 13.- Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

13'üncü maddenin yeni şekline göre temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının şartları şunlardır:

1. Sınırlama kanunla olmalıdır.
2. Sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.
3. Sınırlama Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere bağlı olmalıdır.
4. Sınırlama temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunmamalıdır.
5. Sınırlama “demokratik toplum düzeninin gerekleri”ne aykırı olmamalıdır.
6. Sınırlama “lâik Cumhuriyetin gerekleri”ne aykırı olmamalıdır.
7. Sınırlama “ölçülülük ilkesi”ne aykırı olmamalıdır.

13'üncü maddenin eski şekliyle yeni şekli arasında benzerlikler ve farklılıklar vardır.

(I) Benzerlikler şunlardır:

1. Sınırlama kanunla olmalıdır.
2. Sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.
3. Sınırlama Anayasanın ilgili maddesinde öngörülen özel sebeplere dayanmalıdır.
4. Sınırlama “demokratik toplum düzeninin gerekleri”ne aykırı olmamalıdır.

13'üncü maddenin eski şekliyle yeni şekli arasında bazı farklılıklar da vardır. Şöyle ki, Anayasa değişikliği bir yandan maddenin eski şeklinde bulunmayan bazı yenilikler getirmiştir. Ancak Anayasa değişikliği, maddenin eski şeklinde olan bazı şeyleri de yürürlükten kaldırmıştır. Dolayısıyla, 13'üncü maddede yapılan Anayasa değişikliğinin *getirdiği* ve *götürdüğü* şeyler vardır.

(II) Anayasa değişikliğinin getirdikleri şunlardır:

1. Temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunma yasağını getirmiştir.

³ *Resmî Gazete*, 17 Ekim 2001, Sayı 24556 (Mükerrer).

2. Ölçülülük ilkesi getirmiştir.
3. Lâik Cumhuriyetin gereklerine uygunluk şartını getirmiştir.

(III) Anayasa değişikliğinin götürdükleri ise şunlardır:

1. Genel sınırlama sebeplerini kaldırmıştır.
2. Sınırlama öngörüldüğü amaç dışında kullanılması yasağını kaldırmıştır.

Yukarıdaki plana uygun olarak ilk önce 13'üncü maddenin eski şekliyle yeni şekli arasında aynı olan hususları, sonra eski şeklinde olup da yeni şeklinde olmayan hususları, daha sonra da eski şeklinde olmayıp da yeni şeklinde olun hususları görelim.

I. BENZERLİKLERİ

Yukarıda belirtildiği gibi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemi bakımından 13'üncü maddenin eski şekliyle yeni şekli arasında aynı olan hususlar vardır. Şu dört şart, 13'üncü maddenin eski şeklinde de yeni şeklinde de mevcuttur:

1. Sınırlama kanunla olmalıdır.
2. Sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.
3. Sınırlama Anayasanın ilgili maddesinde öngörülen özel sebeplere dayanmalıdır.
4. Sınırlama "demokratik toplum düzeninin gerekleri"ne aykırı olmamalıdır.

Şimdi bunların ne anlama geldiğini kısaca açıklayalım:

A. SINIRLAMA KANUNLA YAPILMALIDIR

13'üncü maddenin eski şekli ve keza yeni şekli de temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği ilkesini kabul etmiştir. 13'üncü maddenin eski şekline göre "temel hak ve hürriyetler... kanunla sınırlanabilir". Yeni şekline göre de "temel hak ve hürriyetler... ancak kanunla sınırlanabilir". İki hüküm arasında "ancak" kelimesi farklıysa da, bu sadece bir vurgu farkından ibarettir. Bundan bir hukukî sonuç farkı doğması mümkün değildir. Dolayısıyla, yeni sistemde de, eski sistemde olduğu gibi temel hak ve hürriyetler, kanunla sınırlanabilir; yani, kanun hükmünde kararnameyle, tüzükle, yönetmelikle veya diğer idarî işlemler ile sınırlanamaz.

B. SINIRLAMA ANAYASANIN İLGİLİ MADDESİNDE ÖNGÖRÜLEN SEBEPLERE DAYANMALIDIR

13'üncü maddenin eski şeklinin birinci fıkrasına göre, "temel hak ve hürriyetler..., Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle... sınırlanabilir". 13'üncü maddenin yeni şekline göre de "temel hak ve hür-

riyetler..., yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak... sınırlanabilir” denmektedir. Bu tür sınırlama sebeplerine anayasa hukuku literatüründe “özel sınırlama sebepleri” denmektedir. Bu sınırlama sebepleri, kendi geçtikleri maddede düzenlenen temel hak ve hürriyet için geçerlidir. Yani, yasama organı bir özel sınırlama sebebine dayanarak sadece bu sebebin öngörüldüğü temel hak ve hürriyeti sınırlayabilir. Örneğin Anayasanın 23’üncü maddesine göre, “yerleşme hürriyeti... sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek” amacıyla kanunla sınırlanabilir. Burada “sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek” bir özel sebeptir. Yasama organı bu sebebe dayanarak sadece yerleşme hürriyetini sınırlandırabilir.

Burada şunu belirtmek gerekir ki, 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile Anayasamızda mevcut olan özel sınırlama sebepleri azaltılmamış tersine arttırılmıştır. Söyle ki, Anayasanın değişiklikten önceki şeklinin 20, 21, 22, 26, 31, 33, 34, 51’inde maddelerinde mevcut olmayan “millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleri”ni bir özel sınırlama sebebi olarak adı geçen maddelere eklemiştir. Böylece Anayasamızda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bakımından özel sınırlama sebeplerinin sayısı son Anayasa değişikliğiyle arttırılmıştır.

C. SINIRLAMA ANAYASANIN SÖZÜNE VE RUHUNA UYGUN OLMALIDIR

13’üncü maddenin eski şekline göre birinci fıkrası, “temel hak ve hürriyetler... Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak... sınırlanabilir”. Maddenin yeni şekline göre de “sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna... aykırı olamaz”. Bu şart bakımından 13’üncü maddenin eski ve yeni şekilleri arasında bir fark yoktur.

D. DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİNE UYGUNLUK

Anayasamızın 13’üncü maddesinin ilk şeklinin ikinci fıkrasına göre, “temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz”. 13’üncü maddenin değişik şekline göre ise, “sınırlamalar... demokratik toplum düzeninin... gereklerine aykırı olamaz”. Dolayısıyla bu şart bakımından 13’üncü maddenin yeni şekli ile eski şekli arasında bir fark bulunmamaktadır.

II. GETİRDİKLERİ

3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Anayasa Değişikliği Kanununun getirdiği bazı yenilikler de vardır. Yani 13'üncü maddenin eski şeklinde olmayıp da, yeni şeklinde olan üç yeni şart bulunmaktadır. Bunlar şunlardır:

1. Temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunma yasağı getirilmiştir.
2. Ölçülülük ilkesini getirilmiştir.
3. Lâik Cumhuriyetin gereklerine uygunluk şartını getirmiştir.

A. TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN ÖZLERİNE DOKUNMA YASAĞI

Hakkın özüne dokunma yasağı temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında bir ölçüt olarak 1961 Anayasasının 11'inci maddesi tarafından kullanılmıştır. 1982 Anayasası bu ölçütü benimsememiş, onun yerine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin kullandığı ölçüt olan "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ölçütünü benimsemiştir. Buna rağmen Türk anayasa hukuku doktrinde, 1961 Anayasasına bağlı kalan bazı yazarlar, "hakkın özü" kriterini her zaman savunmuşlar ve bu kriterin "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kriterinden üstün olduğunu iddia etmişlerdir⁴. Bu iddialar doğruluğu ispat edilmiş değildir⁵.

Eleştiri.- Kanımızca, "hakkın özü" kriterine geri dönmüş olması bir talihsizliktir. Şöyle ki:

Bir kere, "hakkın özü" kriteri, belirgin bir kriter değildir. Bir hakkın özünün ne olduğu tartışmaya açıktır. Hakkın özü neresidir; "öz" olmayan ve dolayısıyla sınırlanabilecek olan kısmı neresidir? Bu iki kısım birbirinden nasıl ayrılabilir. Bunu objektif olarak tespit etmek, tanımlamak imkansızdır.

İkinci olarak, hakkın özü kriteri kullanışlı, operasyonel bir kriter de değildir. Şöyle ki, demokratik hukuk devletlerinde bazı durumlarda sınırlanabilen birçok temel hak ve hürriyetin sınırlandırılması, eğer hakkın özü krite-

4 Oktay Uygun, *1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Temel Rejimi*, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1992, s.188; İbrahim Kaboğlu, *Kolektif Özgürlükler*, Diyarbakır, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989, s.284; Zafer Gören, *Anayasa Hukukuna Giriş*, İzmir, Barış Yayınları-Fakülteler Kitabevi, 1997, s.370-371; Naz Çavuşoğlu, *Anayasa Notları*, İstanbul, Beta Yayınları, 1997, s.81; Bülent Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul, BDS Yayınları, 1994, s.211.

5 Hakkın özü kriterinin eleştirisi ve demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterinin savunulması için bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, op. cit., s.235-245.

ri esas alındığında mümkün olmamaktadır. Örneğin⁶ demokratik hukuk devletlerinde bazı durumlarda mektuplar açılabilen ve telefonlar dinlenebilmektedir. Bizim ülkemizde de buna ihtiyaç olması pek tabiidir. Ama artık 13'üncü maddede hakkın özü kriteri getirildiği için, mektupların açılması veya telefonların dinlenmesi Anayasaya aykırı olur. Çünkü, mektubun açılmasıyla veya telefonun dinlenmesiyle bu hakkın özüne dokunulmuş olur⁷. Zira mektup açılınca veya telefon dinlenince, haberleşmenin gizliliği esası bütünüyle ve özüyle ortadan kalkmış olur; kendisine donulmayan bir öz artık kalmaz. Hakkın özü kriteri uygulanırsa, telefon dinleme imkânı kalmaz. Oysa demokratik hukuk devletlerinde haberleşmenin gizliliği ilkesine bazı durumlarda müdahale edilebilmektedir. Türkiye Cumhuriyetinin de millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi vb. sebeplerle telefon dinlemeye ihtiyacı olacaktır. Ama Anayasa değişikliğiyle artık hakkın özüne dokunmak yasaklandığına göre, bunun yapılması Anayasanın 13'üncü maddesine aykırı olur. Diğer bir örnek olarak idam cezalarını ele alalım. Demokratik bir hukuk devletinde idam cezası uygulanabilir. Amerika Birleşik Devletleri gibi demokratik devletlerde uygulanmaktadır da. Oysa hakkın özü kriteri kabul edilirse, idam cezalarının infaz edilmesi mümkün değildir; çünkü idam cezası infaz edilince yaşama hakkından geriye dokunulmamış bir öz kalmaz. Zira, idam cezası infazı, yaşama hakkının sadece özüne dokunmamakta, aynı zamanda bu hakkı tamamıyla ortadan kaldırmaktadır⁸.

Nihayet temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının bir sınırı olarak, uluslararası sözleşmelerde kullanılan kriter, "hakkın özü" kriteri değil, "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kriteridir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m.9/12, 10/2, 11/2) ve Birleşmiş Milletler çerçevesinde hazırlanan Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi, hakkın özü kriterini değil, demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterini kullanmaktadır.

⁶ Örnek Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanvekili Prof. Dr. Feyyaz Gölcüklü tarafından verilmiştir (*Danışma Meclisi Tutanak Dergisi*, Birleşim 130, 16 Ağustos 1982, s.147).

⁷ 1961 Anayasası döneminde "hak ve hürriyetin özü" şu şekilde tanımlanıyordu: "Bir hak ve hürriyetin özü, onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde söz konusu hürriyeti anlamsız kılacak olan aslî çekirdeğidir" (Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, s.82). Anayasa Mahkemesi de hakkın özünü şu şekilde tanımlıyordu: "Bir hakkın veya hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıcı hükümler o hak ve hürriyetin özüne dokunur" (Anayasa Mahkemesi, 4 Ocak 1963 tarih ve E.1962/208, K.1963/1 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Cilt 1, s.74).

⁸ Burhan Kuzu, *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990, s.231.

İşte 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğiyle 1980 öncesinin, bu tanımlanması güç, kullanılması mümkün olmayan, bazı temel hak ve hürriyetleri sınırlandırılmaz hâle getiren ve uluslararası sözleşmelerde kabul edilmemiş bir kavram olan “hakkın özü” kavramına geri dönmüştür.

Nihayet şunu da belirtelim ki, 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliği, hakkın özü kavramını 13’üncü maddeye eklemiş, ama onun alternatif kavramı olan “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramını 13’üncü maddeden çıkarmamış, böylece birbirine alternatif iki kavram aynı maddede yer alır hâle gelmiştir. Hiç olmazsa, hakkın özü kavramı 13’üncü maddeye eklenirken, demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı bu maddeden çıkarılsaydı.

B. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğiyle 13’üncü maddeye bir de “ölçülülük ilkesi” ilâve edilmiştir. Maddenin yeni şeklinde, “*bu sınırlamalar... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*” denmektedir. Bu ilkenin 13’üncü maddeye konulması kanımızca isabetli olmuştur. Zira, ölçülülük ilkesi 13’üncü maddenin eski şeklinde bulunmamaktaydı. Buna rağmen 1982 Anayasası döneminde (3 Ekim 2001 tarihine kadar) doktrin ve Anayasa Mahkemesi sanki 13’üncü maddede böyle bir ilke varmış gibi bu “ölçülülük ilkesi”nden bahsetmişlerdir. Doktrin bu yorumu ve Anayasa Mahkemesinin bu içtihadı sadece bizim tarafımızdan eleştirilmiş ve bu yorumun ve içtihadın pozitif temelden mahrum olduğu, Anayasanın 13’üncü maddesinde “ölçülülük ilkesinin bulunmadığı tarafımızdan ileri sürülmüştür⁹. Ancak bizim görüşümüz kimse tarafından benimsenmemiştir. Bizim dışımızda bütün yazarlar¹⁰, 13’üncü maddede öngörülen temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması şartları arasında ölçülülük ilkesini saymışlardır.

3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğiyle bizim haklı olduğumuz ortaya çıkmıştır. Zira, ölçülülük ilkesi, 13’üncü maddenin eski şeklinde olsaydı, bu ilkeyi bir kez daha koymağa gerek olmazdı.

⁹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, op. cit., s.248-251.

¹⁰ Örneğin bkz. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, op. cit., s.81; Oktay Uygun, *1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Temel Rejimi*, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1992, s.161-171; Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş*, Ankara, İmaj Yayıncılık, 1997, s.47-48; Christian Rumpf, *Türk Anayasa Hukukuna Giriş*, Ankara, 1995, s.133-137; Christian Rumpf, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi”, *Anayasa Yargısı*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1993, Cilt 10, s.25-48; Zafer Gören, *Anayasa Hukukuna Giriş*, İzmir, Barış Yayınları-Fakülteler Kitabevi, 1997, s.365-366; Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1993, s.284-294.

Eleştiri.- Anayasamızın 13'üncü maddesine ölçülülük ilkesinin ilâve edilmesi yerindedir. Ancak ilâve edilmiş formülü ("*bu sınırlamalar... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*") yanlıştır. 13'üncü maddeye ilâve edilen "ölçülülük ilkesi" tabiri kanun yapma tekniğine aykırıdır. "Ölçülülük ilkesi" diye bir ilke, Anayasanın metninde geçtiğinde, sanki Anayasanın normlarının dışında, ayrı bir varlığı olan bir tabii hukuk ilkesine veya doktrinin ürettiği bir ilkeye Anayasanın atıf yaptığı gibi tuhaf bir sonuç ortaya çıkmaktadır. 13'üncü maddede, "sınırlamalar... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" ifadesi yerine doğrudan "temel hak ve hürriyetler, durumun gerektirdiği ölçüde sınırlanabilir" gibi bir ifade kullanılmalıydı.

Gerçekten de "ölçülülük ilkesi"nin kullanıldığı pozitif hukuk metinlerinde bu ilkenin adı geçmeden içeriği hüküm altına alınmaktadır. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ölçülülük ilkesi, "*zaruri bulunduğunda derecede*" tabiri ile ifade edilmektedir. Keza, 1982 Anayasasının 15'inci maddesinde "sınırlamalar, ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" diye bir ifade yoktur; onun yerine "*durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir*" ifadesi kullanılmaktadır.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının bir sınırı olarak "ölçülülük ilkesi", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde öngörülmüştür. Keza bizim Anayasamızın 15'inci maddesinde de "ölçülülük ilkesi" olağanüstü hâllerde temel hak ve hürriyetlerin durdurulması için öngörülmüştür. Ancak gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde, gerek 1982 Anayasasının 15'inci maddesinde "sınırlamalar, ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" diye bir ifade yoktur. Bu maddelerde ifade edilen şeye "ölçülülük ilkesi" ismi doktrin tarafından verilmiştir. Pozitif hukuk metinleri kendi koydukları ilkelere isim vermez. O ilkenin içeriğini hüküm altına alır. Daha sonra doktrin ona isim verir. Anlaşılan o ki, 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa Değişikliğini kaleme alanlar, sadece tali kurucu iktidar değil, doktrin rolünü de üstlenmiş durumdadır!

C. LÂİK CUMHURİYETİN GEREKLERİNE UYGUNLUK ŞARTI

3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğinin getirdiği bir yenilik de "lâik Cumhuriyetin gerekleri" kavramıdır. 13'üncü maddenin yeni şekline göre, "sınırlamalar..., lâik Cumhuriyetin gereklerine... aykırı olamaz". 13'üncü maddenin eski şeklinde, sınırlandırmanın sınırı olarak böyle bir şart yoktur.

Eleştiri.- Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının şartlarının düzenlendiği bir maddeye, bir şart olarak "lâik Cumhuriyetin gerekleri"ne uygunluk şartının ilâve edilmesinin mantığını anlamak mümkün değildir.

13'üncü maddede sayılanlar, temel hak ve hürriyetler sınırlandırılırken uyulması gerekenler şartlardır. "Lâik Cumhuriyetin gerekleri" kavramı, nasıl olacak da, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında bir şart olarak rol oynayabilecektir? Lâiklik esas itibarıyla devletin resmî bir dininin olmasını ve devlet işleri ile din işlerinin ayrılmasını gerektiren bir ilkedir. Devlet işleriyle din işlerinin ayrılmasının temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemiyle ne gibi bir alakası olabilir? Bunu anlamak mümkün değildir. Kanımca, "lâik Cumhuriyetin gerekleri" kavramı, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemi açısından operasyonel bir kavram değildir. Zira, lâiklik başka şey, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması başka şeydir.

"Lâik Cumhuriyetin gerekleri" nelerdir ki, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında bu gerekler bir kıstas olsun? Doktrinde laikliğin gerekleri konusunda birçok tartışma yapılmış olmasına rağmen, genellikle "laikliğin gerekleri" olarak sayılan şartlar şunlardır¹¹:

1. Devletin resmî bir dini olmamalıdır.
2. Devlet bütün dinler karşısında tarafsız olmalıdır.
3. Devlet bütün din mensuplarına eşit davranmalıdır.
4. Din kurumları ile devlet kurumları birbirinden ayrı olmalıdır.
5. Hukuk kuralları din kurallarına uymak zorunda olmamalıdır.

Nasıl olacak da laikliğin bu gerekleri temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında bir kriter olacaklardır? Nasıl olacak da örneğin, devletin resmî bir dininin olmaması temel hak ve hürriyetler için bir güvence oluşturacaktır? Keza nasıl olacak da din kurumları ile devlet kurumlarının birbirinden ayrı olması temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında bir sınır teşkil edecektir? Nasıl olacak da Anayasa Mahkemesi, temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran bir kanunu "lâik Cumhuriyetin gerekleri"ne aykırı bulup iptal edecektir?

Lâiklik ve temel hak ve hürriyetlere saygı birbirinden tamamıyla bağımsız iki kavramdır. Diğer bir ifadeyle "lâik Cumhuriyet", "insan haklarına saygılı Cumhuriyet" demek değildir. Bir Cumhuriyetin lâik olması, onun insanların temel hak ve hürriyetlerine saygılı olduğu anlamına gelmez. Eski SSCB şüphesiz ki bir "lâik Cumhuriyet" idi; ama "insan haklarına saygılı bir Cumhuriyet" değildi.

¹¹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, op. cit., s.143-149; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, op. cit., s.54-58.

Bu nedenlerle 13'üncü maddenin yeni şekline ilâve edilen "lâik Cumhuriyetin gerekleri" kavramı, anlamsız, gereksiz, kavram kargaşasına yol açmaktan başka bir işe yaramayan bir kavramdır.

III. GÖTÜRDÜKLERİ

3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Anayasa Değişikliği Kanununun götördükleri de vardır. Yani 13'üncü maddenin eski şeklinde olup da, yeni şeklinde olmayan şartlar da bulunmaktadır. 13'üncü maddenin eski şeklinde bulunan şu iki şart yeni şeklinde bulunmamaktadır:

1. Genel sınırlama sebepleri.
2. Sınırlama öngörüldüğü amaç dışında kullanılması yasağı.

A. GENEL SINIRLAMA SEBEPLERİNİN KALDIRILMASI

13'üncü maddenin eski şeklinin birinci fıkrasına göre,

"temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğinin, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile... sınırlanabilir".

Türk anayasa hukuku literatüründe bu sebeplere "genel sınırlama sebepleri" denmekteydi. Toplam dokuz adet genel sınırlama sebebi vardı. Bunlar şunlardı:

1. Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü
2. Millî egemenlik
3. Cumhuriyetin korunması
4. Millî güvenlik
5. Kamu düzeni
6. Genel asayiş
7. Kamu yararı
8. Genel ahlâk
9. Genel sağlık

Genel sınırlama sebepleri, adı üstünde "genel"di. Yani bu sebepler, temel hak ve hürriyetlerin hepsi için geçerliydi. Diğer bir ifadeyle, yasama organı bu genel sebeplerden herhangi birine dayanarak herhangi bir temel hak ve hürriyeti sınırlandırabilirdi. Bu husus Anayasanın 13'üncü maddesinin son fıkrasında da "bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir" denerek açıkça belirtilmişti.

3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Anayasa değişikliğiyle 13'üncü maddeden genel sınırlama sebepleri bir bütün olarak çıkarılmıştır. 13'üncü

maddenin yeni şeklinde genel sınırlama sebepleri yer almamaktadır. Dahası maddenin metninde “temel hak ve hürriyetler... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak... sınırlanabilir” dendiğine göre, yorum yoluyla genel sınırlama sebebi de yaratmak mümkün değildir.

GENEL SINIRLAMA SEBEPLERİNİN KALDIRILMASININ ELEŞTİRİLMESİ

Kanımızca Anayasanın 13’üncü maddesinden genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması yanlış olmuştur; bundan şu sakıncalı sonuçlar doğabilecektir:

1. Bazı Hürriyetler Tamamıyla Sınırsız Hâle Gelmiştir

13’üncü maddeden genel sınırlama sebeplerinin çıkarılması sonucunda bazı hürriyetler tamamıyla sınırsız hâle gelmiştir. Zira, Anayasanın birçok maddesinde özel sınırlama sebebi belirtilmemiştir. Örneğin düşünce ve kanaat hürriyeti (m.25), hak arama hürriyeti (m.36), kanunî hakim güvencesi (m.37), ispat hakkı (m.39), vatandaşlık hakkı (m.74), kamu hizmetine girme hakkı (m.70), dilekçe hakkı (m.74) gibi temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması için ilgili maddelerde özel sebep belirtilmemektedir. Bu temel hak ve hürriyetler, 13’üncü maddenin eski şeklindeki mevcut genel sınırlama sebeplerine (kamu düzeni, kamu yararı, genel sağlık, vs.) dayanılarak sınırlanabilirlerdi. Şimdi 13’üncü maddeden bu genel sınırlama sebepleri çıkarıldığına göre, bu hak ve hürriyetlerin herhangi bir şekilde sınırlandırılması Anayasaya aykırı hâle gelir.

2. Bazı Hürriyetler Kısmen Sınırsız Hâle Gelmiştir

İkinci olarak Anayasanın 18-74’üncü maddeleri arasında sayılan temel hak ve hürriyetlerden bir çoğunda “özel sınırlama sebepleri” öngörülmüştür. Ancak hiçbir maddede, 13’üncü maddenin eski şeklinde yer alan dokuz sınırlama sebebinin hepsi sayılmamıştır. Dolayısıyla bu maddelerdeki temel hak ve hürriyetler, o maddede hangi sınırlama sebebi sayılmış ise, sadece ve sadece o sebeple sınırlandırılabilir; o madde de diğer sebepler (örneğin genel sağlık sebebi) sayılmadığına göre, o maddedeki o temel hak ve hürriyetin o sınırlama sebebiyle (örneğin genel sağlık) sınırlandırılması mümkün olmayacaktır. Örneklerle açıklayalım:

Örnek 1: Artık Karantina İlân Edilemeyecektir.- Seyahat hürriyeti 23’üncü maddeye göre, “suç işlenmesini önlemek” amacıyla sınırlandırılabilir. Ama maddede sayılan özel sınırlama sebepleri arasında “genel sağlık” sebebi yoktur. Dolayısıyla bir şehirde, bir kasabada veya bir köyde salgın

bir hastalık baş gösterirse orada karantina ilân edilmesi, yani oraya girilmesi veya oradan çıkılması yasaklanamayacaktır. Çünkü, 13'üncü maddenin yeni şeklinde, genel sınırlama sebebi olarak "genel sağlığı korunması" sebebi bulunmadığına ve keza 13'üncü maddenin yeni şeklinde "temel hak ve hürriyetler yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak... sınırlanabilir" dendiğine göre bunun yapılması Anayasamıza aykırı olacaktır. Oysa salgın hastalık durumunda karantina ilân edilmesi, seyahat hürriyetinin sınırlandırılması tamamıyla gerekli ve makul bir şeydir ve tüm demokratik hukuk devletlerinde görülür.

Örnek 2.- Artık İsteyen İsteddiği Yerde Kurban Kesebilecektir.- Anayasamızın 24'üncü maddesinde kişilerin ibadet hürriyeti tanınmıştır. 14'üncü maddenin ikinci fıkrasına göre ibadet hürriyetinin 14'üncü madde hükümlerine uygun olarak sınırlanabilir. 14'üncü maddede ise bir sınırlandırma sebebi olarak genel sağlık sebebi, hatta kamu düzeni sebebi bile yoktur. Dolayısıyla Anayasa değişikliğinden sonra artık Türkiye'de ibadet hürriyetini kamu düzeni sebebi veya genel sağlık sebebiyle sınırlandırmak mümkün değildir. Bunun yol açacağı fevkalâde sakıncalı durumlar olacaktır. Örneğin kurban bayramında yaya kaldırımı üzerinde kurban kesen vatandaşlarımıza artık polisin veya zabitanın müdahale etmeye hakkı yoktur. Çünkü, bu vatandaşlarımız, kurban keserek Anayasamızın 24'üncü maddesi tarafından güvence altına alınmış ibadet hürriyetlerini kullanmaktadırlar. Bu hürriyete ise ancak 14'üncü madde de sayılan sebeplerle müdahale edilebilir; oysa 14'üncü maddede de genel sağlık sebebi yoktur. Hatta bir kişi yaya kaldırımında değil, yolun ortasında kurban kesip trafiğin işlemesine engel olsa bile, bu kişiye polisin müdahale etmesi Anayasa aykırı olur; çünkü Anayasamıza göre, artık, 13'üncü maddeden kamu düzeni sebebi çıkarıldığına göre, kamu düzeni ile ibadet hürriyeti çatıştığında kamu düzeni değil, ibadet hürriyeti üstün gelir.

3. İsimli Hürriyetler Sınırsız Hâle Gelmiştir

Nihayet, demokratik bir hukuk devletinde temel hak ve hürriyetler Anayasada sayılanlardan ibaret değildir. Her insan fiili bir hürriyet konusudur. Oysa Anayasamızda 18-74'üncü maddeler arasında tanınmış sınırlı sayıda hürriyet vardır. Bunların dışında daha pek çok hürriyet olabilir. Anayasada sayılmamış bu tür hürriyetlere, anayasa hukuku doktrininde, "isimsiz hürriyetler" denmektedir¹². Bu hürriyetler de Anayasanın 12'nci maddesinin ilk fıkrası uyarınca Anayasanın koruması altındadırlar. Dolayısıyla ancak 13'üncü maddenin şartlarına uyularak sınırlandırılabilirler. 13'üncü

¹² Bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku, op. cit.*, s.214-216

maddeden “genel sınırlama sebepleri” çıkarıldığına göre, bu “isimsiz hürriyetler” hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak hürriyetler haline gelmiştir. Oysa bunlar genellikle daha önemsiz oldukları için Anayasada düzenlenmeye ihtiyaç duyulmamıştır. Anayasa değişikliğinden sonra öyle bir durum ortaya çıkmıştır ki, önemli olan ve Anayasada ayrıca düzenleme şansına ulaşan hürriyetlerin sınırlandırılması mümkün iken, bunlardan daha önemsiz olan ve bu nedenle Anayasada düzenlenmeyen temel hak ve hürriyetler, sınırsız hâle gelmiştir.

Örnek: Artık Kamuya Açık Yerlerde Sigara İçilmesini Yasaklayan 4207 Sayılı Kanun Anayasaya Aykırı Hâle Gelmiştir.- “Sigara içilmesi” böyle bir isimsiz hürriyettir ve ülkemizde belli yerlerde sigara içilmesi genel sağlık sebebiyle haklı olarak 4207 sayılı Kanunla yasaklanmıştır. Bu hürriyetin sınırlandırılması 13’üncü maddenin eski şekline göre genel sağlık sebebine dayandığı için Anayasaya uygundu. Ancak 13’üncü maddeden genel sağlık sebebi çıkarıldığına göre, belirli yerlerde sigara içilmesini yasaklayan 4207 sayılı Kanun artık Anayasaya aykırı hale gelmiştir.

Sonuç olarak, 13’üncü maddenin yeni şekline göre, artık Anayasada yer alan bazı hürriyetlerin sınırlandırılması hiçbir şekilde mümkün değildir; diğer bazılarının ise sadece ilgili maddede belirtilen özel sebeplerle sınırlandırılabilmesi mümkündür; Anayasada sayılmayan “isimsiz hürriyetler”in ise sınırlandırılması artık olanaksız hâle gelmiştir.

B. SINIRLAMANIN ÖNGÖRÜLDÜĞÜ AMAÇ DIŞINDA KULLANILMASI YASAĞININ KALDIRILMASI

Anayasanın 13’üncü maddesinin eski şeklinin ikinci fıkrasına göre, “temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar... öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz”. Bu şu anlama gelmektedir ki, bir temel hak ve hürriyete hangi amaçla sınırlandırma getirilmiş ise, bu sınırlandırma, sadece o amaç dahilinde kullanılabilirdi. Bu hüküm “sınırlandırmanın sınırı” niteliğinde temel hak ve hürriyetler için bir güvence teşkil eden bir hükümdü. Bu hüküm Anayasa değişikliğiyle yürürlükten kaldırılmıştır. 13’üncü maddenin yeni şeklinde böyle bir şart artık yoktur. Acaba artık, belirli bir amaçla yapılan sınırlamanın başka bir amaçla kullanılabilmesinin Anayasa aykırı olduğunu nasıl savunabileceğiz? Kanun koyucu belli bir maddede öngörülen sınırlama amacını bahane ederek bir başka bir amaca ulaşmak için sınırlamalar yaparsa, kanun koyucunun yaptığı bu düzenlemenin Anayasa aykırı olduğunu artık nasıl iddia edebileceğiz? Kanımızca bu hükmün çıkarılması da yanlış olmuştur.

SONUÇ

Anayasa hukukunun temel problemlerinden birisi hürriyet ile otorite arasında bir denge kurmaktır. Hürriyet-otorite dengesinde otorite ağır basarsa, orada yaşamayı kimse istemez. Ancak, bu dengede hürriyet ağır basar ve otorite tamamıyla ortadan kalkarsa, anarşi ortaya çıkar. Her anayasa koyucu, kendi toplumunun özelliklerini göz önünde bulundurarak hürriyet-otorite ikilisinden birisine biraz daha fazla ağırlık verse de, bu dengeyi tamamıyla bozmaya cesaret edemez. 1982 Anayasa koyucusu da, hürriyet-otorite ikilisinden otoriteye daha ağırlık verdiği iddia ediliyor olsa da, hürriyet-otorite dengesinden vazgeçmiş değildir. 1982 Anayasasının 13'üncü maddesinin eski şeklinde de otoritenin temel hak ve hürriyetlere müdahale etmesini makul şartlara bağlanarak, temel hak ve hürriyetler güvence altına alınmıştır.

3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğiyle hürriyet-otorite dengesinin hürriyet lehine bozulduğu söylenebilir. Zira, 13'üncü maddenin yeni şekline göre temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması gerçekleşmesi çok zor şartlara bağlanmıştır. Bu şartlar şunlardır:

1. Sınırlama kanunla olmalıdır.
2. Sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.
3. Sınırlama Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere bağlı olmalıdır.
4. Sınırlama temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunmamalıdır.
5. Sınırlama demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmamalıdır.
6. Sınırlama lâik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmamalıdır.
7. Sınırlama ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır.

Türkiye dışında başka hiçbir demokratik devlette temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bu kadar çok sayıda ve bu kadar zor şartlara bağlanmamıştır. Kaldı ki, 13'üncü maddenin yeni şeklinden genel sınırlama sebepleri çıkarılarak Anayasada yer alan bazı hürriyetler, sınırsız hürriyetler hâline getirilmiş; diğer bazılarının ise sadece ilgili maddede belirtilen özel sebeplerle sınırlandırılabilmesine imkân tanınmış; Anayasada sayılmayan "isimsiz hürriyetler" in ise sınırlandırılması olanaksız kılınmıştır. Dolayısıyla 1982 Anayasasının 13'üncü maddesinin yeni şekline göre birçok hürriyet "sınırsız" hâle gelmiştir. Demokratik bir hukuk devletinde "sınırsız hürriyetler" e yer yoktur. Çağdaş demokratik devlet düzenlerinde her hürriyet, kamu düzeni, kamu yararı, genel sağlık veya bir başka hürriyetle çatıştığı ölçüde sınırlandırılabilir. 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliği bu anlayıştan uzaklaşmıştır.



**DOÇ. DR. KEMAL GÖZLER'İN
“CUMHURBAŞKANI-YÖK ÇATIŞMASI”
BAŞLIKLİ MAKALESİ ÜZERİNE NOTLAR**

*Notes From the Article of Dr. Kemal Gözler; “Disputes Between the
President and the Institution of Higher Education”*

*Doç. Dr. Ahmet Battal**

GİRİŞ

Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi Sayın Doç. Dr. Kemal GÖZLER, Ankara Barosu Dergisi'nin 58. Yıl, 2001/1 sayısında, Cumhurbaşkanı Sayın Ahmet Necdet SEZER'in YÖK üyesi ataması ve Rektör seçimi ile ilgili tasarrufları konusunda 21 sayfalık ayrıntılı ve bilimsel bir makale kaleme almıştır.

Biz de çalışmamızda bu makaledeki görüşleri değerlendirecek ve yeri geldikçe bazı konularda kendi görüşlerimizi açıklayacağız.

Makale üç bölümden oluşmaktadır. Cumhurbaşkanı ile YÖK arasında önce rektör atamaları konusunda ve ardından YÖK üyesi seçimi konusunda yaşanan çatışmalar anayasal ve kanuni düzlemde ele alınmış, üçüncü olarak, cumhurbaşkanının bütün tasarruflarının tekemmül etmesi için gerekli imza şartı üzerinde durulmuştur.

* Gazi Üniversitesi Öğretim Üyesi, battal@gazi.edu.tr

I. REKTÖR ATAMALARI KONUSUNDAKİ ÇATIŞMA

2000 yılı Haziran ayı boyunca 22 üniversitede yapılan rektör seçimleri sonucunda üniversite öğretim üyelerince verilen oylarla belirlenen her üniversite için altı kişilik rektör adayları listesi YÖK tarafından üçe düşürülmüş ve üçer kişilik adayları gösteren toplu liste, içlerinden birini seçerek ataması amacıyla cumhurbaşkanlığı katına gönderilmişti.

Sayın Cumhurbaşkanı kendisine sunulan her üniversite için üçer kişilik listeden atama yapmamış ve listeyi olduğu gibi geriye göndermişti. İade gerekçesinde rektör atama önerilerinin her üniversite için ayrı işlem oluşturacak biçimde ayrı bir liste şeklinde yapılması ve her bir üniversite için ayrı bilgi sunulması gerektiği belirtilmiştir.

İade gerekçesinde açıkça yer almamakla birlikte kamuoyunda bu iadenin, aslında, YÖK tarafından belirlenen üç kişilik Dokuz Eylül Üniversitesi rektör adayları listesinin içeriğinin, üniversite çevrelerince ve kamuoyunca tenkide maruz kalmasından kaynaklandığı kanaati yaygın olarak ifade edilmiştir.

Dokuz Eylül Üniversitesindeki rektörlük seçimine katılan profesörler ve aldıkları oylar şu şekildedir.

Emin Alıcı 449

Fethi İdiman 389

Faik Sarioğlu 142

Orhan Uslu 1

Güzin Gökmen 1

Özcan Gökçe 1

Bu adaylardan Sarioğlu, Uslu ve Gökmen'in isimleri YÖK tarafından belirlenmiş ve ilk listede Cumhurbaşkanına sunulmuştu.

Sayın Cumhurbaşkanının iade yazısını alan YÖK, 22 üniversite için aynı rektör adayları listesini bu kere her üniversite için ayrı dosya yaparak aynı içerikle makama sundu. Diğer ifadeyle YÖK kendisinden Cumhurbaşkanlığı katından talep edileni yerine getirmişti. Ancak kamuoyunda varlığı dile getirilen Dokuz Eylül Üniversitesi ile ilgili örtülü talebi dikkate almamış bulunmaktaydı.

Bu gelişme üzerine 1'er oy alan rektör adayları Uslu ve Gökmen doğrudan Cumhurbaşkanlığı makamına başvurarak adaylıktan çekildikleri-

ni beyan ettiler, durum YÖK'e iletildi ve YÖK bu kere, kalan dört rektör adayından üçünü (Alicı, Sarıoğlu ve Gökmen'i) seçerek Cumhurbaşkanlığı katına sundu. Sayın Cumhurbaşkanı da bu adaylardan Alicı'yı rektör olarak seçti ve atadı.

Bu çatışma ve sonucu kamuoyu tarafından olumlu değerlendirildi, Cumhurbaşkanının bu davranışı "demokrasinin ve hukukun zaferi" olarak yorumlandı.

Sayın Gözler, makalesinde bu konuyu iki yönden ele almaktadır.

Birincisi Cumhurbaşkanının listeyi iade etme yetkisi var mıdır?

Yazara göre, Cumhurbaşkanı da genel hukuk kuralları, Anayasa ve Kanunlar ile bağlıdır ve bunlar kendisine -istisnai bazı ihtimaller dışında- YÖK tarafından gönderilen listeyi iade etme yetkisini vermemektedir. İstisnalar Cumhurbaşkanının "mevsukiyet (authenticité) denetimi yapma yetkisi"nden kaynaklanır ve örneğin, listenin YÖK tarafından değil de doğrudan YÖK başkanı tarafından oluşturulup gönderilmesi ya da YÖK'ün seçimde ilk altı kişi arasına girememiş veya aday dahi olmamış bir kişiyi listeye koyması gibi hallerde ortaya çıkar.

Diğer ifadeyle önüne gelen listenin oluşumunda ve içeriğinde maddi hata bulunmadığı takdirde -ki somut olayda bu tür bir istisnai durum yoktur- Cumhurbaşkanı takdir yetkisi denetimi yaparak, bildirilen adayların değiştirilmesini sağlamak amacıyla listeyi iade hakkına sahip değildir, Sayın Cumhurbaşkanının iade işlemi bu nedenle hukuka aykırı olmuştur.

Gözler'in bu eleştirisi kanaatimizce somut olayın gerekleriyle uyuşmamaktadır. Zira Sayın Cumhurbaşkanı ile YÖK arasındaki bu çatışma aslında kanaatimizce takdir yetkisine yönelik bir usul çatışmasıdır.

Sayın Gözler makalesinde (39. s) "Ancak ne var ki, Dokuz Eylül Üniversitesinde en çok oyu alan Rektör Adayının atanması için YÖK'ün listesini geri gönderen sayın Cumhurbaşkanı ..." ifadelerinden anlaşıldığı kadarıyla, geri göndermenin sadece bir üniversiteyle sınırlı yarar elde etmeye yönelik olduğunu kabul ederek olayın ilkesel boyutunu görmezden gelmektedir. Hatta somut olayda aralarında -aşağıda inceleyeceğimiz biçimde- önemli bir fark bulunmasına rağmen, bu farkı göz ardı ederek, Sayın Cumhurbaşkanının, Dokuz Eylül Üniversitesi için gösterdiği hassasiyeti, diğer bazı üniversitelerde oy sayısı itibarıyla birinci olan rektör adaylarının haklarının korunması yönünden göstermediğini ifade etmekte ve bu yönden eleştirmektedir.

Şimdi Cumhurbaşkanlığı ile YÖK arasında çatışmaya yol açtığına inandığımız, takdir yetkisi sınırlandırmasına geelim. Anayasa ve Yükseköğretim Kanunu, rektör seçimi konusunda üçlü bir takdir yetkisi öngörmektedir. Birinci takdir yetkisi, öğretim üyelerinin kendi takdirleriyle altı kişilik aday listesi belirlemesidir. Bu aşama tamamlanmışsa ikinci aşamada YÖK de bunlardan üçünü seçme konusunda bir takdir yetkisi kullanacaktır. Son olarak Cumhurbaşkanı da bu üç kişiden birini seçme konusunda nihai takdir yetkisini kullanacaktır. Ancak açıkça bellidir ki bu takdir yetkisi dağılımının işleyebilmesi için en az altı tane rektör adayları bulunmalıdır. Altı rektör adayları ortaya çıkmamışsa hiçbir kademede takdir hakkı kullanılmaya başlanamayacaktır.

Takdir hakkının her üç aşamada da ayrı ayrı mutlaka kullanılmasının istendiği açıktır. Nitekim bu nedenle, öğretim üyeleri tarafından en az altı adayın belirlenmesi, aksi halde seçimin yenilenmesi öngörülmüştür.

Ancak takdir hakkının fiilen kullanılamayacağı ya da kısıtlı kullanılacağı hallerde, acaba hangi kademedeki takdir hakkı önce gelecektir?

Kanaatimizce temel sorun budur.

Örneğin bir liste henüz YÖK'ün önünde iken adaylardan biri çekilirse, YÖK tarafından, kalan beş adaydan ikisi mi yoksa üçü mü elenecektir? Hatta bu aşamada üç aday çekilirse kalan üç aday doğrudan Cumhurbaşkanına mı gönderilecektir? Bu soruların cevabı belirsizdir. Anayasanın ve Anayasa Hukukunun genel ilkeleri de maalesef çözüm için yeterli ipucu içermemektedir.

Öncelikli takdir hakkının; daha üst hiyerarşik makam olması nedeniyle Cumhurbaşkanlığı katına ait olduğu ileri sürülebileceği gibi, Cumhurbaşkanının sorumsuzluğu nedeniyle, takdir hakkının sorumlu idari makam durumundaki YÖK'e ait olması gerektiği de ileri sürülebilir.

Kanaatimizce incelenen somut olay yönünden de bu tartışma yapılarak sonuca ulaşılabacaktır.

Zira Dokuz Eylül Üniversitesi ile ilgili olarak rektörlük seçimleri sonrasında Cumhurbaşkanlığı ile YÖK arasında takdir hakkının fiilen kısıtlanması nedeniyle bir çatışma yaşanmıştır ve sayın Gözler'in tesbitinin aksine kanaatimizce bu üniversite ile diğer üniversitelerin rektör adayları listesi arasında bu yönden önemli fark vardır. Şöyle ki;

Yukarıdaki listeden de anlaşılacağı üzere bu üniversitede gerçekte üç rektör adayları vardır. Diğer adayların tümü ya da çoğu, asıl adaylardan biri-

nin ya da bazılarının ricasıyla salt kanuni zorunluluğu (!) yerine getirmek amacıyla -muhtemelen- kendi kendilerine oy vermiş kişiler olup, gerçekte seçmenlerden hiç oy almamışlar yani seçilmemişlerdir. Ortada muvazaalı adaylık durumu vardır. İlk üç aday ile aralarındaki açık oy farkı da bu durumu göstermektedir. Aslında bu durum bu üniversiteye özgü olmayıp, her seçim döneminde bir çok üniversitede benzer biçimde muvazaalı adaylar ortaya çıkmaktadır.

Diğer ifadeyle, rektörlüğü ve dolayısıyla adaylığı hem kendilerince hem de seçmenlerce hiç düşünülmemiş ve hesaba katılmamış olan birer oy sahibi adaylar (!) gerçekte aday değildirler. Sayın Cumhurbaşkanı da konunun kişiselleştirilmesinin nezaketi ve diğer sebeplerle açıkça zikretmemekle birlikte kanaatimizce bu danişıklı durumu görmüştür.

Bu durumda üç gerçek aday arasından seçim yapma konusunda takdir hakkının YÖK ile Sayın Cumhurbaşkanı arasında paylaşılması ya da birinin diğeri lehine feragatte bulunması gerekecektir. Yani YÖK bir gerçek adayın yanına iki görünüşte aday koyarak listeyi Cumhurbaşkanlığına gönderdiğinde, bunun anlamı, Sayın Cumhurbaşkanının o tek gerçek adayı rektör olarak atamak zorunda kalmasıdır. Bu ihtimalde takdir hakkı YÖK tarafından kullanılmış olacağından, Cumhurbaşkanı, ast durumundaki bir makam tarafından dayatılan -zorunlu- feragat(!)le karşı karşıya demektir. Oysa böyle bir zorunluluk hukuk düzeninde açıkça öngörülmüş değildir.

Aksine YÖK üç gerçek adayı aynen Cumhurbaşkanına arz etmiş olsaydı, bu kere de YÖK'ün, birlikte çalışacağı ve akademik hayatın hukuki sorumluluğunu birlikte paylaşacağı rektör hakkında takdir hakkı kullanmaktan feragat etmesi durumu söz konusu olacaktı. YÖK'ün böyle bir feragatte yetkisinin olup olmadığı ise belirsizdir.

Kanaatimizce her iki görüşün de savunulması mümkün olmakla birlikte, bu halde takdir hakkının Cumhurbaşkanı tarafından kullanılması gerektiği görüşü, yürütme organında hiyerarşi ve demokratik devlet ilkelerine daha uygun görünmektedir. Zira Cumhurbaşkanı sistem gereği son seçici durumundadır. Gerçekten, hangi rektör adayının daha uygun olduğu konusunda isabetli değerlendirme yapma ihtimali -yeterince ve doğru bilgilendirildiği takdirde- Cumhurbaşkanı için YÖK'e nazaran daha yüksektir.

Öte yandan hükmün lafzi yorumu da daha ziyade bu görüşü desteklemektedir. Zira kanuna göre YÖK'ün yetkisi altı adayı üçe indirmektir. Diğer ifadeyle Cumhurbaşkanlığı katına -varsa- en az üç "gerçek" rektör adayı sunacaktır. Kendi önüne kaç tane "gerçek" rektör adayı geldiği ve dolayısıyla takdir ve eleme yetkisini ne ölçüde kullandığı önemli olmamak gerekir.

Anlaşıldığı kadarıyla somut olayda Cumhurbaşkanı bu görüşe taraf olmuş ve listeyi iade etmekle YÖK tarafından kendisine dayatılan zorunlu feragat(!)i reddetmiştir. Ancak bu tutum diğer yandan YÖK'ün Cumhurbaşkanı'nın dayatması ile karşı karşıya kalması sonucunu doğurmuştur.

Aslında "Devletin zirvesinde kavga olmaz, olursa hakemi bulunmaz" öz-lü deyişle de ifade edilmek istendiği gibi, bu problemin doğru çözümü, anayasa ve kanunların bu gibi tereddütlerin ortaya çıkmasını önleyecek şekilde net düzenlenmesidir.

Belirtelim ki somut olayda sorun tarafların tutumu ya da bir yargısal hakemin iradesi ile çözülmüş değildir. Buna ihtiyaç kalmadan, ortaya çıkan yeni fiili durumla -birer oy almakla birlikte YÖK'ün ilk listesine giren iki adayın adaylıktan çekilmesiyle- sorun çözülmüştür. Böylece YÖK yeni listede Cumhurbaşkanlığına -zorunlu olarak- en az iki gerçek rektör adayı sunmuş, Sayın Cumhurbaşkanı da üç gerçek adayı içeren liste istemekte ısrar etmemiş ve bu iki gerçek adaydan birini seçme hakkını kullanmakla yetinmiştir. Diyebiliriz ki; taraflar takdir hakkı konusunda yine de tam bir feragat göstermemişler, kısmen feragat eden taraf Sayın Cumhurbaşkanı olmuş, takdir hakkı kısmen YÖK ve kısmen de Sayın Cumhurbaşkanı tarafından kullanılmıştır.

Somut olayda bulunan çözüm ileride ortaya çıkabilecek benzer problemler için emsal teşkil edecek nitelikte değildir. Diğer ifadeyle sonun tekrarlayabilir ancak çözüm tekrarlamayabilir. Bu nedenle daha genel bir çözüm teklifine ihtiyaç vardır.

Sayın Gözler konuyu bu yönden ele almış olmadığından bir çözüm de teklif etmemiştir.

Kanaatimizce öncelikle Anayasada, bu gibi tartışmalı durumlarda nihai ve üstün takdir hakkının kimde olduğu, ilkesel bir tarzda açıkça belirtilmelidir. Biz üstün takdir hakkının Cumhurbaşkanlığında olması gerektiği kanaatindeyiz.

Ardından, "nylon" adayların, "gerçek" (!) rektör olması riski başta olmak üzere, çeşitli problemlere sebep olabilecek olan, en az altı aday belirlenmesi kuralı da -artık ihtiyaç kalmamış olacağından- Kanundan çıkarılmalıdır. Bunun yerine "aday sayısı üçten fazla olduğu takdirde en çok oy alan ilk altı aday içinden seçerek adayları üçe indirmek yetkisi" YÖK'e verilmeli, "üç ya da daha az aday varsa, seçim yetkisi, tek aday varsa onu atamak, iki ya da üç aday varsa aralarından seçmek suretiyle" Cumhurbaşkanına bırakılmalıdır.

Sayın Gözler'in Rektör seçimi konusunda yaşanan çatışma ile ilgili olarak ele aldığı ikinci husus, rektörlerin seçimle belirlenmesi ile demokratik sistem arasında kamuoyunca yapıldığı gibi yoğun bir ilişki kurulmasının doğru olup olmadığıdır.

Yazar iki demokrasi teorisinden bahsetmekte ve bunları ayrı ayrı ele alarak rektör seçimlerinin sistem içindeki yerini ve gerekliliğini incelemektedir (s. 42-44):

Normatif demokrasi teorisine göre demokrasi, "halkın" seçilmiş temsilcilerin kurduğu düzen altında yönetilmesidir. "Bu açıdan bakıldığında demokrasi düşüncesi ile üniversite yönetimi arasında bir ilişki yoktur. Zira üniversite rektörünün yönettiği şey halk değil, öğretim elemanları ve öğrencilerdir. ... Bir an için öğretim elemanlarının, idari personelin ve öğrencilerin halk kavramına dahil olduğunu varsayarsak, bu sefer de mevcut sistemin demokrasiyle bağdaşmadığı sonucuna varırız. Zira mevcut sistemde rektör seçimlerine sadece öğretim üyeleri katılabilmektedir."

Ampirik demokrasi teorisi ise demokrasiden bahsedilebilmesi için etkin siyasal makamların seçimle doldurulması gerektiğini kabul eder. Oysa rektörlük "etkin siyasal makam" değil bir "idari makam"dır. "Bir idari makamın seçimle işbaşına gelmesini istemenin, demokrasi teorisiyle hiçbir alakası yoktur. Eğer rektörlerin üniversite öğretim üyeleri tarafından seçimle belirlenmesi demokrasinin bir şartı olsaydı, bugün demokratikliğinden kuşku duymadığımız bir çok köklü demokrasi, demokrasi olmaktan çıkarıldı."

Ayrıca "demokrasi teorisi 'görevli' veya 'memurlar'ın değil 'temsilciler'in seçim yoluyla belirlenmesini öngörür. Üniversite rektörleri bu anlamda bir 'temsilci' değil, birer 'görevli'dirler. ... Kısaca demokrasi bir idari kurumun hiyerarşik amirinin, o kurumun personeli tarafından seçilerek iş başına geimesini öngören bir sistem değildir."

Yazarın bu yaklaşımı demokrasinin salt bir yönetim biçimi olarak kabul edilmesi halinde son derece doğru ve tutarlıdır. Gerçekten bu seçimlerin niteliği ve takdir hakkının kullanılması konusunda abartılacak bir yön yoktur.

Bununla birlikte, Türkiye gibi demokrasisini yerleştirme gayreti içerisinde olan ülkelerde demokrasinin ikinci -ve belki de birinci- boyutu olan demokrasi kültürünün (demokrat zihniyetin) yerleştirilebilmesi için devlet sisteminin ve toplumsal hayatın çeşitli katmanlarında demokratik uygulamalara kapı açılması önemli bir fayda sağlayacaktır.

Bu nedenle kanaatimizce devlet tarafından atanacak rektör adaylarının seçimle belirlenmesi yönteminin geliştirilerek sürdürülmesi isabetli olacaktır.

II. YÖK ÜYELERİNİN SEÇİMİ KONUSUNDAKİ ÇATIŞMA

Ocak 2001'de görev süreleri dolacak olan beş YÖK üyesinin yerine seçilecek olan yeni üyelere ikisi ile ilgili olarak bu tarihte YÖK ile Cumhurbaşkanlığı arasında bir çatışma yaşanmıştır.

Bu beş üyeden ikisi Yükseköğretim Kanununun 6. maddesi gereğince Üniversitelerarası Kurul tarafından belirlenecek ve uygun bulunduğu takdirde Cumhurbaşkanı tarafından atanacaktı. Üniversitelerarası Kurul Aralık 2000'de Profesörler İsmail Tosun ve Mustafa Kuru'yu kendi kontenjanı için YÖK üyeliğine seçti ve onaylanmak üzere Cumhurbaşkanlığı kâna arz etti. Sayın Cumhurbaşkanı 45 gün bekledikten sonra, Üniversitelerarası Kurula, bu atamanın "uygun bulunmadığını" belirten ve "gereğinin yapılmasını" isteyen bir yazı gönderdi.

Atamaları yapılmayan bu iki üye yerine yeni üyeler seçmek üzere toplanan Kurul, toplantıda yeni bir seçim yapılmamasına ve "durumun Sayın Cumhurbaşkanının takdirlerine arz edilmesine" karar verdi.

Sayın Cumhurbaşkanı da bunun üzerine Kurul kontenjanından boşalan YÖK üyeliklerine, Kurul kararı olmaksızın doğrudan, Profesörler Türkan Saylan ve Alparslan Işıklı'yı atadı.

Bu uygulama da basın ve kamuoyu tarafından "üniversitenin demokratik, laik ve özgürlükçü bir yapılanma kazanması doğrultusunda" gösterilen gayretin bir sonucu olarak takdim edildi ve genellikle olumlu karşılandı.

Sayın Gözler makalesinde bu uygulamanın Anayasaya ve Yükseköğretim Kanununa uygunluğunu ayrıntılı olarak değerlendirmiştir:

Yazarın ele aldığı birinci husus Cumhurbaşkanı'nın somut olayda re'sen atama yapma yetkisinin olup olmadığıdır.

Yükseköğretim Kanununun 6. maddesine göre "bu benlerle belirtilenlerin seçimleri bir ay içinde ... yapılmadığı takdirde Cumhurbaşkanınca doğrudan atama yapılır." Kamuoyunda çoğunlukla aktarılan aksine Cumhurbaşkanı bir aylık sürenin boş geçmesinden sonra kendisine ait hale gelen bir yetkiyi kullanmamış, belirlenen adayları uygun bulmadığı için atamak suretiyle yeni isimler tesbitini beklemiş ve ardından yeni aynı isimlerde ısrar edilmesi ve yeni isim belirlenmemesi nedeniyle kendi uygun gördüğü kişileri atamıştır.

Bizim kanaatimizce de Cumhurbaşkanına tanınmış olan kendiliğinden atama yetkisinin somut olayda kullanılmış olması, nihai planda somut olayın gerekleriyle örtüşmemektedir. Bu durum aşağıda açığa kavuşturulacaktır.

Yazarın ele aldığı ikinci husus, Cumhurbaşkanının kanunda belirlenen anayasal organlar tarafından seçilip gönderilen isimlerin YÖK üyeliğini onaylamama yetkisinin olup olmadığıdır?

Bu sorunun cevaplanabilmesi için önce Anayasanın 131. maddesinin ilgili hükmüne bakmak gerekir. “Yükseköğretim Kurulu, üniversiteler, Bakanlar Kurulu ve Genelkurmay Başkanlığınca seçilen ve sayıları, nitelikleri ve seçilme usulleri kanunla belirlenen adaylar arasından rektörlük ve öğretim üyeliğinde başarılı hizmet yapmış profesörlere öncelik verilmek suretiyle Cumhurbaşkanınca atanan ve Cumhurbaşkanınca doğrudan doğruya seçilen üyelere kurulur.”

Sayın Gözler’e göre bu hükümle Cumhurbaşkanına bir kısım üyeleri doğrudan seçme yetkisi verildiğine göre, diğer kurumlarca belirlenen adayları reddetme yetkisi tanınmamıştır. Aksi görüşün kabulü bütün YÖK üyelerinin Cumhurbaşkanınca belirlenmesi sonucunu doğurur. Ancak yukarıdaki mevsukiyet (authenticité) denetimi istisnası burada da geçerlidir. Yani Cumhurbaşkanı kendisine bildirilen listedeki isimlerin gerçekten ilgili kurumlar tarafından usulünce seçilip seçilmediğini, diğer ifadeyle ortada bir maddi hata bulunup bulunmadığını denetlemek yetkisine sahiptir. Usule uyulmuşsa seçim konusundaki takdir hakkının bu kurumlarca yerinde kullanılıp kullanılmadığını denetleyememelidir.

Ancak sorunun cevaplanabilmesi için ikinci olarak Yükseköğretim Kanununun 6/b maddesi hükmünü de incelemek gerekir.

Buna göre “Yükseköğretim Kurulu; (1) Cumhurbaşkanı tarafından ... seçilen yedi, (2) Bakanlar Kurulunca ... seçilen yedi, (3) Genelkurmay Başkanlığınca seçilen bir, ... (5) Üniversitelerarası Kurulca ... seçilen yedi, kişiden oluşur. 2. 3. ve 5. bentlere göre seçilenlerin üyelikleri, Cumhurbaşkanının onayı ile kesinleşir. Bu bentlerle belirtilenlerin seçimleri bir ay içinde, Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmayanların yerine yeni adayların seçimleri ise iki hafta içinde yapılmadığı takdirde, Cumhurbaşkanınca doğrudan atama yapılır.”

Bu hükme göre ilgili kurumlara ve bu arada Yükseköğretim kuruluna verilen yetki “aday önerme yetkisi” değil “üye seçme” yetkisidir. Cumhurbaşkanına da üye seçme değil seçilen üyeleri onaylama yetkisi veril-

mektedir. "Onaylama" yetkisi "onaylamama" ihtimalini de gündeme getireceğinden, Kanunda onaylamama halinde yenisini seçme yetkisi ve süresi de açıkça düzenlenmiştir.

Sayın Gözler, haklı olarak Anayasanın vermediği bir "reddetme" yetkisini Cumhurbaşkanına tanıyan 6/b hükmünün bu yönden Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varmaktadır. Yazar ayrıca yine haklı olarak Anayasanın Cumhurbaşkanına birkaç aday arasından birini seçerek atama yetkisi vermesine karşılık, Kanun koyucunun bu hüküm ile Cumhurbaşkanına, "seçerek atama" yerine, uygun gördüğü bir isim teklif edilinceye kadar teklifleri onaylamayarak reddetme hakkı vermesi nedeniyle de Anayasaya aykırı olduğunu tesbit etmektedir.

Yazara göre bu hüküm Anayasaya aykırı olmakla birlikte yürürlükte olduğu sürece herkesi ve Cumhurbaşkanını bağlar.

Kanaatimizce Anayasaya aykırılığı açıkça anlaşılan bir kanun hükmünün, salt halen yürürlükte olduğu gerekçesiyle uygulanması halinde, bu durumun yürürlükteki Anayasa hükmünün uygulanmaması sonucunu doğurup doğurmayacağı hususu, Anayasanın üstünlüğü prensibi çerçevesinde ayrıca tartışılmalıdır.

Ancak kanaatimizce somut olaydaki problemin çözümü için bu tartışmanın sonuçlandırılması gerekli değildir.

Sayın Gözler, Sayın Cumhurbaşkanınca uygun görülmeyen iki üye yerine yeni iki üye seçmesi ve bildirmesi gereken Üniversitelerarası Kurulun, bunu yapmak yerine seçimin Cumhurbaşkanının takdirine bırakılmasına karar vermesini eleştirmektedir: "Kamu hukukunda verilen yetkiler bir hak değil, görev niteliğinde yetkililerdir. Belirli şartlar ortaya çıkmış ise kendisine yetki verilen makam mutlaka o yetkisini kullanmak zorundadır. Yetkili makam yetkisinden vazgeçmek veya onu bir başka makama devretmek konusunda yetkili değildir. ... Kurul üyelerinin kanuna aykırı bir şekilde, görevlerini yerine getirmeme kararı almalarının, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturup oluşturmadığının ceza hukukçuları tarafından tartışılması gerekir."

Bununla birlikte Yazar, Kurulun bu kararından sonra, Sayın Cumhurbaşkanının doğrudan atama yetkisini ele geçirdiğini de kabul etmektedir.

Buna karşılık Sayın Gözler Cumhurbaşkanının artık sahip hale geldiği atama yetkisini iki haftalık bekleme süresi dolmadan önce kullandığını, dolayısıyla atama işleminin ve atanan üyelerin üyeliklerinin, süreye uymaktan dolayı (ratione temporis yetkisizlik ile) sakat olduğu sonucuna ulaşmaktadır.

Kanaatimizce bu çatışmanın kaynağının belirlenmesinde ve çözümünde de yukarıdaki tesbitlerden daha başka hususların ve özellikle takdir hakkı tayini hususunun göz önünde bulundurulması gereklidir.

Bizce de her şeyden önce problem Kanunun Anayasaya açıkça aykırı olmasından kaynaklanmaktadır. Anayasanın 131. maddesi YÖK üyelerinin seçimi konusunda takdir hakkını Cumhurbaşkanı ile diğer anayasal kurumlar arasında bölüştürmüştür. Bir kısım üyeler için doğrudan ve sadece Cumhurbaşkanı takdir hakkı kullanarak seçim ve atama yapacak, kalan üyeler için ise önce ilgili kurumlar ve bu arada üniversiteler (Üniversitelerarası Kurul) takdir hakkı kullanarak yeterli sayıda aday belirleyecek, ardından Cumhurbaşkanı bu "adaylar içinden" takdir hakkını kullanarak uygun kişiyi ya da kişileri seçip atayacaktır. Adayların hiç birini uygun görmeme yetkisi yoktur.

Buna göre Kanun düzenlenirken, Üniversitelerarası Kurula, -seçme yetkisinin kullandırabilmenin mantıki sonucu olarak, kendisine tahsis edilmiş olan üye kontenjanının iki katından az olmamak üzere- yeterli sayıda aday belirleme ve Cumhurbaşkanının seçimine sunma yetkisi verilmesi gerekirdi. Ancak Kanunda bu yapılmamış, bir taraftan ilgili kurullara kontenjan kadar aday belirleme ve Cumhurbaşkanına da bunları sınırsız kere reddetme yetkisi verilmiştir. Diğer ifadeyle Kanun Cumhurbaşkanına, aslında Anayasada verilmeyen bir yetkiyi -nihai takdir hakkını- vermiş ve dolayısıyla yetkili anayasal kurulların elinden anayasal takdir hakkını almıştır.

O halde sorunun teorik planda ve kalıcı biçimde çözümü için Kanunun Anayasaya uygun biçimde değiştirilmesi gerekmektedir.

Ancak somut olayda sorun daha pratik ve fakat hayli kırıncı bir yöntemle çözülmüştür. Sayın Cumhurbaşkanının birinci iadesinden sonra, ikinci ve sonraki yeni adayların da reddedebileceğini anlayan -ya da varsayan- Üniversitelerarası Kurul, art arda teklif ve iadelerle problemi sürdürmek ya da -Sayın Cumhurbaşkanının da uygun göreceği isimleri belirlemek suretiyle- üstü kapalı biçimde geri adım atmak yerine, yetkisini terk etmek suretiyle açıkça geri adım atmayı tercih etmiştir.

Takdir hakkının, zaten kanunen nihai olarak kullanma yetkisine sahip olan makama (Cumhurbaşkanına) bırakılması nedeniyle, kanaatimizce, Sayın **Gözler**'in iddiasının aksine, Kurulun görevi kötüye kullandığından söz edilemez.

Kanaatimizce somut olayda Sayın Cumhurbaşkanı kendi anayasal takdir hakkının, 131. madde çerçevesinde, iki ya da üç adaydan birini seçmekle sınırlı olduğunu varsaymalı ve birinci -ya da en geç ikinci- iadeden sonra,

Kurulca teklif edilecek olan yeni isimleri onaylayacağını kamuoyuna deklare etmek suretiyle geri adım atmalıydı.

III. CUMHURBAŞKANI ATAMA YETKİLERİNİ HANGİ YÖNTEMLE KULLANMALIDIR?

Yazar makalesinin üçüncü bölümünde, parlamenter hükümet sistemine sahip ülkemizde, sorumsuz Cumhurbaşkanının, rektör ve YÖK üyesi -ve diğer kamu görevlilerini- atama yetkisini şeklen nasıl kullanacağını ayrıntılı olarak ele almaktadır.

Genel ve ilkesel gibi görünen bu konunun Cumhurbaşkanı - YÖK çatışması başlıklı makalede üçüncü bir ana bölüm olarak ele alınmasının sebebi, kanaatimizce, ilk iki sorunun nihai çözümüne katkı yapacak bazı ipuçlarını ve nihai çözümleri içermesidir.

Gerçekten Yazar çeşitli ülkelerin anayasalarından da örnekler vererek, sorumsuz cumhurbaşkanlarının, kural olarak bütün işlemlerinin ilgili bakan ve başbakan imzası ile tekemmül ettiğini (mevsukiyeti sağlayan karşı imza ilkesi) ve bu ilave imzalar olmadan yapılan işlemlerin geçersiz ve hatta yokluk ile malul olduğunu tesbit etmektedir.

Bu kuralın istisnalarının da ya anayasa ile ya da kanunlarla belirlenmekte olduğunu ve bizim hukuk sistemimizde, Anayasanın 105/1. maddesindeki "Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur" kuralı gereğince istisnaların anayasada ya da kanunda yer alabileceğini, ancak yürürlükteki anayasada ve kanunlarda böyle bir istisna hükmü bulunmadığını belirtmektedir.

Bu durumda Cumhurbaşkanının, YÖK üyesi ve rektör atama kararlarının da karşı imza kuralına tabi olduğu ve dolayısıyla bu şart yerine getirilmeden yapılan işlemlerin uygulanamaz -yoklukla malul- olduğu sonucuna varmaktadır.

O halde Cumhurbaşkanı her işlemini, doğrudan yayınlanmak ve uygulanmak üzere ilgililere değil önce imzası tamamlanmak üzere Başbakanlığa göndermelidir. Diğer ifadeyle Yazarın uygulamaya yönelik olarak tesbit ettiği bu aksaklık, sonuçta yine uygulama tarafından benimsenmesi gereken bir teklifi beraberinde getirmektedir.

SONUÇ

Kamuoyuna Cumhurbaşkanı YÖK çatışması olarak yansıyan her iki problem de aslında, uzun hazırlıkların ürünü olduğu ileri sürülerek halkoyuna sunulan Anayasanın ya da Anayasaya uygun hazırlandığı ileri sürülen kanunların, muhtemel problemleri öngörememiş olmasından kaynaklanmaktadır. Diğer ifadeyle kamuoyu sistem sorununun kişiselleşmiş görüntüsü ile karşı karşıya kalmış ve problemin gerçek yüzünü görememiştir.

Öte yandan, olağan problemlerde, problemin arkasında kanuna aykırı idari işlemler ve anayasaya aykırı kanunlar varsa, problemin ilkesel çözümü nispeten kolay olmaktadır. İdari işlemin yargı kararı ile iptali ya da kanunun Anayasa Mahkemesince iptali gündeme gelmektedir. Diğer ifadeyle bu hallerde sorun, “çözülebilir”dir.

Oysa devletin zirvesindeki anayasal kurumların, kanunları ve anayasayı algılama ve uygulama biçimi ile ilgili bir ihtilaf çıktığında, - kamuoyunun konuyu siyasallaştırma ve hatta ideolojikleştirme eğiliminin de etkisi ile- bir hakem aranmamakta, aransa dahi “meşru” bir hakem bulunamamakta ve “çatışma”lar “kırıcı” yöntemlerle “çözülme(!)”dir.

O halde, bu türden sorunlar gerçekte “çözülebilir” sorunlar niteliğinde olmadığından, en iyi çözüm, hiç çıkmamasını sağlayıcı sistematik tedbirlerin alınmasıdır.

Sayın Gözler tarafından ele alınan iki somut sorun için de kanaatimizce aynı durum geçerlidir. Hem rektör seçimi hem de YÖK üyelerinin belirlenmesi konularında kanunun Anayasaya uygun şekilde değiştirilmesine ihtiyaç vardır.