

**T.C.  
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**ANAYASALARDA DEĞİŞMEZLİK  
DEĞİŞMEZ MADDELERİN TEORİSİ VE PRATİĞİ**

**DOKTORA TEZİ**

**Serkan KÖYBAŞI**

- 1. Tez Danışmanı: Prof.Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU**
- 2. Tez Danışmanı: Prof.Dr. Sibel İNCEOĞLU**

**Aralık 2013**

## ÖNSÖZ

Doktora tez konusu belirleme aşamasında Prof.Dr. Süheyl BATUM'a tezimi değişmez maddelerle ilgili yazmak istediğimi söylediğimde her zamanki olumlu yaklaşımıyla konunun çok güzel olduğunu belirtmişti. Tezi tamamladığım şu anda hâlâ çok güzel bir konu olduğunu düşünmekle birlikte oldukça zor bir konu da seçmiş olduğumu görüyorum. Yazım sürecinin her aşamasında zevk almış olmama karşın, kafamın karıştığı ve işin içinden çıkamadığım zamanlar da oldu. Önüme çıkan zorlukları daha fazla okuyarak, araştırarak ve bazen yazmak yerine sadece düşünmek yoluyla aşmaya çalıştım. Yoğun emeğimin her anında amacım bilimsellikti. Umuyorum ortaya çıkan bu eserle anayasa hukuku alanında bir ilerleme sağlanmış olur.

Bu çalışmanın yazılması aşamasında yönlendirici olduğu kadar bilgilendirici ve aydınlatıcı tavsiyelerde bulunan Hocam Prof.Dr. Sibel İNCEOĞLU'na, yakın ilgi ve fikirleriyle çalışmanın niteliğini artıran tez izleme komitesindeki Hocalarım Prof.Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU, Prof.Dr. Korkut KANADOĞLU ve Prof.Dr. Erdoğan BÜLBÜL'e, tez izleme komitesindeki görevi sırasında yüreklendirici sözleri ile çalışma motivasyonumu artıran Hocam Doç.Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ'a ve üzerimde çok emeği olan, hayatımın her alanında beni derinden etkileyen Hocam Prof.Dr. Süheyl BATUM'a sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum.

Ayrıca, tez araştırması için gittiğim Fransa'nın Montpellier şehrinde en zor zamanlarımda yanımda olan, hiçbir karşılık beklemeden bana evini açan ve arkadaşlığından büyük zevk aldığım Clarisse Yağmur KILIÇ'a yürekten teşekkür ederim.

Son olarak, hayatımın her aşamasında bana destek olan, yokluklar içinden gelip çocuklarına rahat bir hayat yaşama imkânı sunan, bana emeğin değerini öğreten ve başarıya ulaşmak için çok çalışmak gerektiği bilincini aşıl原因an fedakâr annem Hanife KÖYBAŞI ve rahmetli babam Hüseyin Ali KÖYBAŞI'ya teşekkür ediyorum.

## İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	II
İÇİNDEKİLER.....	III
KISALTMALAR .....	IX
RESUME.....	X
SUMMARY .....	XIV
ÖZET.....	XVIII
GİRİŞ .....	1
I. ANAYASA HUKUKUNDA DEĞİŞMEZLİĞİN TEORİK TEMELİ.....	6
A. Değişmezliğin Anayasa Hukukundaki Yeri .....	6
1. Değişmez maddelerin kapsamı ve kaynakları.....	7
a. Değişmezliğin kapsamı .....	7
b. Kapsam dışında tutulması gerekenler .....	11
(1) Zımnî maddî sınırlar teorisi .....	11
(2) Süreye bağlı değişmezlik .....	20
(3) <i>Interim</i> anayasalar .....	21
(4) Uluslararası hukuk ve üçüncü devlet müdahalesi.....	22
c. Değişmezliğin amacı .....	25
d. Anayasalarda değişmez madde olamayacağını iddia eden görüşler .....	26
(1) Değişmez maddelerin ancak manevî bir sınırlama olabileceği görüşü.....	27
(2) Değişmez madde yaratan iktidarın değişmez maddeleri kaldırabileceği iddiası. 30	
(3) Gelecek nesillerin mevcut kurucu iktidar tarafından bağlanamayacağı görüşü .. 32	
2. Değişmezliğin Kökeni ve Güncel İşlevi .....	35
a. Değişmezlik Kavramının Ortaya Çıkışı .....	35
(1) Yasanın üstünlüğünden anayasanın üstünlüğüne geçiş .....	36

(2) Anayasanın üstünlüğünün güvencesi olarak anayasa mahkemelerinin ortaya çıkışı.....	41
(3) Anayasa üstünlüğünün temel amacı: İktidarın denetlenmesinin sağlanması.....	43
(a) Keyfiliğe karşı güvence olarak anayasa kavramı .....	44
(b) Anayasanın parlamenter çoğunluğa karşı korunması ihtiyacı.....	46
b. Değişmezlikle ilgili güncel tartışmalar .....	50
(1) Anayasa maddeleri arasındaki kademelenmenin dayanakları .....	51
(2) Değişmez maddelerin anayasa-üstü tartışması .....	55
(a) Anayasa-üstülük kavramı ve değişmez madde uygulamasındaki etkisi.....	56
(b) Değişmez madde ve ilkelerin anayasa-üstü olmamasının gerekçeleri.....	60
(i) Anayasa tarafından değişmez ilan edilen madde ve ilkelerin anayasa-üstü olmaması .....	61
(ii) Anayasa-üstü ilkelerin değişmezliği iddiası.....	63
3. Değişmez madde ve ilkelerin konusu .....	65
a. Rejimin korunması .....	67
(1) Türkiye ve Dünya'dan örnekler .....	69
(2) Özel bir örnek olarak Fransa.....	72
(a) Tarihsel süreç.....	72
(b) Günümüzdeki tartışmalar .....	74
b. Devlet yapısının korunması.....	76
c. Devletin temel kuruluş ilkelerinin korunması .....	78
d. İnsan haklarının korunması .....	82
e. Siyasal istikrarsızlığın önlenmesi .....	85
f. Özgün bir örnek:1982 Türkiye Anayasası .....	86
(1) Dünya anayasalarıyla karşılaştırma .....	86
(2) Sistemsel tıkanıklıklarda anayasa mahkemesi kararlarının işlevi.....	88
B. Kurucu İktidar ve Değişmez Madde İlişkisi .....	90
1. Değişmezlik ve aslî – türev kurucu iktidar ayrımı.....	91
a. Kurucu iktidar kavramının anayasalardaki değişmezliğe etkisi.....	91
(1) Kurucu iktidarın tanımı.....	92
(2) Aslî – türev kurucu iktidar ayrımının değişmezliğe bağlı olarak ortaya çıkışı....	93
(3) Türev kurucu iktidarın “kuruculuk” sıfatını sorgulayan görüşler.....	97
b. Değişmezlik ilkesi açısından aslî kurucu iktidar.....	99
(1) Aslî kurucu iktidarın tanımı .....	99

(a) Aslî kurucu iktidarın hukuk-dışılığı .....	100
(b) Demokratik ve anti-demokratik aslî kurucu iktidar ayrımı .....	103
(2) Aslî kurucu iktidarın sınırları .....	105
(3) Anayasa koyan iradenin ayrıcalığı .....	109
(a) Aslî ve türev kurucu iktidar hiyerarşinin kaynağı .....	109
(b) Türev kurucu iktidarın anayasa koyucu iradeye saygı yükümlülüğü .....	111
c. Değişmezlik ilkesi açısından türev kurucu iktidar .....	116
(1) Türev kurucu iktidarın tanımı .....	116
(2) Türev kurucu iktidarın sınırları .....	118
(a) Anayasa değişikliği usulünün değişmezliği tartışması .....	120
(b) Değişmez maddelere uyma yükümlülüğü .....	121
(c) Türev kurucu iktidarın değişmez madde yaratamaması .....	126
2. Değişmez madde ve ilkeleri belirleyebilecek tek güç olarak aslî kurucu iktidar .....	130
a. Toplum sözleşmesinin çağdaş yorumunda değişmez maddelerin yeri .....	130
(1) “Modern toplum sözleşmesi”nde değişmez maddelerin hukuksal değeri .....	131
(a) Tarihsel süreçte yöneten – yönetilen ilişkilerinin gelişimi ve sözleşme kavramı .....	131
(b) Günümüz siyasal düzeninde anayasanın ve değişmez madde ve ilkelerin demokratikleştirici rolü .....	134
(2) Aslî kurucu halkın değişmez maddeleri belirleme hakkı .....	137
(a) Aslî kurucu iktidarın meşruiyetinin değişmezliğe etkisi .....	137
(b) Değişmezlik açısından demokratik asli kurucu iktidarın önemi ve 1982 Anayasası .....	140
b. Değişmez maddelerin hukuksal değeri ve meşruiyet ilişkisi .....	146
(1) Girdi meşruiyeti .....	149
(i) Değişmez maddelerin tek meşru kaynağı olarak “kurucu halk” kavramı .....	153
(ii) Kurucu halkın demokratik olarak oluşma zorunluluğu .....	158
(2) Çıktı meşruiyeti .....	161
(3) Sınama meşruiyeti .....	164
c. Bir çağdaş demokrasi unsuru olarak değişmezlik .....	168
(1) Değişmezlik ve egemenlik tartışması .....	169
(a) Halk egemenliğinin sınırlanması ihtiyacı .....	170
(b) Parlamentonun sınırlandırılabilir bir iradeye sahip olmasının gerekçeleri ....	171
(c) Kanunun ancak anayasaya uygun olduğu ölçüde genel iradeyi oluşturması .	175

(d) Genel iradenin parlamentodan farklı organlar tarafından da ortaya konması	180
(e) Günümüzde parlamentonun üstünlüğünün anayasanın üstünlüğüne dönüşmesi	182
(2) Çoğunluk baskısına karşı çağdaş demokrasi anlayışının bir unsuru olarak değişmezlik	184
(a) Çoğunluğun demokrasiye tehdit oluşturması	184
(b) Çoğunluğun anayasayla sınırlanması ihtiyacı	187
(c) Değişmez maddelerin çağdaş demokrasi anlayışı içerisindeki konumu ve önemi	189
II. ANAYASA YARGISINDA DEĞİŞMEZLİK	192
A. Anayasa Mahkemesi ve Değişmezlik İlişkisi	192
1. Anayasa Mahkemesi'nin anayasallık denetiminin meşruluğu	193
a. Anayasa mahkemesinin türev kurucu iktidarın sınırlarını belirleme görevinin ortaya çıkışı	194
b. Parlamenter sistemde bir denge unsuru olarak anayasa mahkemesi	196
(1) Anayasa yargısı eleştirilerinin kaynağı: Parlamenter sistemin krizi	197
(2) Meşruiyet kaynakları bakımından anayasa mahkemesi üyeleriyle parlamenterler arasındaki fark	200
(3) Kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak anayasallık denetimi	203
(4) Anayasallık denetiminde takdir yetkisi ve yargıçlar hükümeti	207
c. Değişmez maddelere aykırı anayasa değişikliklerinin denetiminin yaygınlaşması	213
d. Değişmez maddelerle ilgili anayasallık denetimi ve hukukun kaynakları	215
(1) Anayasaya aykırı hukuk kaynaklarının değişmez maddeler yoluyla engellenmesi	216
(2) Anayasa yargıcının değişmez maddeleri yorumlamasının hukuksal bir zorunluluk oluşu	218
(a) Değişmez maddelerin yorumlanmaya muhtaç oluşu	219
(b) Anayasa mahkemesinin anayasayı yorumlamasına dair tezler	225
(c) Anayasa mahkemelerinin değişmez maddeleri yorumlama biçimleri	228
(i) Değişmez maddelerin geniş yorumlanması ve sonuçları	228
(ii) Değişmezliğin dar yorumlanması gerektiği iddiası ve “olumlu yönde” değişiklik fikri	235
(iii) Yazılı olmayan değişmez maddelere dayanan anayasallık denetimi	243
(d) Anayasa mahkemesinin değişmez maddeleri yorumlarken kullanması gereken yorum yöntemleri	253

e. Değişmez maddelerin demokrasi ilkelerinin yargısal yollarla korunmasındaki önemi .....	256
(1) Anayasallık denetiminin güncel demokrasi anlayışının bir gereği haline gelmesi .....	257
(2) Değişmez maddelere ilişkin anayasallık denetiminin demokrasinin korunmasındaki işlevi .....	261
2. Anayasa mahkemesinin demokratik sistemlerdeki yeni konumu ve görevleri .....	264
a. Demokrasinin ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasında anayasa mahkemesinin rolü .....	265
b. Anayasa mahkemesinin kurucu halkın temsilcisi konumuna gelmesi .....	270
(1) Anayasa mahkemesinin genel iradeyi temsil eden organlardan biri olması .....	270
(2) Değişmez maddelerin yorumlanması: Kurucu halkın iradesinin ortaya çıkartılması .....	272
B. Anayasa mahkemesinin değişmez maddelerin korunmasına ilişkin yetkisi .....	275
1. Anayasa mahkemesinin değişmez maddeleri koruma görevi .....	277
a. Anayasa mahkemesinin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi ve karşı görüşler .....	278
(1) Fransa Anayasa Konseyi'ne göre türev kurucu iktidarın "egemenliği" .....	280
(2) Fransa Anayasa Konseyi'nin adem-i merkeziyetçi yapıyla ilgili kararı .....	286
b. Anayasa mahkemesinin kendi yetkisini genişletmesi .....	290
c. Anayasa değişikliklerinin yalnızca şekil açısından denetlenebileceği iddiası .....	292
d. Anayasa mahkemesinin anayasa değişikliklerini esasa girerek denetlemesi .....	295
(1) Anayasa mahkemesinin kendinde anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi bulması .....	296
(2) Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin "esasa girerek şekilden" denetim formülü... ..	301
2. Anayasa mahkemelerinin değişmez maddelerle ilgili kararlarına genel bir bakış .....	308
a. Anayasa mahkemesi kararlarında anayasa değişikliğinin yazılı sınırı .....	309
b. Anayasa mahkemesi kararlarında anayasa değişikliğinin yazılı olmayan sınırları .....	311
3. Değişmez maddelerin değiştirilmesi .....	314
a. Değişmez maddelerin değiştirilmesi girişiminin hukuksal niteliği .....	316
(1) Değişmez maddelerin anayasa değişikliği yoluyla değiştirilebileceği iddiası... ..	316
(2) Değişmez maddeleri değiştiren anayasa değişikliği tekliflerinin hukuksal niteliği .....	319
b. Değişmez maddeleri değiştirenlerin cezaî sorumluluğu .....	323
c. Değişmez maddelerin değiştirilmesi için yöntem arayışları .....	325

(1) Değişmez maddelerin yeni bir anayasa yazımı yoluyla değiştirilmesi.....	327
(2) Değişmez maddelerin çifte değişiklik formülüyle değiştirilmesi .....	331
(3) Referandum yoluyla.....	338
(a) Referandumun anayasa mahkemesinin denetim yetkisi dışında olması.....	340
(b) Değişmez maddelerin referandumla değiştirilebilirliğinin eleştirisi .....	343
(c) Değişmez maddeleri değiştiren referandumların demokratikliği .....	348
SONUÇ .....	351
KAYNAKÇA .....	356
EK.....	371
ÖZGEÇMİŞ .....	397



## KISALTMALAR

ABD: Amerika Birleşik Devletleri

a. g. e.: Adı geçen eser

a. g. m.: Adı geçen makale

Bknz: Bakınız

Coll.: Collection

c.: Cilt

E.: Esas

K.: Karar

İHAM: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

İHAS: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

MGK: Millî Güvenlik Konseyi

no.: Number

s.: Sayfa

S.: Sayı

t.: Tome

TBMM: Türkiye Büyük Millet Meclisi

vb.: Ve benzeri

vd.: Ve devamı

## RESUME

La constitution doit être considérée comme “contrat constituant” parce qu’elle représente la volonté du pouvoir constituant original: Elle détermine les principes et les valeurs qui rendent possible de vivre ensemble. Certain pouvoir constituants ont fait recours à l’institution de l’intangibilité afin que ces valeurs et principes ne soient pas modifiés par les pouvoirs constituant dérivés, selon les politiques quotidiens.

Selon certains auteurs, les principes fondamentaux doivent constituer une frontière tacite, concrète sur les pouvoirs constituants dérivés, même s’ils ne sont pas mentionnés dans la Constitution. Ces principes ne doivent pas être examinés dans le cadre de l’intangibilité à cause de leur vague caractère. Partant, il n’est également pas opportun de considérer, les interdictions de modifications de Constitution pour une période déterminée, dans le cadre de l’institution de l’intangibilité, parce que ces interdictions ne visent pas de protéger les principes fondamentaux. De même, il ne serait pas acceptable de soutenir que les principes se trouvant dans des Constitutions *Interim* deviennent intangibles, parce qu’ils résultent par l’attachement du pouvoir constituant original. Ni le droit international, ni l’attachement qui ressort de l’intervention d’un état tiers, ne constituent l’intangibilité parce que dans ces cas, le pouvoir constituant est forcé de se conformer aux principes soit par sa volonté soit contre cette dernière ; ce qui crée un attachement politique et non juridique.

Il existe des auteurs qui soutiennent qu’il ne doit pas exister des articles intangibles dans les Constitutions. Partant ils pensent que ces articles ne sont pas contraignants. Un grand nombre d’auteurs soutient que ces articles représentent une limitation morale. Le Parlement a été informé sur des sujets spécifiques mais ce dernier n’a pas l’obligation de se conformer aux directives. Certains auteurs affirme qu’il n’existe pas de différence entre le pouvoir constituant originaire et dérivé en ce qui concerne l’exercice constituant, donc ne serait pas possible pour le pouvoir constituant dérivé d’être limité par son précédant. Parallèlement, il existe des auteurs qui affirment qu’il ne serait pas possible que les futures générations soient liées pas une autre génération.

Certes, le caractère du pouvoir constituant, qui détermine les articles intangibles importe sur la valeur juridique de l’intangibilité. Le fait de lier les pouvoirs constituant dérivés, déterminés d’une façon démocratique par les actes du pouvoir constituant est contraire aux efforts de la protection des droits de l’homme et de la démocratie se trouvant dans l’idée de l’institution de l’intangibilité. De ce fait, il faudrait, pour les Etats qui ont vécu une période de pouvoir constituant anti-

démocratique, que les Cours Constitutionnelles fassent des examens spécifiques pour déterminer leur valeur juridique.

Les constitutions nouvellement rédigées nécessiteront une période de rédaction démocratique afin que les articles intangibles puissent avoir la force exécutoire. De nos jours, la croissance générale du taux d'éducation et de l'alphabétisme et la technologie et outre, les moyens de communications, permettent l'accès aux individus. Les constitutions et les articles intangibles qui résultent d'un processus dont les individus sont privés de participer, en dépit de ces évolutions, risquent d'être loin d'unifier les membres de la société et leur force exécutoire seront interrogés.

Il serait opportun de conduire un processus compréhensif et d'englober tout les membres constituant la société. C'est seulement comme ce la qu'un « peuple constituant » peut déterminer librement ses droits de vie commune.

Le pouvoir de déterminer les principes fondamentaux de l'Etat et d'interdire légitimement la modification de ces derniers découlent du caractère constituant du peuple. La conscience du peuple créant un système juridique nouvel sur la perpétuité du système politique, la démocratie et les droits fondamentaux lie le pouvoir constituant dérivé hiérarchiquement inférieur. Avec cela, il serait juridiquement interdit que les majorités dans le législatif imposent un régime autoritaire ou totalitaire.

Il faut accepter que les articles intangibles ne constituent pas une nécessité constitutionnelle. Il en découle du fait qu'il existe plusieurs systèmes constitutionnels qui ont un bon fonctionnement ou il n'existe pas d'article intangible. Par ailleurs, il ressort des conclusions légitimes historiques des pays que ces articles constituent un élément inséparable de certains systèmes constitutionnels. Il existe 59 pays ayant des articles intangibles dans leur Constitution. Ces articles ont entrepris des fonctions importantes afin que les peuples puissent vivre ensemble. Ces derniers permettent la continuité du régime, la structure du pays, protègent les principes constituant et les droits fondamentaux et empêchent les instabilités politiques.

Il serait contre la logique de l'intangibilité et des conclusions historiques de soutenir que le pouvoir constituant dérivé n'est lié avec ce la et aussi de dire que la protection exercée par la Cour constitutionnelle sur ces limites constituent un excès du pouvoir. La seule fonction des articles intangibles, l'élément inhérent du système constitutionnel, est de limiter le pouvoir constituant dérivé. Partant la Cour Constitutionnelle exige le respect à la continuité aux articles intangibles reflétant la volonté constituante. Le contrôle est le résultat de la limitation. Celui qui affirme « il existe une limite » accepte aussi qu'un contrôle soit fait au respect de cette limite. La persuasion soutenant que les articles intangibles sont privés de valeur juridique n'est pas en conformité avec le point de vue démocratique, spécialement de nos jours ou nous saisissons des expériences mauvaises ou apparaissent clairement la nécessité de la protection des limites se trouvant dans des articles intangibles pour la protection de la démocratie.

Les articles intangibles permettent d'empêcher les majorités parlementaires simples et qualitatives, de limiter les droits et libertés politiques, ethniques, culturels, religieux, sexuels et les droits de toutes les minorités selon leur propre vision du monde, en tirant parti d'une liberté sans frontière. La fonction vitale des articles intangibles est de limiter les majorités parlementaires. Parce que l'histoire a montré à

quel point les pouvoirs non limités pourront causer à des peines. La Cour constitutionnelle est l'institution qui empêchera les parlements de violer les droits fondamentaux et la démocratie parce qu'elle est la seule institution compétente pour l'annulation des exercices du parlement.

La Cour constitutionnelle repose sur la volonté du pouvoir constituant original quand elle décide à l'annulation d'un exercice du parlement majoritaire. Le peuple constituant affirme sa volonté dans la Constitution et restreint le pouvoir constituant dérivé pour certains sujets. La Cour constitutionnelle est compétente pour l'annulation des exercices du pouvoir législatif, notamment les articles modifiant la Constitution parce qu'elle exerce ses pouvoirs au nom du peuple constituant pour assurer le respect à la volonté de cette dernière.

L'intangibilité dans les Constitutions, représente une opportunité sans pareil pour la protection de la démocratie et des droits fondamentaux. Le but et l'origine de l'intangibilité prêtent aux tribunaux l'évolution de ces derniers. Les cours suprême, doivent interpréter les articles intangibles par leur obligation découlant de la protection de la Constitution et doivent mettre en évidence la volonté du peuple constituant. Parce que ce pouvoir lui a amené par ce dernier.

La Cour constitutionnelle doit prendre en considération la démocratie et les droits fondamentaux contemporains et interpréter la volonté du pouvoir constituant avec une interprétation dynamique. Au cas inverse, l'attente crée autour des articles intangibles ne serait pas satisfaite. Cette situation est en désaccords avec la nouvelle place de la Cour Constitutionnelle dans des démocraties contemporaines.

Il faut admettre que, l'exercice des articles intangibles contraire aux buts et origines de l'institution de l'intangibilité, comme fut avec la Constitution du 1982 de la République turque, peut causer à un effet inverse. Ces articles constitueront un obstacle devant le bon fonctionnement de la démocratie et des droits fondamentaux. La Cour constitutionnelle turque, avec une interprétation dynamique, pouvait empêcher que ces articles intangibles qui ne reposent pas sur la volonté du pouvoir constituant original démocratique soient un obstacle devant la démocratie. Mais la jurisprudence n'a pas suivi cette voie. C'est pour cela d'ailleurs qu'il existe toujours une tension survenant des articles intangibles.

Le Conseil constitutionnel français, avec une interprétation restreinte, stipule que le pouvoir constituant dérivé est « souverain dans le cadre de la Constitution » et qu'il n'est pas compétent pour contrôler les lois sur les modifications de la Constitution. Tout de même, il faut accepter que la Cour constitutionnelle soit compétente pour contrôler certaines lois modifiant la Constitution.

La Cour Constitutionnelle turque et la Cour Suprême de l'Allemagne Fédéral, se voient compétentes pour contrôler la conformité et le respect des lois modifiantes les Constitutions aux articles intangibles. De même, la Cour Constitutionnelle italienne n'hésite pas d'affirmer qu'il existe dans la Constitution italienne, des principes qui peuvent être ni modifier, ni annuler par une modification de la Constitution.

Aux Indes, l'obligation du pouvoir constituant dérivé de se conformer aux principes dominants découle de la doctrine du « structure fondamental » de la Cour Suprême.

Il faut accepter que comme les articles intangibles qui sont devenues une source d'une tension sociale, les articles intangibles sur lesquelles il existe une unanimité grâce à leur contenu ou bien à la commentaire de la cour constitutionnelle peuvent être sujet à une révision. Dans ce cas, ce n'est pas juste de penser que les peuples sont obligés à vivre avec ces articles. Mais espérer une rupture dans la vie démocratique, un coup d'Etat, un soulèvement ou bien une révolte n'est jamais conforme avec le point de vue libéral, humanist et démocratique.

La formule de double révision est contraire à la logique juridique et à la souveraineté de la volonté du pouvoir constituant originaire. Parce que la norme constitutionnelle qui met une limite, met aussi une limite pour soi-même, c'est à dire elle interdit sa propre révision. En effet, ce n'est pas logique de dire en même temps qu'un pouvoir est limité mais il peut supprimer aussi cette limitation.

Puis que la révision des articles intangible signifie le changement du fondement du système juridique construit par la constitution, il faut que le pouvoir constituant originaire s'émerge. Au point de vue kelsenienne, par la révision des articles intangible l'Etat ancien se finit et un nouvel Etat est construit. Mais la perception d'un conflit pendant ce passage est passé pour le moment. En plus, plusieurs exemples sur le monde montrent que les conflits de l'ancien régime constitutionnel peuvent être terminés avec le processus de l'écriture de la nouvelle constitution. Les processus d'écriture en Espagne, à l'Afrique du Sud, en Suisse et en Islande sont éclairantes pour ce sujet. Comme ces processus d'écriture des constitutions, la révision ou bien l'annulation des articles intangibles peuvent être organisée après une étape de préparation où existe une participation démocratique et des référendums où on a respecté la code de bonne conduite. Bien sûre que les conditions politiques, le niveau démocratique et la sensibilité sociale de chaque Etat varie l'un de l'autre. C'est pourquoi c'est probable que les processus de la révision des articles intangible se varient. Mais au moins, le référendum doit être organisé selon la Code de Bonne Conduite de la Commission de Venice.

On espère avec ce travail de convaincre les écrivains qui pensent que les articles intangible n'on aucune valeur juridique à cause de leurs doutes sur la démocratie que les articles intangibles sont très important pour la démocratie et les droits et libertés fondamentaux. La défense de l'intangibilité n'est pas contraire à la démocratie. Parce que la démocratie peut être possible si et seulement si le pouvoir est limité et pour la limitation du pouvoir, il faut que l'Etat de droit basé sur la superiorité de droit et de la constitution prévale. C'est pourquoi, la défense de l'intangibilité n'est pas contre à la démocratie, mais plutôt c'est la défense de l'Etat de droit qui est garant de la démocratie.

## SUMMARY

The constitution must be considered "constituting contract" because it represents the will of the original constituent power: It determines the principles and values that make it possible to live together. Certain components can have recourse to the institution of the intangibility so that these values and principles are not changed by the derived constituent power, according to the daily policies.

According to some authors, the fundamental principles must be a tacit border to derived constituent power, even if they are not mentioned in the Constitution. These principles should not be considered in the context of the intangibility because of their vagueness. Hence it is also not appropriate to consider the Constitution bans changes for a specified period, as part of the institution of the intangibility, because these prohibitions do not apply to protect the fundamental principles. Similarly, it would not be acceptable to argue that the principles found in the *Interim* Constitutions become intangible, because they result from the attachment of the original constituent power. Neither international law nor the attachment that emerges from the intervention of a third State, constitute inviolability because in these cases, the constituent power is forced to comply with the principles either by his will or against it, which creates a political and not a legal commitment.

There are authors who argue that it should not exist in the Constitutions intangible items. Hence they think that these items are not binding. Many authors argued that these articles represent a moral limitation. Parliament was informed on specific topics but he has no obligation to comply with the directives. Some authors said there is no difference between the original constituent power and derived one on to be constituent, so would not be possible for derived constituent power to be limited by its preceding . Meanwhile, there are authors who say it is not possible that future generations are bind by past generation.

Sure, the nature of the constituent power, which determines the intangible articles determines the legal value of the intangibility. Bind the derived constituent power selected in a democratic way by the actions of original constituent power is contrary to efforts to protect the rights of the people and democracy found in the idea of the institution of intangibility. Therefore, it would be necessary for States that have experienced a period of anti- democratic constituent power that the Constitutional Courts do specific tests to determine their legal status.

Newly drafted constitutions require a period of democratic writing so that intangible items can be enforceable. Nowadays, the general growth rates of education and literacy and technology and also the means of communication provide access to individuals. Constitutions and intangible articles arising from a process in which individuals are deprived of participation, despite these developments, may be far from unifying members of society and their enforceability will be questioned.

It would be appropriate to conduct a comprehensive process and include all the members constituting society. It is only as the a "constituent people" can freely determine their rights of common life.

The power to determine the fundamental principles of the state and to legitimately prohibit modification thereof results from the constituent character of the people. The consciousness of the people creating a new legal system on the perpetuity of political system, democracy and human rights binds the derived constituent power which is hierarchically a lower power. With this, it would be unlawful for the majorities in the legislature to impose an authoritarian or totalitarian regime.

It must be accepted that intangible articles are not a constitutional necessity. It follows that there are several constitutional systems that function properly without intangible article. Moreover, it appears legitimate historical conclusions that these articles constitute an inseparable part of some constitutional systems. There are 59 countries with intangible articles in their Constitution. These items have undertaken important functions for that people to live together. These allow the continuity of the regime, the structure of the country and protect the principles constituting the fundamental rights and prevent political instability .

It would be against the logic of the intangibility and historical findings to support that the derived constituent power is not linked with this and also to say that protection by the Constitutional Court on these limits is an excess of power. The sole function of the intangible articles, the inherent element of the constitutional system, is to limit the derived constituent power. And the duty of the Constitutional Court is the continuity of the respect to the intangible articles which are the reflection of the Constituent will. Control is the result of the limitation. Whoever says "there is a limit" also accepts a check made to respect this limit. Persuasion arguing that intangible articles are deprived of legal value is not in accordance with the democratic point of view, especially nowadays when we know bad experiences clearly showing the need for the protection of the limits found in intangibles articles for the protection of democracy..

Intangible articles help prevent simple and qualitative parliamentary majorities to limit the political, ethnic, cultural, religious, and sexual rights and freedoms of all minorities according to their own vision of the world, taking advantage of freedom without borders. The vital function of the intangible articles is to limit parliamentary majorities. Because history has shown how the unlimited powers may cause pain and suffer. The Constitutional Court is the institution which prevents parliaments of

violating human rights and democracy because it is the only institution responsible for the annulation of the acts of parliament.

The Constitutional Court is based on the will of the original constituent power when it decides to cancel an act of the majority in the parliament. The constituent people affirms its commitment in the Constitution and limits the derived power for certain topics. The Constitutional Court is responsible for the annulation of the exercise of the legislative power, in particular acts to amend the Constitution because it exercises its powers on behalf of the constituent people to ensure compliance with the will of the latter.

The intangibility in the Constitutions is an unparalleled opportunity for the protection of democracy and human rights. The purpose and origin of the inviolability give to the courts the duty to develop of the latter. The Supreme Courts must interpret intangible articles by their obligation under the protection of the Constitution and must demonstrate the will of the constituent people. Because it's given to him by the latter.

The Constitutional Court must consider democracy and contemporary human rights and interpret the will of the component with a dynamic interpretation. In the opposite case, the expectation created around intangible articles would not be satisfied. This is in disagreement with the new role of the Constitutional Court in contemporary democracies.

Admittedly, the exercise of intangible articles contrary to the purposes and origins of the institution of the intangibility, as in the Constitution of 1982 of the Republic of Turkey, can cause an inverse effect. These articles constitute an obstacle to the functioning of democracy and human rights. The Turkish Constitutional Court, with a dynamic interpretation could prevent that these intangible articles which are not based on a original democratic constituent power of being an obstacle to democracy. But the Court did not follow this path. That is why there is always a tension occurring intangible articles.

The French Constitutional Council, with a narrow interpretation states that the derived constituent power is "sovereign under the Constitution" and that it is not competent to review the laws on constitutional amendments. Still, we must accept that the Constitutional Court is competent to control certain laws amending the Constitution.

Turkish Constitutional Court and the Supreme Court of Federal Germany consider themselves competent to monitor compliance of the laws modifying the Constitutions to the intangible articles. Similarly, the Italian Constitutional Court does not hesitate to affirm that exists in the Italian Constitution some principles that can not be modified or cancelled by a constitutional amendment.



In India, the derived constituent power's obligation to comply with dominant principles derives from the doctrine of "basic structure" created by the Supreme Court.

We must accept that besides the intangible articles that have become a source of social tension, intangible articles on which there is a unanimity through their content or the comments of the Constitutional Court may be subject to revision. In this case, it is not right to think that people are forced to live with these articles. But expecting a break in the democratic life, a coup, an uprising or a revolt is never consistent with the liberal, humanist and democratic point of view.

Double revision formula is contrary to the legal logic and sovereignty of the will of the original constituent power. Because, the constitutional norm that puts a limit also puts a limit for yourself, ie it forbids its own review. Indeed, it is not logical to say at the same time that a power is limited, but it can also remove this limitation.

Then the revision of the intangible articles means changing the basis of the legal system built by the constitution, we need the original constituent power emerges. In Kelsenian perspective, by editing intangible articles former state ends and a new state is built. But the perception of a conflict during this transition has been past. In addition, several examples on the world show that disputes at the old constitutional system can be terminated with the process of writing the new constitution. The writing process in Spain, South Africa, Switzerland and Iceland are illuminating this topic. As the process of constitution writing, revision or cancellation of intangible articles can be organized after a preparation stage where democratic participation and referendums where they followed the code of conduct exists. Quite sure that the political, democratic and social sensitivity level of each state varies from each other. Therefore it is likely that the review process of the intangible articles vary also. But at least the referendum must be organized according to the Code of Conduct of the Commission of Venice.

It is hoped with this work to convince writers who think they are intangible articles have no legal value because of their doubts about democracy as intangible items are very important for democracy and fundamental rights and freedoms. Defending intangibility is not contrary to democracy. Because democracy may be possible if and only if the power is limited and for the limitation of power, it is necessary that the rule of law based on the superiority of law and the constitution prevails. Therefore, defense of the inviolability is not against democracy, but rather it means the defence of the rule of law which is the guarantor of democracy.

## ÖZET

Anayasa, aslî kurucu iktidarın iradesinin vücut bulmuş halidir; bu nedenle, bir “kurucu anlaşma” olarak kabul edilmelidir: Anayasa, birlikte yaşamayı mümkün kılan ilke ve değerleri belirler. Kimi aslî kurucu iktidarlar, birlikte yaşamayı mümkün kılan bu ilke ve değerlerin, basit parlamenter çoğunluklara dayanan türev kurucu iktidarlar tarafından günlük politikalar doğrultusunda değiştirilmesini engellemek adına değişmezlik kurumuna başvurmuştur.

Doktrindeki bazı yazarlarca anayasada yazılı olmasa da bazı temel ilkelerin türev kurucu iktidara zımnî maddî sınır teşkil etmesi gerektiği düşünülmüştür. Ancak bunların belirsizliği nedeniyle söz konusu ilkeler değişmezlik kapsamında değerlendirilmemelidir. Aynı şekilde bazı anayasalarda yer alan belirli sürelerle bağlı anayasa değişikliği yasakları da değişmezlik kapsamında kabul edilmemelidir zira bu yasakların amacı temel ilkeleri korumak değildir. *Interim* anayasalarda yer alan ilkelerin değişmez hale geldiği iddiası da, aslî kurucu iktidarın bağlanması sonucunu doğurduğu için kabul edilebilir değildir. Uluslararası hukuk ve üçüncü devlet müdahalesiyle ortaya çıkan bağlayıcılık da bir değişmezlik oluşturmaz, zira burada aslî kurucu iktidarın ya gönüllü şekilde ya da zorla bazı ilkelere uyması söz konusudur. Bu da hukuksal değil, siyasal bir bağlayıcılık yaratır.

Bazı yazarlar çeşitli sebeplerle anayasalarda değişmez madde olamayacağını düşünmektedir. Bu nedenle değişmez olarak belirlenen maddelerin hukuksal bir bağlayıcılık yaratmadığını düşünmektedirler. Birçok yazar anayasalardaki değişmez maddelerin yalnızca manevî bir sınırlama anlamına geldiğini iddia etmiştir. Böylece parlamento belli konularda mesajlar verilmiştir ancak parlamento bunlara uymak zorunda değildir. Bazı yazarlarsa kuruculuk faaliyeti açısından aslî ve türev kurucu iktidar arasında bir fark olmadığını, bu nedenle türev kurucu iktidarın kendinden önceki bir iktidar tarafından sınırlandırılmayacağını düşünmektedir. Bununla paralel olarak kimi yazarlar da bir neslin gelecek nesilleri bağlamasının mümkün olmaması gerektiğini iddia etmiştir.

Elbette ki değişmez maddeleri belirleyen aslî kurucu iktidarın niteliği, değişmezliğin hukuksal değeri üzerinde etkilidir. Toplum mühendisliği amacındaki anti-demokratik kuruculuk faaliyetinin sonucu olarak ortaya çıkan değişmez maddelerin demokratik şekilde belirlenmiş türev kurucu iktidarlara bağlanması, değişmezlik mantığının temelindeki demokrasi ve insan haklarının korunması çabasına aykırıdır. Bu nedenle, özellikle anti-demokratik aslî kuruculuk döneminden geçmiş ülkelerin anayasalarındaki değişmez maddeler, anayasa mahkemeleri tarafından girdi, çıktı ve sinama meşruiyeti testlerine tabi tutulmalı ve hukuksal değerleri buna göre belirlenmelidir. Günümüzde yazılacak yeni bir anayasadaki değişmez maddelerin hukuksal bağlayıcılığı ancak demokratik bir anayasa yazım

sürecinin ardından olabilir. Zira günümüzde, okuma-yazma ve eğitim seviyesinin genel olarak yükselmesinin yanında yeni anayasanın muhatabı olacak tüm insanlara ulaşmak açısından iletişim olanakları ve teknoloji son derece yeterlidir. Buna rağmen halkın katılmasının engellendiği veya istenmediği bir süreç sonucunda ortaya çıkacak anayasadaki değişmez maddeler, büyük bir ihtimalle, hem birleştirici olamayacak, hem de girdi meşruiyeti eksikliği nedeniyle bağlayıcılıkları sorgulanır bir hale gelecektir.

Aslı kurucu iktidarın tam anlamda demokratik olarak ortaya çıkabilmesi için dışlayıcı değil, kapsayıcı bir süreç yürütülmeli ve toplumu oluşturan hiçbir kesim sürece katılmadan mahrum bırakılmamalıdır. Ancak bu halde “kurucu halk” ortaya çıkarak ortak yaşama kurallarını özgürce belirleyebilir.

Kurucu halkın, inşa ettiği yeni devletin temel kurallarını belirleme ve bunların değiştirilmesini meşru şekilde yasaklama yetkisi onun kuruculuk sıfatından kaynaklanır. Emek ve mücadele vererek yeni hukuk düzenini yaratan halkın, siyasi sistem, demokrasi ve temel haklar gibi bazı temel unsurların daimi olması yönündeki iradesi kendinden sonra gelen ve hiyerarşik olarak daha altta olan türev kurucu iktidarlara bağlar. Böylece yasama organında oluşabilecek büyük çoğunlukların dahi kendi çıkarları doğrultusunda otoriter ve totaliter rejimler yaratması daha en baştan hukuksal yollarla engellenmiş olur.

Kabul etmek ve gözden kaçırmamak gerekir ki, içerisinde değişmez madde olmayan ve buna karşın oldukça iyi şekilde işleyen bir çok anayasal sistemin bulunmasından anlaşılacağı üzere değişmezlik anayasal bir gereklilik değildir. Ancak öte yandan meşru tarihsel nedenlerle bazı anayasal sistemlerde değişmez madde ve ilkelerin varlığı açıklanabilir ve bunlar ulusal anayasal sistemin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Dünya üzerinde 59 ülkenin anayasasında değişmez maddeler bulunmaktadır ve bir çoğu toplumların bir arada yaşaması için önemli işlevler üstlenmiştir. Değişmez maddelerle rejimlerin sürekliliği sağlanmakta, devlet yapısının ve temel kuruluş ilkelerinin korunması sağlanmakta, temel hak ve özgürlükler daha güvenceli bir sisteme dayandırılmakta ve siyasal istikrarsızlıklar önlenmektedir.

Demokratik olduğu iddia edilen bir tavırla türev kurucu iktidarların bunlarla bağlı olmadığı veya anayasa mahkemesinin bu sınırları korumasının yetki aşımı olduğunun savunulması, tarihsel nedenlere ve değişmezlik mantığına aykırıdır. Çünkü anayasal sistemin bir parçası olan değişmez maddelerin yegâne görevi türev kurucu iktidarı sınırlamak ve anayasa mahkemesinin görevi de kurucu iradenin yansımaları olan bu maddelere saygının devamlılığını sağlamaktır. Denetim, sınırlamanın bir sonucudur. Zira bir konuda “sınır vardır” diyen, bu sınıra saygıyı sağlayacak denetimi de kabul etmiş demektir. Özellikle de değişmezlikle getirilen sınırların demokrasinin korunması için gerekli olduğunun yaşanan acı deneyimlerle artık apaçık ortaya çıktığı günümüzde, değişmez maddelerin hukuksal değerden mahrum olduğunu iddia etmek demokratik bakış açısıyla uyum içerisinde değildir.

Basit veya nitelikli parlamenter çoğunlukların, sınırsız bir özgürlükten yararlanarak siyasi, etnik, kültürel, dinsel, cinsel, vb. tüm azınlıkların haklarını kendi çıkarı ve dünya görüşü doğrultusunda sınırlayabilmesi ve hatta yok edebilmesi değişmez maddeler sayesinde önlenmektedir. Değişmez maddelerin günümüzdeki en önemli işlevi demokrasiyi yaşatmak için parlamenter çoğunlukların sınırlanmasıdır. Çünkü tarih, sınırlanmayan iktidarların ne kadar büyük acılara sebep

olabileceğini çok açık şekilde göstermiştir. Değişmez maddeler yoluyla parlamentoların demokrasiyi ve temel hak ve özgürlükleri ihlal etmesini engelleyecek kurum anayasa mahkemesidir. Çünkü anayasa mahkemesi parlamento işlemlerini hukuka dayanarak iptal edebilecek tek kurumdur.

Anayasa mahkemesinin parlamento çoğunluklarının işlemini iptal ederken temel dayanağı, aslî kurucu iktidarın iradesine dayanmasıdır. Kurucu halk, iradesini anayasada ortaya koymuş ve türev kurucu iktidarları belli konularda sınırlamıştır. Anayasa mahkemesi bu iradeye saygı gösterilmesi için kurucu halkın temsilcisi sıfatıyla hareket ettiği için yasama organının işlemlerini ve bunların içinde de anayasa değişikliğine ilişkin kanunları da iptal etme yetkisine sahiptir.

Anayasalarda değişmezlik, anayasa mahkemelerine demokrasi ve insan haklarını korumak adına eşsiz bir imkân sunmaktadır. Değişmezliğin kökeni ve varlık amacı, mahkemelere bu imkânı demokrasinin ve temel hak ve özgürlüklerin daha da ileriye götürülmesi için kullanma görevi yüklemektedir. Yüksek mahkemeler, anayasayı koruma görevlerinden kaynaklanan yetkiyle, değişmez maddeleri yorumlamalı ve kurucu halkın iradesini ortaya koymalıdır. Çünkü kurucu halk demokrasi, temel haklar ve devletin temel unsurlarının korunması için değişmez maddeler yaratmış ve iradesine saygı gösterilmesini sağlama görevini de bu yolla anayasa mahkemesine yüklemiştir.

Anayasa mahkemesi, değişmez maddeleri yorumlarken çağdaş demokrasi ve temel haklar seviyesini dikkate almalı ve kurucu halk iradesini dinamik bir yorumla günümüze taşınmalıdır. Aksi takdirde, geride kalmış bir anlayışla hareket etmesi halinde bu, değişmez maddelerden beklenen demokrasi ve temel hakların korunması işlevinin sekteye uğratılmasına neden olacaktır. Bu durum anayasa mahkemesinin çağdaş demokrasi anlayışındaki yeni konumuyla tezat teşkil edecektir.

Kabul edilmesi gerekir ki, 1982 tarihli Türkiye Anayasası'nda olduğu gibi, değişmezlik kavramının kökeni ve amacı doğrultusunda değil de belli bir yönetici sınıfın toplumu kendi görüşleri doğrultusunda şekillendirmek amacıyla kullanılması halinde bu sefer değişmez maddeler tam tersi bir etkiyle demokrasinin ve temel hak ve özgürlüklerin önünde bir engel teşkil etmektedir. Demokratik bir aslî kurucu iradeye dayanmayan söz konusu değişmez maddeler, Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin dinamik bir yorumuyla demokrasi önünde engel olmaktan çıkabilecekken içtihat bu yönde olmamıştır. Bu nedenle değişmez maddelerden kaynaklanan toplumsal gerilim günümüzde halen devam etmektedir.

Fransa Anayasa Konseyi, Fransa Anayasası'ndaki değişmez maddeyi dar yorumlamış ve türev kurucu iktidarın "anayasal sınırlar içerisinde egemen" olduğunu söyleyerek anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları denetleme yetkisinin bulunmadığı kanaatine varmıştır. Ne var ki, Konsey'in yaptığı gibi ilgili değişmezliğin dar yorumlanması halinde dahi, mahkemenin bazı anayasa değişikliği kanunlarını denetleme yetkisinin olduğu kabul edilmelidir.

Türkiye Anayasa Mahkemesi ve Federal Almanya Yüksek Mahkemesi, anayasa değişikliğine ilişkin kanunların değişmez maddelere saygı duyup duymadığını denetlemek konusunda kendini yetkili görmektedir. İtalya Anayasa Mahkemesi de İtalya Anayasası'nda anayasa değişiklikleriyle ne ilga edilebilir, ne de değiştirilebilir ilkeler bulunduğunu söylemekten çekinmemektedir.

Hindistan'da ise türev kurucu iktidarın üstün ilkelere uyma zorunluluğu Yüksek Mahkeme'nin "temel yapı doktrini" sonucu oluşmuştur.

Kabul etmek gerekir ki, toplumsal gerilimin kaynağı haline gelmiş değişmez maddeler kadar, içerikleri itibariyle veya anayasa mahkemesinin yorumu sayesinde üzerinde uzlaşa sağlanmış değişmez maddelerin de zamanla değiştirilmesi gündeme gelebilir. Bu gibi durumlarda toplumların söz konusu maddelere "mahkum olduğunu" düşünmek doğru değildir. Fakat değiştirilmeleri için demokratik yaşamda bir kesinti yaşanmasını beklemek, bunun için tek yolun hükümet darbesi, ayaklanma veya isyan olduğunu iddia etmek özgürlükçü, hümanist ve demokrat bakış açısına uygun düşmeyecektir.

Değişmezliği yaratan maddenin değiştirilebileceği tezi hukuksal mantığa ve aslı kurucu iktidarın egemen iradesine aykırı bir tezdır. Çünkü anayasal bir sınır öngören norm, kendi için de bir sınır koymuş olmakta, bir başka deyişle, kendini de bir değişiklik konusu olmaktan çıkarmaktadır. Zaten bir iktidarın hem sınırlı olduğunu, hem de kendini sınırlayan söz konusu normu kaldırmabileceğini söylemek mantıksızdır.

Değişmez maddelerin değiştirilmesi, anayasa ile kurulan hukuksal düzenin temellerinin değiştirilmesi anlamını taşıyacağı için aslı kurucu iktidarın yeniden ortaya çıkmasını gerektirir. Çünkü Kelsen'ci bakış açısıyla bakıldığında, değişmez maddelerin değiştirilmesiyle birlikte eski devlete son verilip, yeni bir devletin kurulacaktır. Ancak bunun mutlaka bir çatışma ortamına sebep olacağı algısı artık değişmiştir. Hatta öyle ki, dünyadaki pek çok örnek eski anayasal düzende yaşanan çatışmaların yeni anayasa yazımıyla ortadan kalktığını ispatlamaktadır. Bu konuda İspanya, Güney Afrika, İsviçre ve İzlanda gibi ülkelerde yaşanan anayasa yazım süreçleri aydınlatıcı ve yol göstericidir. Değişmez maddelerin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması da bu ülkelerdeki anayasa yazım süreçlerine benzer şekilde, demokratik katılımın sağlandığı hazırlık aşaması ve iyi yönetim kurallarına uyulmuş referandumlar sonucunda gerçekleşebilir. Elbette ki her ülkenin siyasal şartları, demokrasi seviyesi ve toplumsal duyarlılığı birbirinden farklıdır. Bu nedenle değişmez maddelerin değiştirilmesi süreçlerinin de birbirinden farklı şekillerde gerçekleşmesi muhtemeldir. Ancak düzenlenecek referandumun Venedik Komisyonu'nun Referandumun İyi Yönetim İlkeleri çerçevesinde gerçekleştirilmesi gereklidir.

Anayasalarda değişmezlik konusunda demokratik endişeleri nedeniyle değişmez maddelerin hukuksal değerini tümünden reddetme eğilimindeki yazarları çalışmamızla, değişmez maddelerin demokrasi ve temel hak ve özgürlükler açısından ne kadar önemli olduğu konusunda ikna ettiğimizi umuyoruz. Değişmezliği savunmak demokrasi karşıtlığı değildir. Çünkü demokrasi ancak iktidarın sınırlanmasıyla mümkün olur ve iktidarın sınırlanması için de hukukun ve anayasanın üstünlüğüne dayalı hukuk devletinin hayata geçmesi gereklidir. Bu nedenle değişmezliği savunmak demokrasiye karşı olmak değil, bilakis, demokrasinin de bir güvencesi olan hukuk devletini savunmaktır.

## GİRİŞ

Anayasaların iki temel işlevi olduğu düşünülür: Bunlardan ilki devlet organlarının yapılarının ve yetkilerinin düzenlenmesi ve bunlar arasındaki ilişkilerin belirlenmesi, diğeri ise yönetilen ve yönetenlerin hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi suretiyle yönetilenlerin yönetenlere karşı korunmasıdır. Bu nedenle anayasa, kişilerin, güvenlik uğruna özgürlüklerinin bir bölümünü feda ettikleri Toplumsal Sözleşme'ye eklenmiş bir sorumluluklar listesi olarak kabul edilebilir.<sup>1</sup> Bu sorumluluklar vatandaşlarla ilgili olduğu kadar, devletin anayasayla kurulmuş olan organlarına da ödevler yükleyip sınırlamalar getirebilir. Yasama organı, bir başka deyişle türev kurucu iktidar<sup>2</sup> da bu organlar arasında yer alır.

Devlet örgütlenmesine sahip her topluluğun bir anayasası vardır ve bu anayasa, genelde yavaşça, o toplumun ihtiyaçları doğrultusunda, deneyimlere sadık kalınarak ve en tatmin edici çözümlerle gelişecek şekilde değişir.<sup>3</sup> Değişiklik, ülkeden ülkeye farklılık gösterse de genelde kanun yoluyla fakat kanunlardan daha zor şartların sağlanmasını gerektiren bir usulle gerçekleşir. Bazı anayasalarda ise, bu zorlaştırılmış şartlar yerine getirilse dahi değiştirilmesi yasaklanmış maddeler bulunabilir. Bu durumda anayasa yasama organına söz konusu maddeleri ve içeriklerini ihlal etmeme ödevi yüklemiş demektir.

Yasaların anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde karşılaşılan temel sorun aslında oldukça basittir: Bir tarafta, hiçbir denetimin olmaması halinde yasama organının anayasayı ihlal edebileceği ve bu nedenle anayasanın yasalara olan üstünlüğünü ve hatta bağlayıcılığını kaybedeceği gerçeği bulunmaktadır. Bunun

---

<sup>1</sup> Dominique TURPIN, **Contentieux Constitutionnel**, PUF, 1986, Paris, s. 9.

<sup>2</sup> Kurucu iktidar kavramı bu çalışma boyunca “anayasal norm koyan güç” olarak kabul edilmiştir. Kurucu iktidar kavramının tanımı ve aslı ve türev kurucu iktidar ayrımı ayrıntılı olarak ileride “kurucu iktidarın tanımı” başlığı altında ve devamında yapılmıştır.

<sup>3</sup> Marcel de la BIGNE de VILLENEUVE, **Principes de Sociologie Politique et de Statologie Générale**, Sirey, Paris, 1957, s. 28.

karşısında ise, demokratik bir siyasal sistemde yasaların, egemenliğin sahibi millet tarafından yapıldığı düşüncesi yer almaktadır. Halk tarafından seçilmeyen kişilerden oluşan bir kuruma verilmiş anayasallık denetimi yetkisi millet iradesinin denetlenmesi demektir ve bu da sistemin gerçek anlamda demokratik olmadığı izlenimini doğurur.<sup>4</sup> Bu izlenim, haklılık payı taşımaktadır ancak tamamen doğru bir izlenim de değildir. Çünkü, öncelikle, meclis veya parlamento adı verilen temsil organının gerçekten “halk” olup olmadığı çok tartışmalıdır. Ancak buna rağmen, kanunu yapanın halk olduğu kabul edilse dahi, anayasayı yapanın da yine halk olduğu gerçeği vardır ve bu nedenle bu belgenin de en az kanunlar kadar korunması gerekir.

Kanunların dahi anayasaya uygunluk denetiminin anti-demokratiklik eleştirisiyle karşılaştığı bir ortamda anayasa değişikliğine ilişkin kanunların anayasallık denetimine tâbi tutulması elbette daha da tartışmalı bir konu haline gelmektedir.

Anayasaları değiştirme yasakları içeren demokratik ülkelerin birçoğunda, yasaklama konusu maddelerdeki hükümler üzerinde –genellikle- toplumsal oydaşma vardır. Söz konusu maddelerin üzerindeki oydaşma sürdüğü sürece, o ülkelerde değişmezlikten kaynaklanan sorunlar yaşanmaz. Hatta bu meseleler tartışma ve gerilim konusu olmadığı gibi, çoğu kere bu hükümlerin varlığından bile haberdar olunmaz; bunlar kişilerin gündemine bile gelmez.<sup>5</sup>

Ancak diğer ülkelerde, sürekli şekilde anayasa değişikliği usulü maddesine başvurulması, yapılan değişikliklerin öneminin yüksek olması ve anayasa değişikliklerinin ve tekliflerinin giderek artması o ülkede anayasa değişikliklerinin sınırlarının doktrin tarafından tartışılmasına neden olur.<sup>6</sup> Üstelik, TANÖR’ün ifadesiyle, *“bir de eldeki anayasa, toplumdaki çelişkilerden üreyen ve yine toplum katındaki çatışma ve uzlaşmalar yoluyla çözümünü gereken sosyal, siyasal, ekonomik ve kültürel sorunların belli çıkarlar doğrultusunda oldu bitti yoluyla ‘çözümü’nü sağlamak, bu ‘çözümleri’ anayasanın da üstünlüğü ve katılığı yollarından geçerek*

---

<sup>4</sup> Francis HAMON, Michel TROPER, **Droit Constitutionnel**, 29<sup>e</sup> éd., LGDJ, Paris, 2005, s. 63.

<sup>5</sup> Adnan KÜÇÜK, “Yeni Anayasa Yapımı Eşiğinde: Demokratik İradenin ‘Anayasadaki Değiştirilmesi Yasak Hükümler’le Bağlanması”, *in Uluslararası Anayasa Kongresi Metinler Kitabı – 3*, TC İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları, no: 171, İstanbul, 2012, s. 223.

<sup>6</sup> Bruno GENEVOIS, “Les Limites d’Ordre Juridique à l’Intervention du Pouvoir Constituant”, **Revue Française de Droit Administratif (RFDA)**, No. 5, 1998, s. 910.

*dondurup sağlama bağlamak amacıyla her türlü hükümle doldurulup 'kırkambar'a çevrilmişse, 'katılık' güvencesi de, toplumun serbestçe nefes alıp vermesini önleyen bir cendere durumuna gelir".<sup>7</sup> Söz konusu katılığı sağlayan en etkili araç, kuşkusuz, değişmez maddelerdir. Toplumsal sorunların değişmez maddeler aracılığıyla çözülmeye çalışmasına verilebilecek en açık örneklerden biri 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'dır. Anti-demokratik bir yazım sürecinin ardından Millî Güvenlik Konseyi'ni oluşturan beş generalin iradesiyle Anayasa taslağının ikinci ve üçüncü maddesi değişmezlik kapsamına alınarak toplum ve devlet yapısı askerî irade doğrultusunda şekillendirilmeye çalışılmıştır.<sup>8</sup> Demokratik referandum kurallarına aykırı şekilde düzenlenen halkoylamasında Anayasa'nın yüksek bir oranla kabul edilmiş olması, tartışmaların günümüzde de devam etmesinden de anlaşılacağı üzere, değişmez maddelerin meşruiyete kavuşmasını ve tartışmaların sonlanmasını sağlayamamıştır. Türkiye'de değişmez maddelerle ilgili sorun, Andrew ARATO'nun çok yerinde tespit ettiği üzere, "korunan şeyin, 1982 Anayasası'nı yapan, geçmişin otoriter Bonapartist anayasa koyucularının iradesi, somut olarak değiştirilemez ilkeleri olarak görünüyor oluşudur; koruma demokratik seçimler sonucu işbaşına gelmiş bugünkü parlamentoya karşı yapılmaktadır."<sup>9</sup>*

Anayasalarda yer alan değişmez madde ve ilkeler konusu, elbette ki ülkelerin toplumsal sorunlarıyla birlikte değerlendirilmelidir ancak varlıklarının hukuksal değerinin ülkeden ülkeye değişmesi bilimsel yaklaşımdan uzaktır. Örneğin Federal Almanya Anayasası'nın yazım aşamasına müdahil olan üçüncü devletler tarafından değişmez madde olarak belirlenen insanlık onurunu bu haliyle olumlamak, buna karşın 1982 Türkiye Anayasası'ndaki değişmez maddeleri askerî rejimin eseri olması nedeniyle ve anti-demokratik olmaları gerekçesiyle kötülemek bilimsellikten uzaktır. Değişmez madde kavramına yönelik bu değişken tavrın nedeni, kanaatimizce,

<sup>7</sup> Bülent TANÖR, **İki Anayasa**, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 150. Vurgular TANÖR'e aittir.

<sup>8</sup> Farklı görüş için bkz: Abdullah SEZER, **1982 Anayasası Ekseninde Türev Kurucu İktidar Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul, 2006, ss. 249-250; <http://a-sezer.blogspot.com/> (03.10.2013 tarihinde ziyaret edilmiştir.) SEZER, Millî Güvenlik Konseyi'nin 1982 Anayasası'nın 2. ve 3. maddelerini değişmez hale getirmesinin nedenini aslı kurucu iktidarın 1961 Anayasası döneminde verilmiş Anayasa Mahkemesi kararlarını normatifleştirilmek zorunda kalması olarak kabul etmektedir. Ancak bilindiği üzere aslı kurucu iktidarın temel niteliği egemenliktir ve bu nedenle hiçbir şey yapmaya "zorlanamaz". Kaldı ki, SEZER'in görüşü kabul edilse dahi Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde değişmez nitelikteki 1. maddedeki cumhuriyet rejiminin niteliklerine dair kararları ancak 1982 Anayasası'nın 2. maddesiyle ilişkilendirilebilir. Fakat bu durumda 3. maddenin neden değişmez madde haline getirildiği yine açıklanamamaktadır.

<sup>9</sup> Andrew ARATO, "Demokratik Anayasa Yapımı ve Türkiye'deki Sürecin Devamlılığını Sağlamak", in **Demokratik Anayasa**, derleyen: Ece GÖZTEPE ve Aykut ÇELEBİ, Metis, 2012, s. 39.



değişmez madde ve ilkelerin teorik alt yapısının yeterince oluşturulmamış olmasıdır. Söz konusu alt yapı kurulmuş ve buna bağlı olarak anayasa mahkemelerinin kararları bu teori ışığında değerlendirilmiş olsaydı çok önemli sonuçlar doğuran bu hukuk sorununun sınırları çok daha rahat çizilebilirdi. İşte bu nedenle, çalışmamızın temel amaçlarından biri, anayasalardaki değişmez madde ve ilkeler konusunda teorik bir altyapı oluşturmaktır.

Değişmez madde ve ilkelerin şimdiye kadar kapsamlı bir şekilde ele alınmasının gecikmiş olmasının nedeni, yukarıda bahsettiğimiz gibi, demokrasi yönünden gelişmiş ülkelerde söz konusu nitelikteki maddelerin çoğu zaman sorun yaratmamasıdır. Fransa gibi gelişmiş bir demokrasi olarak kabul edebileceğimiz ülkelerde ise anayasa değişikliğinin sınırlarının ve dolayısıyla değişmez maddelerin doktrin tarafından tartışılmasının başlıca sebepleri anayasanın sık sık değiştirilmesi ve Avrupa Birliği'ne entegrasyonun yarattığı anayasal sorunlardır.<sup>10</sup> Bizimki gibi sorunlu demokratik yapılara sahip olan ülkelerle açıkça anti-demokratik olarak nitelendirebileceğimiz ülkelerde ise değişmezlik konusunun gündemde olmasının nedeni siyasal sorunların hukuksal yollarla çözülmeye çalışılmasında aranabilir.

Bize göre değişmez madde ve ilkeler sorunu, siyasal yönleri olsa da, aslen bir hukuk bilimi sorunudur. Çalışmamız, değişmez madde ve ilkeler konusunu hukuk ve özellikle de anayasa hukuku bilimi açısından ele alarak teorik altyapı eksikliğini gidermeyi ve bu teori ışığında konuya ilişkin anayasa mahkemesi kararlarının değerlendirilmesini amaçlamaktadır.

Türkiye'de baskın olan siyasal kodlar açısından 1982 Anayasası'nın ilk üç maddesinin "değişmezliği", aynı zamanda bunların "tartışılmazlığı" olarak da algılandığı içindir ki, maddelerin hukuksal tutarlılığı karşılıklı olarak ve yüksek sesle tartışılmamıştır. Söz konusu tartışmanın bilimsel eserlerle dahi yapılamamasının nedenlerinden biri, 1982 Anayasası'nın 27. maddesinde herkese bilimi serbestçe yayma hakkı tanınmış olmasına karşın, aynı maddenin ikinci fıkrasında yayma hakkının "*Anayasa'nın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılmayacağı*"nın hüküm altına alınmış olmasıdır.<sup>11</sup> Ancak kanımızca, Türkiye'ninki de dâhil olmak üzere anayasalardaki

<sup>10</sup> GENEVOIS, "Les Limites d'Ordre...", s. 910.

<sup>11</sup> Tolga ŞİRİN, "Anayasanın Değiştirilemez Hükümlerini Tartışmak", **Güncel Hukuk Dergisi**, Nisan 2011/4-88, s. 26.

değişmez maddeleri akademik bir eserde karşılaştırmalı olarak incelemek ve bu nitelikteki maddelerin teorik temellerini irdelemek 27. maddedeki yasak kapsamına girmemektedir. Zira bu eserdeki amacımız değişmez maddelerin değiştirilmesini sağlamak değil, 1982 Anayasası'ndakilerin yanında tüm dünya anayasalarındaki söz konusu maddelerin hukuksal temelini ve değerini ortaya koymaktır.

Çalışmanın ilk kısmında anayasalarda yer alan değişmez maddelerin teorik temeli ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu amaca ulaşmak için elbette değişmez maddeler ve buna bağlı olarak kurucu iktidar ve diğer bağlantılı kavramlarla ilgili teorik tartışmalardan da bahsedilecektir. Ancak bunların sırf entelektüel seviyede kalan tartışmalar olarak görülmemesi gerekir. Zira söz konusu tartışmaların, özellikle anayasa mahkemesi kararlarına yansıdığı ölçüde çok önemli sonuçları da olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Zaten bu nedenle çalışmanın ikinci kısmı anayasa mahkemelerinin değişmez madde ve ilkelerle ilgili içtihadına ayrılmış durumdadır.

## I. ANAYASA HUKUKUNDA DEĞİŞMEZLİĞİN TEORİK TEMELİ

Anayasa hukukunun en tartışmalı konularından biri değişmezlik kavramıdır. Öyle ki, anayasasında değişmez madde bulunduran ülkelerde bu düzenlemelerin hukuksal değeri olup olmadığı ve anayasa mahkemesi tarafından referans norm olarak kullanılıp kullanılmayacağı tartışılırken, anayasasında herhangi bir değişmezliğe yer vermeyen ülkelerde ise anayasada yazmayan değişmez ilkelerin olduğu iddiası doktrini meşgul etmektedir. Kanaatimizce bu yoğun tartışmaların nedeni değişmezlik kavramının teorik altyapısının henüz derinlemesine ele alınmamış olmasıdır. Şimdiye kadar değişmezlik konusundaki tartışmalar genelde siyasal saikler doğrultusunda ilerlemiştir. Bu çalışmadaki temel amaçlarımızdan biri, değişmezlik konusuna bilimsel bir teori oluşturulabilmesi için bir tartışma ortamı yaratmaktır.

Bunun için öncelikle değişmezliğin anayasa hukukundaki yerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Değişmezlik kavramının ortaya çıkma nedenlerini ve günümüzde bu kavrama yüklenen anlamları inceledikten sonra bu kavramla yakından ilişkili bir kurum olan kurucu iktidar konusunu, değişmezlik penceresinden değerlendirmeye çalışacağız.

### A. Değişmezliğin Anayasa Hukukundaki Yeri

Değişmezlik kavramını inceleyebilmemiz için öncelikle söz konusu kavramın anayasa hukukundaki yerini belirlememiz gerekmektedir. Bunun için de değişmezliğin kaynaklarını, kökenini ve günümüzde değişmezliğe yüklenen anlama yakından bakmakta fayda olduğunu düşünmekteyiz.

## 1. Değişmez maddelerin kapsamı ve kaynakları

Anayasaların değiştirilmelerinin zorlaştırılmasının ve hatta bazı madde ve/veya ilkelerin değiştirilmesinin imkânsızlaştırılmasının çeşitli nedenleri bulunmaktadır: Siyasal sistemin ve ülke hukukunun eksenini olan ana metne istikrar sağlamak, ona büyük çoğunlukların ve geniş uzlaşmaların damgasını basmak, bu temel yasayı oynak karakterli meclis âdi çoğunluklarının yaz-boz tahtası durumuna düşmekten kurtarmak, vb.<sup>12</sup> Bu gibi amaçlarla anayasalara yerleştirilen değişmez maddelerin hukuksal değerlerini incelemeyen önce neyi kapsadıkları ve ortaya çıktıkları kökenin incelenmesi gereklidir.

### a. Değişmezliğin kapsamı

Bilimsel konularda karşılaşılan en büyük sorunlardan biri terminoloji sorunudur. Belli bir konuda yüzyıllardır yapılan tartışmalar ve tüm yazılanlar bazen o konuyu aydınlatmak yerine iyice anlaşılmaz hale getirmektedir. Buna bir de terminoloji belirsizliğinin eklenmesi sorunu daha da karanlıkta bırakmaktadır.<sup>13</sup> Bu nedenle çalışmamızın daha en başında değişmezlik kavramından ne anladığımızı ortaya koymamız faydalı olacaktır. Böylece çalışma boyunca incelenecek olan kavramın kapsamı konusunda terminoloji sorununun önüne geçmeyi planlıyoruz.

Giriş kısmında da kısaca değindiğimiz üzere, anayasalarda somut olarak yazan değişmez maddelerin yanında açıkça yazılı olmayan bazı ilkelerin de değişmezlik kapsamı içerisinde olduğu iddia edilebilmektedir. Bunun yanında süreye bağlı değişmezlik yaratan anayasal normlar da bulunmaktadır. Son olarak, bazı ülkelerde geçiş dönemlerinde görülen *interim* anayasaların da değişmezlik yarattığı bazı yazarlar tarafından öne sürülmüştür.

Değişmezlik olgusuna ilk anayasaların ortaya çıktığı zamanlardan beri rastlanmaktadır. Örneğin halen yürürlükte olan 1814 tarihli Norveç Anayasası'nın

<sup>12</sup> TANÖR, *İki Anayasa*, ss. 148-149.

<sup>13</sup> Léon DUGUIT, "Egemenlik ve Özgürlük", in *Devlet Kuramı*, derleyen: Cemal Bâli AKAL, Dost, Ankara, 2005, s. 379.

112. maddesinde anayasa değişikliklerinin anayasadaki ilkelere aykırı olamayacağına dair bir düzenleme bulunmaktadır. Modern anayasacılığın da en temel unsurlarından biri değişmezlik, bir başka deyişle anayasanın değiştirilmesine getirdiği sınırlamalardır.<sup>14</sup> Artık devlet sistemlerini inşa edenler, bir başka deyişle anayasaları yapanlar yeni bir bilinçle hareket etmektedir. Bunlar, daha önce olmadığı kadar eserlerinin veya en azından eserleri içindeki bazı madde ve/veya ilkelerin sonsuzluğunu garantiye alma gayreti içerisinde. Anayasanın basit şekilde yasamaya karşı korunması artık yeterli değildir: Anayasa artık türev kurucu iktidara karşı da korunmalıdır.<sup>15</sup> Bu durumun en önemli nedeni yaşanan tarihsel olaylardır. Sınırlanmamış devlet organlarının, -ister yasama, ister yürütme, isterse de yargı olsun- insanlık adına ne kadar kötü sonuçlar doğurabileceğinin görülmesi üzerine, anayasa kavramının iktidarı sınırlayıcı rolü ön plana çıkmış ve söz konusu sınırlamanın devre dışı bırakılamaması için de değişmezlik kavramına başvurulmuştur.

Bazı anayasalarda sadece belli maddelerin değişmezliği öngörölmüşken, bazı anayasalarda ise belli ilkeler değişmez ilan edilmiştir. İlk halde değişmez maddenin kelime ve cümleleri üzerinde herhangi bir değişikliğe izin verilmezken, daha yaygın olarak görölen ilkelerin değişmez ilan edildiği anayasalarda, daha esnek bir yaklaşımla, temel unsurlarına dokunulmadığı sürece ilkelerin uygulamasında farklılaşma yaşanabilmektedir.<sup>16</sup> Biz bu çalışma kapsamında değişmez madde ve ilkeleri ayrı ayrı değerlendirmeyecek, her ikisini de “değişmez madde” terimiyle adlandıracağız.

Anayasaların, bazı maddelerinin değişmez veya değiştirilmesi teklif edilemez olduğuna dair içerdikleri düzenlemeler “anayasa değişikliğine sınır” veya “anayasal sınır” olarak da adlandırılmaktadır ve bu tür düzenlemeler bir değişiklikten *a priori* muafır. “Dokunulmazlık” fikri uyarınca bunlara bir anayasa değişikliğiyile “dokunulamaz.” Anayasa değişikliğine dair usul, anayasanın tüm maddelerini kapsar ancak “anayasal sınır” kategorisindekileri kapsamaz. Bu tür düzenlemeler sınırdır

---

<sup>14</sup> Charles Manga FOMBAD, “Limits on the Powers to Amend Constitutions: Recent Trends in Africa and Their Potential Impact on Constitutionalism”, <http://www.enelsyn.gr/papers/w9/Paper%20by%20Prof.%20Charles%20Manga%20Fombad.pdf> (02.01.2011 tarihinde ziyaret edildi.), s. 2.

<sup>15</sup> Claude KLEIN, **Théorie et Pratique du Pouvoir Constituant**, PUF, Paris, 1996, s. 118.

<sup>16</sup> Commission de Venice, **Rapport sur l'Amendement Constitutionnel**, (Venice 11-12 Décembre 2009), CDL-AD (2010)001, § 209.

çünkü hiçbir geçerli normatif usulle değiştirilemez veya kaldırılamaz. Mevcut hukuk sisteminde “sonsuzdurlar”<sup>17</sup>. Ancak bu “sonsuzluk”, gerçek anlamda değil, hukuksal anlamda bir sonsuzluktur. Değişmez maddeler, içinde buldukları anayasa var olduğu sürece geçerlidir. Bir başka deyişle varlıkları, anayasanın varlığına bağlıdır. Buna bağlı olarak, değişmez maddeler ancak onları barındıran anayasayla birlikte ortadan kalkabilir. Bu da demektir ki, ortadan kalkmaları normatif değil, yalnızca fiilî, bir başka deyişle anayasa tarafından belirlenen hukuksal çerçeve içinde olmayan bir sürecin sonunda mümkün olabilir.<sup>18</sup>

KELSEN bu durumu şu şekilde özetlemiştir: “*Anayasa kendini ‘sonsuz’ olarak tanımlayabilir veya bazı hükümlerinin değişmezliğini ilan edebilir. Bu durumda, her şeye rağmen, kendimize bu tür bir anayasanın veya bu tür hükümlerin değiştirilip değiştirilemeyeceğini sormamız gerekir; elbette ki hukuksal bir değişiklikten söz ediyoruz; çünkü tamamen eylemli bir değişiklik ihtimali her zaman mümkündür (...) kendini dayatan cevap (devletin hukuksal düzeni açısından) şudur: (...) değişmez olarak tanımlanan bir anayasanın veya hükümlerin değiştirilmesi hukuken imkânsızdır.*”<sup>19</sup> KELSEN’in dayandığı düşünce “değişmez maddelerin tanrısal kurallar gibi” olduğunu iddia eden düşüncedir. Yazara göre “*tanrısal kaynaklı olduğu kabul edilen normlar, iptal edilme veya değiştirilme ihtimali olmaksızın geçerlidir; ancak bu yalnızca geçerliliklerinin insan kaynaklı normlar tarafından iptal edilemeyeceğini gösterir. Cumhuriyetçi bir anayasa da monarşist bir anayasa tarafından iptal edilemeyeceğini ve monarşist bir anayasa da cumhuriyetçi bir anayasa tarafından iptal edilemeyeceğini düzenleyebilir.*”<sup>20</sup> Ancak, KELSEN’in örneği üzerinden devam edersek, nasıl ki yeni bir dinin ortaya çıkması ve topluma egemen olmasıyla eski dinin kuralları geçerliliğini yitirir ve hatta “yanlış” olarak kabul edilmeye başlanırsa, aynı şekilde, tümenden yeni bir anayasanın ortaya çıkmasıyla eski değişmez maddeler de artık yürürlüklerini yitirebilir. Yeni

<sup>17</sup> Almanca’da bu tür düzenlemelere *ewigkeitklausel* adı verilmektedir. Bir örnek için bknz: Markus KOTZUR, "Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany", in **Engineering Constitutional Change - A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA**, edited by Xenophon CONTIADES, Routledge, Oxon, 2013, s. 130. Fransız doktrininde de değişmez maddeleri aynı anlama gelen *clause d'éternité* adıyla anan çok sayıda yazar bulunmaktadır.

<sup>18</sup> Jean-Philippe DEROSIER, “Enquête sur la Limite Constitutionnelle: du Concept à la Notion”, **Revue Française de Droit Constitutionnel (RFDC)**, no. 76, 2008, ss. 791-792.

<sup>19</sup> Hans KELSEN, **Théorie Générale de l'Etat**, Springer, Berlin, 1925, s. 254, Dr. Max Gehlen (Bad Homburg, Berlin, Zürich) tarafından 1966 tarihli değiştirilmemiş fotomekanik tıpkıbasımından aktaran: KLEIN, **Théorie et...**, s. 142.

<sup>20</sup> Hans KELSEN, **General Theory of Norms**, Clarendon Press, Oxford, 1991, s. 110, aktaran: KLEIN, **a. g. e.**, s. 143.

anayasanın ortaya çıkması için ise aslı kurucu iktidarın oluşması ve hukuk sisteminin dışına çıkılması bir mecburiyettir.<sup>21</sup> Görüldüğü üzere bu görüş, değişmez madde ve ilkelerin mutlak bir dokunulmazlıktan yararlandığını ve üzerlerindeki herhangi bir değişikliğin ancak hukuk sisteminin dışına çıkılmak suretiyle mümkün olabileceğini belirtmektedir.

Türev kurucu iktidara değişmez maddeler aracılığıyla anayasanın değiştirilmesi açısından öngörülen bu yasaklamalara “maddî sınırlamalar”, “içerik sınırlamaları” veya “değişikliğin konusuna dair sınırlamalar” adı da verilebilmektedir.<sup>22</sup> Türev kurucu iktidar değil de anayasa açısından bakıldığında bu tür ilke ve maddelere “sonsuzluk hükümleri” dendiğini de görmekteyiz. Ancak, hemen yukarıda belirttiğimiz gibi, sonsuzluk gerçek anlamda değildir. Çünkü bilindiği üzere, tek egemen güç aslı kurucu iktidardır<sup>23</sup> ve değişmez maddeler, onun tarafından belirlenebildiği gibi, aynı şekilde, ortadan da kaldırılabilir. Bilindiği üzere, egemenliğin niteliklerinden biri de varlığının tartışılmasına, varlığına itiraz edilmesine izin vermemesidir. İşte bu egemen kurucu eylemle belirlenen değişmez maddeler bu nedenle, bunların sonsuza kadar var olacakları anlamında değil, terimin itiraza imkân vermeyen hukuksal anlamıyla “kesindir”.<sup>24</sup>

Nasıl ki modern devlet kavramı tarihin belli bir noktasında çıkmıştır ve dolayısıyla bir gün geldiğinde aynı şekilde ortadan kalkabilir bir kavramdır, devlet kavramına sıkı sıkıya bağlı olan anayasaların da devletle birlikte yok olacağı muhakkaktır. Anayasalar yok olurken içerisindeki bazı maddelerin varlıklarını devam ettirmesi elbette mümkün değildir. Bu nedenle “sonsuzluk hükümleri” aslında, içinde buldukları anayasa var olduğu sürece kendi varlıkları da devam edecek olan maddeleri ifade eder. “Sonsuzluk” kelimesiyle vurgulanmak istenen, söz konusu hükümlerin, anayasa yok olmadığı sürece iptal veya ilga edilemeyip değiştirilemeyecekleridir.

---

<sup>21</sup> Ancak artık günümüzde aslı kurucu iktidarın yalnız devrim, darbe veya ayaklanma gibi şiddet eylemleri ya da yeni bir devletin doğması veya mevcut bir devletin bölünmesi için siyasal coğrafyanın değişmesi sonucunu doğuran olaylar aracılığıyla ortaya çıkmak zorunda olmadığı kabul edilmektedir. Demokratik sistem kesintiye uğramadan ve hukuk sisteminde boşluk oluşmadan anayasaların tümden değiştirilmesi mümkün olabilmektedir. Bu konuya çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde değinilecektir.

<sup>22</sup> Kemal GÖZLER, *Le Pouvoir de Révision Constitutionnelle*, t. I., Presses Universitaires de Septentrion, 1995, Villeneuve d’Ascq, 1997, s. 118. Vurgular bize aittir.

<sup>23</sup> Olivier BEAUD, “Maastricht et la Théorie Constitutionnelle (1<sup>ère</sup> partie) – La Nécessité et Inévitable Distinction entre la Pouvoir Constituant et le Pouvoir de Révision Constitutionnelle”, *Les Petites Affiches*, 31 mars 1993, no. 39, s. 17.

<sup>24</sup> BEAUD, a. g. m.

### *b. Kapsam dışında tutulması gerekenler*

Yazılı anayasal norm konumundaki değişmez maddeler, kanaatimizce, değişmezlik kapsamındaki yegâne düzenlemelerdir. Ancak konuyu ele alan çeşitli yazarlar bazı farklı düzenleme veya anayasa-üstü ilkelerin de değişmezlik kapsamında olduğunu iddia edegelmiştir. Bunların neden değişmezlik kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini açıklamak üzere söz konusu iddialara değinmek durumundayız.

#### (1) Zımnî maddî sınırlar teorisi

Değişmezlik kavramı çok önemli bazı hukukçular ve düşünürler tarafından eserlerinin belli bölümlerinde ele alınmıştır. Yazarlardan bir kısmı, bizim gibi, değişmez unsurların somut olarak anayasa metninde gösterilmesini ararken, bir kısmı ise siyasal rejim gibi aslî unsurları değiştiren anayasa değişikliklerinin anayasada açık olarak değişmezliği öngören herhangi bir koruyucu madde bulunmasa dahi değişmezlik yasağına takılacağı görüşündedir.

İkinci gruba giren yazarlar, anayasanın, bir devletin temel unsurlarını belirlemesi sıfatıyla kendi içinde ve kendiliğinden, türev kurucu iktidar için bazı sınırlara sahip olduğunu iddia etmiştir. Bu düşünceye göre devletin temelini kuran kararlar, dar anlamıyla hukuk kuralları sayılmaz; tam tersine bütün hukuk sisteminin dayandığı siyasal düzenin geçerliğini sağlar. Öyle ki, bu temel kararlara ilişkin değişikliklerde hiç olmazsa halkoyuna başvurmak gereklidir.<sup>25</sup>

Türev kurucu iktidarın anayasanın sadece sözüyle değil de aynı zamanda ruhuyla da bağlı olduğunu düşünen görüşe göre anayasanın sembolü olduğu objektif hukuk fikri ve bu fikrin dayandığı dünya görüşü o anayasanın özünü ve ruhunu oluşturur ve bu nedenle de değişmezlik kapsamındadır.<sup>26</sup> “Zımnî maddî sınırlar” teorisi adı da verilen ve anayasanın özünden kaynaklanan sınırların varlığını savunan

<sup>25</sup> Carl DOEHRING, **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**, 2. basım, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2002, s. 158.

<sup>26</sup> Hüseyin Nail KUBALI, **Anayasa Hukuku Dersleri**, İÜ Yayınları, İstanbul, 1971, s. 103.



bu tez dolayısıyla, anayasal bir düzenlemeyle açıkça değişmezlik niteliğine büründürülen anayasa maddelerine ek olarak, anayasanın ruhunu ve özünü oluşturduğu iddia edilen anayasal hüküm ve düzenlemeler de değişmezlik kapsamına dahil edilmeye çalışılmaktadır.

Örneğin SCHMITT'e göre anayasayı değiştirme iktidarının sınırları anayasa değişikliği kavramının bizzat kendinden kaynaklanmaktadır. Yazarın “anayasal kanunlar” dediği temel olmayan anayasal kuralların normlaşmasıyla verilen bir “anayasayı değiştirme” yetkisi, bir veya daha çok anayasal düzenlemenin başkalarıyla değiştirilebileceğine işaret eder, fakat bu, ancak anayasanın kendi içindeki kimliği ve sürekliliğinin korunması şartıyla mümkündür. Dolayısıyla anayasayı değiştirme iktidarı yalnızca anayasal kanunların değiştirilmesini, tamamlanmasını, onlara ek yapılmasını, onların ortadan kaldırılmasını, vb. içerir ama yeni bir anayasa yapılması yetkisini ve anayasayı değiştirmeye dair olan kendi iktidarının temelini değiştirme, onu genişletme ve onun yerine bir başkasını getirme yetkisini içermez.<sup>27</sup> Bu görüşe göre, anayasanın temellerini oluşturan maddelerin değiştirilmesi bir anayasa değişikliği değil, anayasanın tümünden değiştirilmesi anlamını taşır<sup>28</sup> ve bu yüzden mümkün değildir.

Bu nedenle SCHMITT monarşist bir rejimin bir cumhuriyete dönüşmesine dair imkânsızlığın anayasadaki pozitif tüm referansların dışında gerçekleştiğini ifade etmiştir.<sup>29</sup> Yazara göre, “*anayasada ‘anayasanın’ değiştirilebileceğinin yazılması anayasanın özünü oluşturan temel siyasal kararların parlamento tarafından istenildiği zaman kaldırılabilmesi ve yerine yenilerinin konulabileceği anlamına gelmez. Almanya Devleti, Reichstag’ın<sup>30</sup> üçte ikisinin kararıyla bir mutlak monarşiye veya Sovyet cumhuriyetine dönüştürülemez. Anayasayı değiştiren organ sınırsız bir güç değildir.*”<sup>31</sup> Böylece yazar, anayasada değişmez madde bulunup bulunmadığına bakmaksızın değişmezliğin anayasaya içkin olduğunu düşünmektedir. Bu düşünce “içerisinde hiçbir somut değişmez madde bulunmayan anayasalar dahi değiştirilemez bazı unsurlar barındırır” önermesini doğurmaktadır. Burada da görülmektedir ki, bu düşünceye göre, en başta, değişmez maddelerle ilgili maddî anlamda ikili bir ayrım

<sup>27</sup> Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, 1<sup>e</sup> éd., PUF (Quadrige), Paris, 2008, ss. 241-242.

<sup>28</sup> SCHMITT, *a. g. e.*, s. 243

<sup>29</sup> KLEIN, *Théorie et...*, s. 149.

<sup>30</sup> Almanya Parlamentosu

<sup>31</sup> SCHMITT, *Théorie de la...*, ss. 156-157.

yapılması gerekir: Bazı sınırlamalar açıkça anayasa metninde yer almakta, bazı sınırlamalarda anayasa metninden yorum yöntemiyle çıkarılmaktadır.<sup>32</sup>

Buna bağlı olarak SCHMITT, -varsa- açıkça değişmez olduğu belirtilen maddelerin yanında anayasaların temel ilkelerinin de değişmez olduğunu iddia etmektedir. Yazara göre söz konusu temel ilkelerin açıkça değişmezlik niteliğine sahip olmasına gerek yoktur. Temel ilke olmaları, değiştirilmelerinin imkânsız hale gelmesi için yeterlidir. SCHMITT'e göre örneğin Weimar Cumhuriyeti Anayasası'ndaki söz konusu temel ilkeler demokrasi, cumhuriyet, federal yapı, temsilî ve parlamenter yasama ve yürütme ve burjuva hukuk devleti ilkeleridir. Çünkü bunlar Weimar Anayasası'nın temellerini teşkil eden somut siyasal kararlardır ve Almanya halkının siyasal varlığının yapısını ortaya koyar. Söz konusu temel maddeler, aynı zamanda, tüm diğer normların ve hatta anayasanın diğer maddelerinin kaynağını oluşturur ve bu nedenle değişmez bir niteliğe sahiptir.<sup>33</sup> Çünkü bu görüşe göre, katı anayasa düzeninde de, yumuşak anayasa düzeninde de anayasanın “temel ilkeleri” değiştirildiği zaman, anayasa “ilga edilmiş”, “anayasal düzen” ortadan kaldırılmış sayılır. Yürürlükteki anayasa ile öngörölmüş olan değiştirilebilme, anayasayı “ilga etme” yetkisi neticesini doğuramaz. Bu bir anlamda “bindiği dalı kesmek” olur ve eğer türev kurucu iktidar anayasadaki usullere bağlı kalarak anayasayı değiştirirken, onun ruhunu ve özünü ihlal etmiş ise bir “anayasaya karşı hile” durumu söz konusu olur.<sup>34</sup> Buna göre, türev kurucu iktidar, anayasanın bazı maddelerinin değiştirilemeyeceği hakkında herhangi bir hüküm ihtiva etse de etmese de, anayasayı değiştirme yetkisini sadece “kendine meşruluk kazandıran anayasanın hem lafzı, hem de ruhu ile birlikte hukuken bağlı olmak şartıyla” kullanabilir.<sup>35</sup>

SCHMITT bu görüşünde yalnız olmadığı gibi, türev kurucu iktidarın sınırlanmış bir iktidar olduğunu savunan ilk yazar da değildir. Ancak o, bu düşünceyi genel bir sisteme dâhil ederek en derli-toplu ve bir bütün olarak ortaya koyan yazardır.<sup>36</sup> Anayasal metnin ilkelerini içeren, bir başka deyişle anayasanın özünü oluşturan temel siyasal kararla, anayasal metinde yer alan ve bir anayasa değişikliğinin konusunu teşkil edebilen teknik kurallar arasında ayırım yapılması

<sup>32</sup> KLEIN, a. g. e., ss. 199-200.

<sup>33</sup> SCHMITT, *Théorie de la...*, ss. 154-155.

<sup>34</sup> Erdoğan TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, 15. basım, Beta, İstanbul (Ekim), ss. 204-205.

<sup>35</sup> KUBALI, *Anayasa Hukuku...*, s. 105.

<sup>36</sup> KLEIN, *Théorie et...*, s. 101, dipnot 1.

gerektiğini söyleyerek modern anayasal sorunlardan biri olan değiştirme iktidarının sınırlarını ciddi şekilde ele alan ilk yazarlardan biri olmuştur.<sup>37</sup> Bu nedenle, değişmezlik konusundaki düşüncelerinin tümüne katılmasak da, nesnel olarak bakıldığında, SCHMITT'in değişmezlik kavramının teorik temellerini attığını söylemek mümkündür.

SCHMITT'in düşüncesinin etkilerine çok sayıda yazarda rastlamak mümkündür. Örneğin KLEIN da, SCHMITT'in anayasayı değiştirme iktidarının sınırlı bir iktidar olduğu tezine katılmaktadır. Ona göre de anayasa değişikliği, kendi kendini yok etmeden, (SCHMITT'in anayasanın kimliği ve sürekliliği dediği) kendi ideolojik temeline meydan okuyamaz.<sup>38</sup>

Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Anayasası'nda değişmez nitelikte bir madde bulunmamasına<sup>39</sup> karşın Walter MURPHY, anayasal demokrasinin temel değerlerini bozan ya da ortadan kaldıran yahut insanın değerini yok eden anayasa değişikliklerinin hiçbir zaman rızaya dayanmayacağı için geçerli olmayacağını kabul etmektedir.<sup>40</sup>

Belçika'da da Anayasa'nın değiştirilme usulünü gösteren 131. maddesine uyularak dahi millî egemenliğin, bireysel özgürlüklerin ve serbest ve düzenli seçimlerin ilga edilemeyeceği iddia edilmiştir.<sup>41</sup> WIGNY'ye göre, “*anayasa boş bir şekil veya basit bir hukuksal düzenek değildir. Kendinden ayıramayacağımız siyasal*

---

<sup>37</sup> KLEIN, a. g. e., s. 103.

<sup>38</sup> KLEIN, a. g. e., s. 151.

<sup>39</sup> ABD Anayasası'nın 5. maddesinin son cümlesinde yer alan “hiçbir eyalet, rızası olmadan, Senato'da eşit temsilden mahrum bırakılmaz” hükmünün fiilen değişmez madde olduğunu düşünülebilir. Kanaatimizce de hiçbir eyalet bu hükümden doğan hakkını yok edecek bir değişikliği kabul etmeyeceğinden söz konusu madde hiçbir zaman değiştirilmeyecektir. Ancak bu durum, bu çalışma kapsamında incelenecek olan hukuksal değişmezlikten farklı bir durumdur. Fiilen değişmemesi büyük bir olasılık olsa da teorik ve hukuksal olarak söz konusu madde değiştirilebilir bir maddedir. Bu çalışma kapsamında incelenecek olan değişmezlik ise, değiştirilmeleri talep edilse dahi hukukten değiştirilemeyecek maddelerle ilgilidir.

<sup>40</sup> Walter F. MURPHY, “Merlenn's Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Policy”, *in Responding to Imperfection: the Theory and Practice of Constitutional Amendment*, edited by Sanford LEVINSON, Princeton University Press, 1995, s. 180; aktaran: Ali Rıza ÇOBAN, **Anayasayı Değiştirme Yetkisi, Sınırları ve Denetimi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 165 vd.

<sup>41</sup> Pierre WIGNY, **Propos Constitutionnels**, Bruylant, Brüksel, 1963, s. 25; aktaran: Marie-Françoise RIGAUX, **La Théorie des Limites Matérielles à l'Exercice de la Fonction Constituante**, Larcier, Bruxelles, 1985, s. 103.

*bir felsefeden esinlenilmiştir. Değiştirme usûlü, devletin tersyüz edilmesi sonucunu doğuramaz.*<sup>42</sup>

Görüldüğü üzere WIGNY, anayasada değişmez madde olduğu açıkça belirtilmemiş olsa bile, siyasal rejimin özünü belirleyen ilkelerin değişmez olduğunu iddia etmiştir.<sup>43</sup> Yazara göre anayasa değişikliği usulüne uyulsa dahi rejimin özü değiştirilemez, aksi takdirde bu bir değişiklik değil, devrim olur.<sup>44</sup> Böylece WIGNY de, SCHMITT gibi, türev kurucu iktidarın anayasanın temel yapısını değiştirmesi halinde kaynağını yok etmiş olacağını, bu halde de artık dayanaksız kalan türev kurucu iktidarın da kendiliğinden yok sayılması gerektiğini ifade etmektedir.

Anayasa değişikliğinin mantık gereği sınırlarının olması gerektiğini savunan Horst EHMKE de yazılı sınırların ötesinde yazılı olmayan sınırların varlığının kabul edilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Bunlardan birincisi, anayasanın dışında yer alan aşkın sınırlardır. Bunlar ekonomik ve teknik momentler, coğrafi konum ve uluslararası hukukun genel ilkeleridir. İkincisi ise anayasaya içkin olan sınırlar olup anayasanın doğasından kaynaklanmaktadır. Yazara göre Almanya için, bunları, iktidarın sınırlandırılması ve rasyonelleştirilmesi, bu şekilde insanların onur, hak ve özgürlüklerinin korunması, siyasal partilerin ulusal iradenin oluşumuna katılımı, parlamenter hükümet sistemi ve erkler ayrılığının temel esasları olarak sıralamak mümkündür. Bunun yanında, dokunulduğunda toplumu parçalayıcı niteliği bulunan siyasal işleyiş kuralları ile gelecek kuşaklara da özgür bir siyasal alan bırakan sınırlı bütçe ve borçlanma ilkesi de anayasa değişikliğinin içkin sınırlarındandır.<sup>45</sup>

KUBALI'ya göre de, kanunların özü gibi anayasaların da ruhu vardır ve bu ruhun Büyük Millet Meclisi tarafından değiştirilmesi mümkün değildir. Eğer aksi düşünülürse Büyük Millet Meclisi, anayasanın dayandığı dünya görüşünden farklı bir dünya görüşünü devletin hukuksal ve siyasal statüsüne temel yapmak isteyen bir devrimci meclis, bir aslî kurucu iktidar gibi hareket etmiş olur veya fiilen o mahiyeti

<sup>42</sup> Pierre WIGNY, **Droit Constitutionnel: Principes et Droit Positif**, Bruylant, Brüksel, 1952, t.I, s. 215; aktaran: GÖZLER, **Le Pouvoir de...**, t. I, s. 355.

<sup>43</sup> Pierre WIGNY, **Droit Constitutionnel: Principes et Droit Positif**, Bruylant, Brüksel, 1952, s. 217; aktaran: GÖZLER, **a. g. e.**

<sup>44</sup> Pierre WIGNY, **Droit Constitutionnel: Principes et Droit Positif**, Bruylant, Brüksel, 1952, s. 216; aktaran: GÖZLER, **a. g. e.**

<sup>45</sup> Horst EHMKE, "Grenzen der Verfassungänderung", in **Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik**, Athenäum Vlg., Königstein/ts, 1981, ss 87, 92, 104 vd., 112, 118, 122, 127 vd.; aktaran: Osman CAN, **Kurucu İktidar ve Bekçi**, Alfa, İstanbul, s. 86.

almış olur.<sup>46</sup> Yazar, örnek olarak gösterdiği 1924 Türkiye Anayasası'nın "Türkiye Devleti cumhuriyetçi, milliyetçi, halkçı, devletçi, laik ve inkılâpçıdır" şeklindeki ikinci maddesinin bu Anayasa'nın ruhunu yansıttığını ifade etmektedir. 1961 Türkiye Anayasası'nın ruhunu ortaya koyan maddelere örnek olarak ise Cumhuriyet'in niteliklerini belirten ikinci madde ile birlikte egemenliğin kullanılmasını belli bir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakma yasağı getiren dördüncü maddenin üçüncü fıkrası ile siyasal partilerle ilgili 57. maddenin ilk fıkrasını da saymaktadır. KUBALI, anayasanın ruhunu ihlal eden değişikliklerin yapılamayacağını, yapıldığı takdirde anayasanın kabul ettiği ideoloji ile zımnen koyduğu yasağın çiğnenmiş olacağını, bunun da bir karşı devrim olduğunu düşünmektedir.<sup>47</sup>

KUBALI'nın bu konuda örnek verdiği Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin 1963/173 esas sayılı kararında önce, anayasa değişikliklerini düzenleyen Anayasa'nın 155. maddesi uyarınca, değişmez madde haricinde tüm diğer maddelerin usulüne uygun şekilde değiştirilebileceği belirtilmiş, ancak sonrasındaki paragrafta ise bu değişikliklerin ancak "Türk toplumunu daha ileriye götürmek için, Anayasa'nın ruhuna uygun değişmeler" olduğu ifade edilmiştir. Mahkeme, 1961 Anayasası'nın özünü ortadan kaldıran değişiklikleri gerçek bir değişiklik olarak kabul etmemiş, bunları "Anayasa'nın devrilmesini öngören maksatlar" olarak nitelendirmiştir.<sup>48</sup> Türkiye Anayasa Mahkemesi, 1970 yılında verdiği başka bir kararla da, aynı doğrultuda, anayasa değişikliklerinin 1961 Anayasası'nın genel esprisine, başlangıç bölümüne ve ruhuna uygunluğunu denetleyeceğini ifade etmiştir.<sup>49</sup>

Ancak bu noktada akla gelen soru, bir anayasanın esasını veya özünü teşkil eden ilke ve maddelerin hangileri veya ne olduğunun veya hangi anayasa değişikliklerinin toplumu ileri götüreceğinin nasıl belirleneceğidir. Bazı yazarların "ileri" gördüğü değişiklik, başka yazarlar tarafından "geriye" doğru yapılmış bir değişiklik olarak algılanamaz mı? Bir yazar anayasanın temelini demokrasi olarak gösterirken, diğeri bunun laiklik olduğunu iddia edemez mi? Neyin

<sup>46</sup> KUBALI, *Anayasa Hukuku*..., s. 104.

<sup>47</sup> KUBALI, *a. g. e.*, ss. 104-105.

<sup>48</sup> Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin E. 1963/173, K. 1964/40 sayılı ve 26.9.1965 tarihli kararı, [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=145&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=145&content=) (03.08.2012 tarihinde ziyaret edildi.)

<sup>49</sup> Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı ve 16.06.1970 tarihli kararı, [http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=313&content=](http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=313&content=) (06.10.2013 tarihinde ziyaret edildi.)

temel ve neyin ileri olduğunu belirleyecek olan doktrin midir, yoksa anayasa mahkemesi mi? Bu soruların tartışmaya yer bırakmayacak kesinlikte cevaplanması, kanaatimizce, mümkün değildir. Ancak bu durumda yeni bir soruyla karşı karşıya kalınmaktadır: Doktrinin kendi arasında anlaşamadığı durumlarda veya anayasa mahkemesinin içtihat değiştirdiği durumlarda hâlâ kesin bir değişmezlikten bahsedebilir miyiz? Cevabımız, hayırdır. Bu nedenle, yukarıda belirttiğimiz düşünce doğrultusunda, değişmez maddelerin yalnızca açıkça değişmez olarak nitelenen maddeler olarak belirlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Aksi takdirde kişisel, siyasal ve tarihsel koşul ve kanaate göre değişmez maddeler değişiklik gösterecek ve bu da kendi içinde bir tutarsızlık yaratacaktır.

Zımnî maddî sınırlar teorisi, ilginç şekilde, İsviçre anayasal doktrininde de yaygın şekilde savunulmuştur. Bunun ilginç olmasının nedeni, İsviçre'nin 1874 tarihli Anayasası'nın 118. maddesi ve 1999 tarihli yeni Anayasası'nın 138. maddesinin Anayasa'nın tümünden değiştirilmesine imkân vermesidir. Her iki Anayasa da değişiklik için herhangi bir maddî sınır öngörmemektedir. Buna karşın çok sayıda yazar, değiştirme iktidarının özgürlüğünün mutlak olamayacağını düşünmektedir. Bu yazarlara göre anayasa değişikliklerinin, anayasada yazmasa dahi anayasanın özünden kaynaklanan bazı maddî sınırları bulunmaktadır. Bu nedenle, temel kabul edilen bazı anayasa maddeleri değişmez niteliktedir.<sup>50</sup>

Ancak bu zımnî maddî sınırların ne olduğuna dair doktrinde -doğal olarak- bir birlik bulunmamaktadır. FAVRE, söz konusu temel maddelerin inanç özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü ve özellikle basın aracılığıyla kullanılan ifade özgürlüğü ile kuvvetler ayrılığı ve federatif rejim olduğunu düşünmektedir.<sup>51</sup>

Fakat somut normatif bir düzenlemenin yokluğunda bu liste kısalıp uzayabilir veya tamamen farklı bir liste kabul edilebilir. Çünkü her bir yazarın kendi siyasî görüşü doğrultusunda bir “temel ilkeler listesi” çıkartmasını engelleyecek herhangi bir kıstas veya çerçeve bulunmamaktadır.

John RAWLS da, zımnî maddî sınırlar teorisini kabul eden yazarlarla paralel şekilde, anayasanın somut bazı maddelerinin değişmez ilân edilmeseler dahi

<sup>50</sup> GÖZLER, *Le Pouvoir de...*, t. I, s. 355.

<sup>51</sup> Antoine FAVRE, *Droit Constitutionnel Suisse*, Editions Universitaires de Fribourg, Fribourg, 1966, s. 413; aktaran: GÖZLER, *a. g. e.*, s. 356.

değiştirilememesi gerektiğini düşünmektedir. Yazara göre ABD Anayasası'nın resmî din yasağını öngören ve Kongre'ye ifade ve inanç özgürlüğünü sınırlamayı yasaklayan 1. değişikliği ile eşitlik ilkesini barındıran 14. değişikliğinin anayasadaki usûle uyularak dahi değiştirilememesi gerekmektedir. Aksi takdirde RAWLS, bu değişikliklerin geçerli olmayacağını ve yargı organları tarafından iptal edileceğini ifade etmektedir.<sup>52</sup>

Yukarıda adı geçen yazarların değişmez madde barındırmayan bir anayasada, liberalizm ve demokrasinin korunması endişesiyle, yasama erkinin sınırlanması ihtiyacını hissetmesi anlaşılabilir. Zira görüldüğü üzere yazılı olmayan anayasa değişikliği sınırları tezinin daha çok ABD Anayasası (veya İsviçre) gibi anayasa değişikliğinin sınırlarına ilişkin hüküm içermeyen hukuk düzenlerinde veya geçmiş siyasal tecrübelerinde faşizm veya ırkçılık yıkıcılığına maruz kalan ülkelerde savunulduğu anlaşılmaktadır.<sup>53</sup>

Bununla birlikte, bu düşüncenin kabul edilmesi halinde, kanaatimizce, değişmezlik kavramı belirsiz, siyasal saiklerle hareket etmeye müsait ve günlük çıkarlar doğrultusunda yönlendirilebilir bir alan haline gelecektir ki bunun değişmezlik kavramının kesinliğiyle bir çelişki yaratacağını düşünmekteyiz.

Üstüne üstlük, anayasada yazan (veya yazmayan) hangi ilke ve değerlerin değişmez kabul edileceğinin belirsizliği anayasa mahkemesine sınırları belli olmayan bir yetki vermek anlamını taşıyacaktır. Bu da, çalışmamızın ikinci kısmında daha ayrıntılı şekilde değineceğimiz “yargıçlar hükümeti” tehlikesine yol açma ihtimali olan, hukuk devleti ilkesine aykırı bir durum yaratacaktır.

Nitekim KLEIN da, SCHMITT'in anayasaların temel maddelerinin değişmez olduğu yönündeki tezine karşılık, cevapsız olduğunu bilmesine rağmen, haklı bir soru sormaktadır: “*Anayasanın basit maddelerine karşılık hangilerinin temel maddeleri olduğuna kim karar verecek?*”<sup>54</sup> Burada akla “anayasa mahkemesi yargıçları” cevabı gelse de, onların siyasal görüşlerinin de zamanla değişiklik gösterebilmesi veya eski yargıçların yerine gelen yeni yargıçların anayasanın temel

<sup>52</sup> John RAWLS, **Siyasal Liberalizm**, İstanbul, 2007, ss. 271-272.

<sup>53</sup> CAN, **Kurucu İktidar...**, ss. 86-87.

<sup>54</sup> Bknz: KLEIN, **Théorie et...**, s. 151.

unsurlarını farklı şekilde değerlendirmesi halinde anayasanın değişmez ilkeleri değişmiş olacaktır, ki bunun kavramın adıyla dahi bir çelişki yarattığı ortadadır.

Zımnî maddî sınırlar kavramının somut bir norm olarak anayasalara yerleştirilmesi de müphemliği ortadan kaldırmamaktadır. Örneğin, günümüzde halen yürürlükte olan 1814 tarihli Norveç Anayasası'nın 112. maddesine göre "Anayasa'nın ruhuna aykırı" anayasa değişikliği yapmak mümkün değildir. Bu düzenlemenin İsviçre ve diğer ülkelerde doktrin tarafından savunulan zımnî maddî sınırlar teorisini pozitif hale getirerek anayasa mahkemesine fazlaca geniş bir takdir alanını normatif olarak sağladığı görülmektedir. "Yargıçlar hükümeti" tehlikesinin bugüne kadar Norveç'te oluşmamasının sebebi, kanaatimizce, Norveç Anayasa Mahkemesi'nin kuvvetler ayrılığındaki konumunu düşünerek siyasal alana müdahale etmekten imtina etmesidir.<sup>55</sup> Aksi takdirde, Anayasa'nın 112. maddesinin belirsiz ve yoruma açık içeriği aracılığıyla her türlü anayasa değişikliğinin iptali mümkündür.

Biz, bu çalışma dâhilinde zımnî maddî sınırlar tezini değişmezlik kavramının kapsamı dışında tutmaktayız. Kanaatimizce, devletler ve toplumlar için hayatî önemdeki konuların son derece belirsiz sınırlara sahip, müphem ve siyasal amaçlarla kullanılabilir kavramlar aracılığıyla incelenmesi ve değerlendirilmesi hukuk güvenliğini ve demokrasiyi zedeleme tehlikesi taşımaktadır. Hukuksal belirlilik ve bilimsel doğruluk kaygısıyla, değişmezlik kavramı içerisinde yalnızca anayasa metninde açık şekilde değişmez oldukları belirtilen anayasal normları incelemeyi uygun buluyoruz.

Ancak bu konuda katı bir tutum izlemek yerine, istisna diyebileceğimiz durumların da olduğunu göz ardı etmemek gerekir. Anayasa metninde açık şekilde yazılı olmayan bazı ilkelerin değişmezlik kavramı kapsamında değerlendirilmesi, anayasal bakış açısından zorunlu olabilir. Örneğin, ileride Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin Lizbon kararında görüleceği üzere, egemenlik gibi devletin varlığıyla ilgili temel ilkelere, anayasada somut olarak yazılmış olmamalarına karşın değişmezlik niteliği atfedilerek, bu unsurların, anayasanın ve dolayısıyla devletin bağımsız varlığını tehdit eden anayasa değişikliklerine karşı bir denetim aracı olarak kullanılmasının mümkün olması gerekir. Bu gibi durumlarda GÖZLER gibi, katı

---

<sup>55</sup> Aynı yönde görüş için bkz: Sam BROOKE, **Constitution-Making and Immutable Principles**, Master of Arts in Law and Diplomacy Thesis, The Fletcher School – Tufts University, Spring 2005, ss. 68-69.



pozitivist bir bakış açısıyla, anayasanın ruhundan türetilen ve maddî varlıkları bulunmayan anayasa değişikliği sınırlamalarının ne anayasal, ne de hukuksal değeri olduğunun düşünülmesi<sup>56</sup> çeşitli sıkıntılara neden olabilecektir.

## (2) Süreye bağlı değişmezlik

Değişmezlik kavramı kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini düşündüğümüz bir diğer durum, çeşitli anayasalarda yer alan ve anayasa değişikliği yapılamayacak özel süreleri belirten düzenlemelerdir. Örneğin ABD Anayasası'nın 5. maddesindeki "Anayasa'nın ilk maddesinin 9. bölümünün ilk ve 4. cümlesinin 1808 yılından önce değiştirilemeyeceğine" yönelik düzenleme zaman bakımından getirilen bir yasak olup geçicidir; mutlak bir değişmezlik yaratmaz. Yalnızca belli bir süre zarfında anayasa değişikliği yapılabilmesini yasaklayan bir sınırlamadan ibaret olan bu düzenleme değişmezlikten farklı bir mantık üzerine oturmaktadır.<sup>57</sup> Söz konusu süre geçtikten sonra değişiklik mümkün hale gelir.

1958 Fransa Anayasası'nın 89. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "yabancı kuvvetlerin işgali altında Anayasa'nın değiştirilemeyeceğine" dair düzenleme de, benzer şekilde, geçici süreli bir değişiklik yasağı uygulamasıyla ilgili bir düzenlemedir ve mutlak bir değişmezlik yaratmamaktadır. Söz konusu fıkraya göre, toprak bütünlüğünün tehlikede olduğu hallerde hiçbir anayasa değişikliği yapılamamaktadır. Bir başka deyişle böyle zamanlarda tüm anayasa değişmez hale gelmektedir. Ancak tehdit sona erdikten sonra değişmez maddeler dışındaki maddeler yeniden değiştirilebilir maddeler olarak kabul edilmektedir.<sup>58</sup>

Dolayısıyla ABD ve Fransa'daki söz konusu anayasal düzenlemeler, ülkenin içinde bulunduğu şartlar altında anayasa değişikliğinin sağlıklı olamayacağı gerekçesiyle getirilmiş geçici bir yasakla ilgili olup, aslî kurucu iktidarın türev kurucu iktidarı sınırlamak amacıyla belirlemiş olduğu mutlak bir değişmezlikle ilgili

<sup>56</sup> GÖZLER, *Le Pouvoir de...*, t. I, s. 364.

<sup>57</sup> Aynı yönde bkz: Commission de Venice, *Rapport sur l'Amendement Constitutionnel*, (Venice 11-12 Décembre 2009), CDL-AD (2010)001, § 224.

<sup>58</sup> Söz konusu fıkra II. Dünya Savaşı'nın başında, Alman güçleri karşısında varlık gösteremeyen Pétain hükümetinin Anayasa'da her türlü değişikliği yapmasını sağlayan bir Anayasa değişikliğinin kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. 10 Temmuz 1940 tarihli Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun hemen öncesinde, 22 Haziran 1940 günü Pétain hükümeti Almanlarla ateşkes anlaşması imzalamak zorunda kalmıştır.

değildir. Bu bakımdan bunlar “sonsuzluk hükmü” anlamında değişmez madde veya ilke olarak kabul edilemez. Bu nedenle çalışmamız kapsamına alınmamıştır.<sup>59</sup>

### (3) *Interim* anayasalar

Bilindiği üzere, geçiş dönemindeki ülkelerde anayasal boşluk oluşmaması amacıyla hazırlanan ve yürürlüğe sokulan anayasalara “*interim* anayasalar” adı verilmektedir.<sup>60</sup> Söz konusu anayasaların içindeki ilkeler anayasa yazım sürecinde bir kontrol işlevi görmek üzere –çoğunlukla- siyasal elitler tarafından hazırlanmış ilkelerdir. Bu durumda anayasal ilkeler anayasa yazım sürecinden önce zaten ortaya konmuş olmaktadır.<sup>61</sup>

*Interim* anayasalarda yer alan ilkeler anayasa yazım süreci boyunca uyulması gereken referans kurallar oldukları için değişmez ilkeler olarak algılanabilmektedir. Nitekim gerçekten de Güney Afrika Anayasa Mahkemesi’nin 1990-1996 yılları arasında yayılan yeni anayasa yazım sürecinin sonunda hazırlanan taslağı *interim* anayasadaki ilkelerden bazılarıyla çeliştiği gerekçesiyle kurucu meclise iade etmesi<sup>62</sup> söz konusu ilkelerin değişmez maddelere benzer bir etki yarattığını göstermektedir.

*Interim* anayasalardaki ilkeler yeni anayasa tamamlandıktan sonra burada yer alabilir veya almayabilir. Yer almaları halinde yeni anayasanın parçası haline gelirler. Eğer yeni anayasada yer almazlarsa yürürlükten kalkarlar. Ancak bazı yazarlar, *interim* anayasadaki ilkelerin, yeni anayasada yer almaması seçeneğinde dahi yürürlükten kalkmayacağını ve bir anayasa değişikliği halinde bunlara uyulmaya devam edilmesi gerektiğini düşünmektedir. Çünkü, bu iddiaya göre, söz konusu ilkeler yeni anayasanın temelini oluşturmuştur; bu nedenle varlıklarını

<sup>59</sup> Konuya ilişkin daha derin bilgi için bkz: GÖZLER, **Le Pouvoir de...**, t. I, ss.120-123.

<sup>60</sup> Anayasa yazım sürecini daha önce belirlenmiş bazı anayasal ilkelerin gözetim ve denetimi altında gerçekleştiren ülkelere örnek olarak Namibya, Güney Afrika, Burundi, Kamboçya ve Eritre gösterilebilir.

Anılan ülkelerdeki *interim* anayasa ilkelerinin ayrıntılı bir incelemesi için bkz: BROOKE, **Constitution-Making...**, ss. 15-43.

<sup>61</sup> BROOKE, **a. g. e.**, s. 9.

<sup>62</sup> Viven HART, **Democratic Constitution Making - Special Report for United States Institute of Peace**, July 2003, <http://www.usip.org/publications/democratic-constitution-making> (05.10.2013 tarihinde ziyaret edildi.), s. 8.

sürdürmektedir ve yeni anayasanın bir parçası ve bölümüdür.<sup>63</sup> Buna bağlı olarak, bu düşünceye sahip yazarların, *interim* anayasa ilkelerinin yeni anayasada yer alması halinde de bunların kendiliğinden değişmez maddeye dönüştüğünü iddia ettiklerini düşünmek makûldür.

Kanaatimizce, *interim* anayasalardaki ilkelerin yeni anayasa yazım sürecinde bağlayıcı olması ve anayasa mahkemesi tarafından etkin şekilde kullanılabilmesi değişmezliğe benzer bir etki yaratsa da bu durum, -ister yeni anayasada yer bulsunlar, ister bulmasınlar- bunların değişmez madde veya ilkeye dönüştüğünü göstermez. Zira söz konusu ilkelerin bulunduğu anayasa, adı üzerinde, “*interim*”, yani geçicidir. Ancak değişmezlik, bir ülkenin kurulması aşamasında belirlenen ve o ülke var olduğu sürece devam eden sürekli bir kurumdur.

*Interim* anayasadaki ilkelerin yeni anayasa yürürlüğe girdikten sonra da yürürlükte kaldığı ve anayasa değişikliklerini bağladığı iddiasında ise, ilkelerin kalıcı hale getirilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Ancak, yukarıda açıkladığımız üzere, *interim* anayasalar aslî kuruculuk faaliyetinden önce vardır ve aslî kurucu iktidarın bağlanma iradesi sayesinde hukuksal değere sahiptir. Fakat gerçek değişmez maddeler ancak ve ancak aslî kurucu iktidar tarafından belirlenebilir. Dolayısıyla, aslî kurucu iktidar tarafından değil de, onun ortaya çıkışı öncesindeki siyasal şartlar sayesinde ortaya çıkmış bulunan *interim* anayasa ilkeleri, çalışma dahilinde incelenecek olan değişmezlik kapsamına girmemektedir.

#### (4) Uluslararası hukuk ve üçüncü devlet müdahalesi

Ayrıntıları aşağıda aktarılacak olan klasik teoriye göre aslî kurucu iktidar, yalnızca hukuk boşluklarında ortaya çıkar ve bu nedenle hiçbir kuralla bağlı değildir. Bir başka deyişle, türev kurucu iktidarın aksine, onun için değişmez madde yoktur. Aslî kurucu iktidar yeni anayasayı tamamen özgür iradesiyle yapmakta ve yürürlüğe sokmaktadır.

---

<sup>63</sup> Marinus WIECHERS, “Namibia: The 1982 Constitutional Principles and Their Legal Significance”, in **Namibia: Constitutional and International Law Issues 3-8**, edited by David Van Wuk, et al., 1991; aktaran: BROOKE, **Constitution-Making...**, ss. 71-72.

Ancak, gelişen uluslararası ilişkiler ve teknoloji sayesinde daha önce bölgesel kabul edilen bazı ilkelerin küresel hale geldiği görülmektedir. Öyle ki, aslî kurucu iktidarın ortaya çıkmasını sağlayan yerel hukuk boşluğunun da üzerinde bazı kurallar olduğu bazı yazarlar tarafından kabul edilmektedir. Yerelde bir boşluk oluşsa bile, onun üzerinde olan ve dolayısıyla kurallarını hukuksal sistemlere olduğu kadar hukuk boşluklarına da dayatan bir uluslararası hukuk düzeninin aslî kurucu iktidarı bağladığı düşünülmektedir. Örneğin, klasik teorinin “kurucu iktidarın hukuk boşluğunda çalıştığı” hipotezinin her zaman doğrulanmadığını ifade eden ÇAĞLAR, 1970’lerde demokrasiye geçen Akdeniz ülkeleri anayasalarının yapımında “liberal Avrupa ortak anayasa hukukunun” aslî kurucu iktidarı sınırladığını düşünmektedir.<sup>64</sup> Dolayısıyla bu ülkelerde aslî kurucu iktidar tam bir serbesti içerisinde çalışmamış, kendini bazı kurallarla bağlı hissetmiştir.

Aynı şekilde, komünizm sonrası demokrasiye geçen Doğu ve Güneydoğu Avrupa ülkeleri için de başta İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) olmak üzere Avrupa özgürlükler düzeni sınırlayıcı üst norm işlevi görmüştür.<sup>65</sup> Eski Doğu Bloğu ülkelerindeki “ileride Avrupa Birliği’nin üyesi olmak” yönündeki irade, aslî kurucu iktidarın İHAS’la bağlanması sonucunu doğurmuştur. Dolayısıyla bu ülkelerde de aslî kurucu iktidarın tam bir hukuk boşluğunda çalıştığını iddia etmek oldukça zordur.

Sorulması gereken soru, yukarıda örneklerini vermiş olduğumuz hallerde, aslî kurucu iktidarı bağlayan söz konusu ilke veya belgelerin değişmezlik seviyesine ulaşmış ulaşmadığıdır. Değişmezlik kavramını “anayasa değişikliklerinde bağlayıcı ve değiştirilemez ilke ve maddeler” şeklinde tanımlarsak, gerçekten de, söz konusu ilke ve belgelerin “değişmez madde” benzeri bir etki yarattıkları kabul edilebilir. Fakat hemen yukarıda *interim* anayasalarda yer alan ilkelerle ilgili olarak bahsettiğimiz sorun burada da karşımıza çıkmaktadır: Aslî kurucu iktidarı bağladığı iddia edilen ilkeler aslî kuruculuk faaliyetinden önce ortaya çıkmıştır. Bu nedenle değişmezlik kavramının varlık gerekçesi olan aslî kurucu iktidarın türev kurucu iktidarı bağlamasına yönelik ilkeler değildir. Çünkü öyle olsaydı yalnızca aslî kurucu iktidar tarafından belirlenmeleri gerekirdi.

<sup>64</sup> Bakır ÇAĞLAR, *Anayasa Bilimi – Bir Çalışma Taslağı*, BFS Yayınları, İstanbul, 1989, s. 85. Aynı yönde: DİKMEN CANİKLİOĞLU, *Anayasal Devlette...*, s. 166.

<sup>65</sup> Şule ÖZSOY, *1982 Anayasası’nın Yapım Süreci*, On İki Levha, İstanbul, 2010, s. 54

Bunun yanında, bu konuda iki çekince daha öne sürülebilir: Bunlardan ilki, yukarıda belirtilen ülkelerdeki aslî kurucu iktidarın dileyseydi bu ilke veya belgelerle bağlı olmayabileceği gerçeğidir. Zira aslî kurucu iktidar egemendir ve ancak ve ancak kendi iradesiyle kendinden önce ortaya çıkmış kural ve ilkelerle bağlanabilir. Dolayısıyla, dilemezse bağlanmaz. Örneğin eğer eski Doğu Bloğu ülkeleri bir gün Avrupa Birliği üyesi olmak arzusunda olmasaydı, kendilerini İHAS'la bağlı hissetmeyeceklerdi. Bu onların, özgür iradeleriyle aldıkları bir karardır. Dolayısıyla İHAS söz konusu ülkelerin yeni anayasalarının yapım sürecinde mutlak bağlayıcı bir belge değildir. İkinci çekince ise, söz konusu ilke ve belgelerin, onlarla bağlı olduğunu düşünen aslî kurucu iktidarlar tarafından değiştirilemeseler de, onları oluşturan organlar tarafından her zaman usulüne uygun şekilde değiştirilebileceği gerçeğidir. Dolayısıyla, kanaatimizce, ne “liberal Avrupa ortak anayasa hukuku”, ne de İHAS değişmez nitelikte kabul edilmemelidir.

Buna karşın, Hindistan Yüksek Mahkemesi Kesavananda Bharati – State of Kerala'ya karşı kararında<sup>66</sup> İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin Hindistan Anayasası'nın III. Bölümü'nde yer alan temel hakları değişmez hale getirdiğini ve bu yüzden söz konusu normların Beyanname'nin ışığında yorumlanması gerektiğini düşünmektedir.<sup>67</sup> Böylece uluslararası bir insan hakları belgesi, doğrudan değişmez kabul edilmemekle birlikte, bir anayasadaki belli normların değişmezlik kaynağı haline gelmiştir.

Günümüzde karşılaşılan yeni bir durum da kurucu iradenin dış güçler tarafından oluşturulmasıdır. Yeni bir anayasa yazımı sırasında aslî kurucu iktidar iradesi, çeşitli sebeplerle, başka ülkeler tarafından sınırlanabilmektedir. II. Dünya Savaşı'nın ardından savaşın galibi olan ülkelerin Japonya ve Almanya Anayasaları'nın yazımında etkili olması, Yugoslavya'da patlak veren iç savaşın sonunda Bosna-Hersek Anayasası'nın uluslararası bir anlaşmayla belirlenmesi ve ABD'nin Irak'ı işgal etmesinin ardından onun güdümünde yazılan yeni Anayasa bunlara örnektir. Söz konusu anayasa yazımlarında aslî kurucu iktidarın iradesi bağlanmış olsa da tâbi olunan kural ve ilkelerin değişmez olduğu iddia edilemez. Dolayısıyla, aslî kurucu iktidar mutlak bir serbestiden yararlanamasa da iradesini

<sup>66</sup> 24.04.1973 tarihli WP(C) 135 OF 1970 sayılı karar.

<sup>67</sup> Mesmin SAINT-HUBERT, “La Cour Suprême de l'Inde, Garante de la Structure Fondamentale de la Constitution – La Construction d'une Nouvelle Doctrine Visant à Limiter le Pouvoir Constituant Dérivé”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, no. 3-2000, juillet-septembre 2000, s. 637.

sınırlayan, değişmez madde veya ilkeler değil, o günün siyasal şartları yani konjonktrdr.

### *c. Değişmezliğin amacı*

Değişmezlik kavramını açıklama ve onun hukuksal değerini incelemeden önce, neden değişmezlik kavramına ihtiyaç duyulduğunu araştırmak gerekir. Buna bağlı olarak değişmezlikten umulan sonucun, bir başka deyişle değişmezliğin konusunun tespit edilmesi mümkün olacaktır.

Anayasalardaki değişmezliğin amacı açısından iki farklı görüş olduğu söylenbilir. Bunlardan ilki toplumu, diğeri ise devleti ön plana almaktadır. Ancak her ikisinin de vardığı sonuç aynı olduğu için bunlar arasında temel bir ayrım olduğunu düşünmemektedir.

Toplumu n plana alan düşünceye göre, anayasa-koyucuyu anayasanın temel düzenlemelerinden bazılarını daha sonraki tüm değişikliklerden korumaya iten neden, belli bir toplumdaki karışıklıkları engelleme ve onun uyumunu bozmadan devam etmesini sağlamaktır.<sup>68</sup> Zira anayasa, modern bir toplum sözleşmesi olması nedeniyle, o anayasayı yazan toplumun birlikte uyum içerisinde yaşama kurallarını içerir. Eğer anayasadaki en temel kurallar değişirse artık o toplumun uyum içerisinde yaşadığı şartlar değişmiş olur ve bu da karışıklığa neden olabilir.

Anayasalarda değişmez madde ve ilkeler bulunmasının amacı konusunda devleti merkeze alan görüşe göre ise, anayasalardaki değişmez maddelerin amacı, ölümcül saldırılara karşı devletin temel dayanaklarını korumaktır.<sup>69</sup> Anayasadaki değişmez maddelerle ana kuruluşu oluşturulan devletin bu maddelerde yazan ilkeleri değiştirilirse devlet ayakta kalamaz ve yıkılır. Devleti bir binaya benzetirsek değişmez maddeler kolonları, diğer maddelerse duvarları oluşturur. Duvarları dilediğiniz gibi yıkıp yeniden yapabilir veya rengini değiştirebilirsiniz. Bina ayakta kalmaya devam eder. Ancak eğer kolonlara dokunursanız bina dengesini kaybeder ve yıkılır.

---

<sup>68</sup> RIGAUX, *La Thorie des...*, s. 236.

<sup>69</sup> RIGAUX, *a. g. e.*, s. 248.

Görüldüğü üzere, her iki görüş de değişmez maddelerin varlığını “belli bir statükonun temel yapısının korunmasının” önemine bağlamaktadır. Bunun toplumsal veya devlete ilişkin bir statüko olması, konumuz açısından fark etmemektedir. Önemli olan, türev kurucu iktidar tarafından anayasada yapılacak değişikliğin belli bir sınırı aşmamasıdır. Çünkü siyasal iktidarlar bazen, politikalarının anayasaya aykırı sonuçlar doğurması ihtimalini engellemek ve bu şekilde kendilerini hukuk içinde garantiye almak için anayasaları amaçları doğrultusunda değiştirmek yoluna başvurabilirler.<sup>70</sup> Ancak bu durumda anayasanın siyasal iktidarı sınırlayıcı işlevi hayata geçemez ve anayasadan keyfiyeti önleme ve demokratikleşme adına beklenen verim elde edilemez.

Almanya Anayasası’ndaki değişmezlik kaynağı olan 79. maddenin 3. fıkrasının nihaî yazımı sırasında hazırlanan notun, değişmez maddelerin amacını çok açık şekilde özetlediğini düşünmekteyiz:

*“Bu madde, Temel Kanun’un tümünden değiştirme konusu yapılabilmesini veya anti-demokratik devrimci bir hareket tarafından, eşitlik örtüsü altında ortadan kaldırılmasını engellemek amacını taşımaktadır.”<sup>71</sup>*

Almanya Anayasası’nı hazırlayanlar da bilmektedir ki devrimler engellenemez. Bu anlamda değişmez maddeleri “deviren” devrimler her zaman yaşanabilir. Ancak değişmez maddelerin amacı devrimleri engellemek değil, şiddetsiz bir ortamda, anayasanın değiştirilmesi usulüne uyarak da olsa, “temel” kabul edilen anayasal düzeni bozabilecek gelişmemiş “devrimci” hareketlere karşı (demokratik) devlet düzeninin sürekliliğini sağlamaktır.<sup>72</sup>

#### *d. Anayasalarda değişmez madde olamayacağını iddia eden görüşler*

Yukarıda açıkladığımız görüş doğrultusunda ve aşağıda daha ayrıntılı şekilde inceleyeceğimiz üzere, anayasalarda değişmez maddeler olabileceğini, bunların

<sup>70</sup> Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU, **Anayasal Devlette Meşruiyet**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 166.

<sup>71</sup> Almanca metin için bkz: *In Jahrbuch des Offentliches Rechts*, Tübingen, Mohr, 1951, B. 1, s. 586 (16 Aralık 1948 tarihli oturum); aktaran: RIGAUX, **La Théorie des...**, s. 84 ve 232.

<sup>72</sup> RIGAUX, **a. g. e.**, s. 232. Vurgular bize aittir.

hukuksal değere sahip olduğunu ve bazı kıstasların varlığı halinde bunlara dokunulamayacağını düşünmekteyiz. Ancak çok sayıda yazar anayasalarda değişmez olarak düzenlenen madde ve ilkelerin hiçbir hukuksal değeri olmadığını ifade etmiştir. Üç grupta toplamayı uygun bulduğumuz söz konusu görüş ve düşünceleri aktarmanın kendi iddiamızı desteklemesi açısından yararlı ve gerekli olduğunu düşünmekteyiz.

#### (1) Değişmez maddelerin ancak manevî bir sınırlama olabileceği görüşü

Bazı yazarlar, anayasa değişikliğine sınırlama getiren anayasa maddelerinin hiçbir hukuksal değer taşımadığını, bunların parlamento için ancak manevî bir sınırlama teşkil edebileceğini iddia etmiştir. Bu iddiadaki yazarlar, doğal olarak, daha çok anayasasında değişmez madde ve ilke olan ülkelerdeki durumu açıklama niyetindedir.

Örneğin, Fransa’da 3. Cumhuriyet’ten bu yana, Fransa’nın cumhuriyetçi yönetim şeklinin değiştirilemeyeceğini öngören 14 Ağustos 1884 tarihli Anayasa değişikliğinin bağlayıcı gücü sorgulanmıştır. Bu sorgulamanın gerekçelerinden biri, söz konusu düzenlemenin “kesinlikle yaptırımı olmayan bir niyet açıklaması” olduğu iddiasıdır.<sup>73</sup> Örneğin BARTHELEMY ve DUEZ, Fransa Anayasası’nda rejimin değişmezliğini öngören düzenlemelerin “zorlayıcı hiçbir hukuksal gücü olmayan, basit dileklerden ibaret olduğunu” ifade etmiştir.<sup>74</sup>

ÖZBUDUN da, 1982 Türkiye Anayasası’ndaki değişmez maddelerle ilgili olarak, Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin bir anayasa değişikliğini Cumhuriyet’in özüne uygunluk açısından denetleyemeyeceğini, değiştirme yasağının gerçek bir hukuksal müeyyideden yoksun olduğunu ve bunun ancak TBMM’ye hitap eden manevî bir müeyyidesinin bulunduğunu ileri sürmektedir. Çünkü yazara göre, her ne kadar, 1982 Anayasası’nda, anayasayı değiştirme yasağının kapsamı, 1924 ve 1961 Anayasalarına kıyasla genişletilmiş ise de, yine bu Anayasa’da, Anayasa Mahkemesi’nin bu hükümler ölçütünde esas yönünde anayasallık denetimi yapma

<sup>73</sup> GENEVOIS, “Les Limites d’Ordre...”, s. 915.

<sup>74</sup> Joseph BARTHELEMY, Paul DUEZ, **Traité de Droit Constitutionnel**, Dalloz, 1993, s. 231.



imkânı tamamen ortadan kaldırılmıştır. Bu durum karşısında, yazara göre, 4. maddedeki ilk üç maddeye ilişkin olarak öngörülen “*değiştirme yasağının gerçek bir hukukî müeyyideden yoksun olduğu, bunun, ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne hitap eden manevî bir müeyyidesinin bulunduğu sonucuna ulaşılabilir*”.<sup>75</sup> Dolayısıyla ÖZBUDUN’a göre bu hükmün parlamentoya yönelik siyasî bir temenniden öte bir anlamı bulunmamaktadır.

Aynı şekilde KÜÇÜK de, anayasa değişikliği kanunlarının anayasada açıkça anayasa mahkemesinin esastan denetimine tabi kılınmaması halinde, anayasada yer alan değiştirme yasaklarının herhangi bir hukuksal değerinin olmadığını düşünmektedir. Yazara göre, söz konusu değiştirilemez maddeler, “*tamamen yasama organına yönelik, maddî müeyyidesi olmayan, siyasî ve tarihî temelli bazı direktiflerden ibarettir ve dolayısıyla da yaptırımını tamamen manevî niteliktedir*”.<sup>76</sup>

KÜÇÜK, anayasada değişmez madde olsun veya olmasın, türev kurucu iktidarın anayasada öngörülen değiştirme usullerine uymak suretiyle, anayasanın tamamını değiştirebileceğini düşünmektedir. Yazara göre, anayasa mahkemesinin anayasa değişikliklerinin esas denetimini yapabilmesinin tek yolu, anayasa mahkemesinin bu konuda anayasada açıkça yetkilendirilmiş olmasıdır.<sup>77</sup> Bu görüşüyle pozitivist bakış açısına yaklaşan KÜÇÜK, anladığımız kadarıyla, anayasadaki değişmez nitelikteki maddelerin ve onlara bu niteliği kazandıran düzenlemelerin hiçbir bağlayıcılığı olmadığını iddia etmektedir. Bunun, anayasanın tüm maddelerinin eşit olduğu görüşüyle birlikte değerlendirilmesi halinde, anayasanın hiçbir maddesinin bağlayıcı olmadığı sonucunu doğurması kaçınılmazdır. Ancak KÜÇÜK’ün dahi bu sonucu arzuladığını sanmıyoruz.

Değişmez maddelerin yalnızca manevî bir sınırlama teşkil ettiğini iddia eden yazarlar, neden değiştirme usullerine ilişkin maddeleri veya anayasa değişikliklerinin esastan denetimiyle ilgili olarak anayasa mahkemesini açıkça yetkilendiren maddeleri bağlayıcı kabul ederken değişmez maddeler gibi ülkenin temel ilkelerine ilişkin anayasa hükümlerini ve söz konusu değişmezliği sağlayan anayasa maddesini bağlayıcı kabul etmediklerini, kanaatimizce, tatmin edici şekilde

<sup>75</sup> Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 14. basım, Ankara, 2013, ss. 180-181.

<sup>76</sup> KÜÇÜK, “Yeni Anayasa Yapımı...”, s. 212.

<sup>77</sup> KÜÇÜK, a. g. m., ss. 215-216.

açıklayamamaktadır. Değişmez maddeler ve değişmezliği sağlayan madde de, değiştirme usulünü düzenleyen madde kadar anayasa hükmüdür ve -daha fazla olduğu kabul edilmese de- en azından onlar kadar bağlayıcıdır.

Anayasada yasama organının belli bir yönde ve şekilde hareket etmesini temenni eden program hükümler bulunabilir. Örneğin 1982 Anayasası'nın 49/2. maddesindeki devletin çalışanların hayat seviyesini yükseltmesi, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri koruması, çalışmayı desteklemesi, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratması ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri almasına yönelik hüküm bir program hüküm, bir başka deyişle yasamaya yönelik manevî bir temennidir. Bu yönde ilerleyip ilerlememek konusunda yasama organının bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak değişmez maddeler benzer bir takdir alanı bırakan hükümler değildir. Değişmez maddelerle yasama organına belli alanlarda anayasa değişikliği yapmak yasaklanmaktadır. Aslî kurucu iktidarın egemen iradesiyle koyduğu bu açık yasağın bir temenniden ibaret olmadığı ortadadır.

Nitekim SEROZAN “*Anayasayı değiştiren yasaların tüm yasalar gibi Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetim süzgecinden geçeceği öylesine belli bir gerçektir ki Anayasa koyucusu, bu konuda özel yetki kuralını gereksiz bulmuştur. Milli, demokratik, laik, sosyal hukuk devleti ilkesinin değiştirilmezliğini öngören Anayasanın 9. maddesi bir ‘iyi ahlak derneği öğüdü’ değil de bir ‘hukuk kuralı’ olduğuna göre elbette bir yaptırımla donatılmış sayılacaktır*” demek suretiyle değişmez maddelerin yalnızca manevî değil, hukuksal da bir değeri olduğunu ifade etmiştir.<sup>78</sup>

SAĞLAM da, anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğunu belirten 1982 Anayasası'nın 11. maddesini hatırlatarak, anayasayı değiştirme yasağını hukuksal yaptırımdan yoksun saymanın anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü inkâr anlamını taşıdığını düşünmektedir.<sup>79</sup>

<sup>78</sup> Rona SEROZAN, “Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları”, *İÜHFİM*, C. XXXVII, S. 1-4, 1972, ss. 140-141.

<sup>79</sup> Fazıl SAĞLAM, “Anayasa ve Değişmez Kurallar”, in **Prof.Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan** (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi), Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 577.

Dolayısıyla, yazılı bir anayasal norm olarak değişmezliği yaratan anayasa maddeleri –en az diğer anayasa maddeleri kadar- yasama organını ve diğer tüm organları bağlayıcıdır. Bu durum zaten aslı kurucu iktidarın değişmez normlara diğer anayasa normlarından daha farklı bir statü vererek onları ayrıca koruma iradesinden de anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, anayasanın koruyucusu olarak anayasa mahkemesinin de kendini bunların ihlal edilmesinin engellenmesiyle görevlendirmesi son derece doğaldır. Dolayısıyla değişmez maddelerin yasama organına yönelik yalnızca manevî bir sınırlamadan ibaret olmadığı ortadadır. Değişmez maddeler yasama organını bağlayan, hukuksal değere sahip ve anayasa mahkemesi tarafından korunması gereken normlardır.

(2) Değişmez madde yaratan iktidarın değişmez maddeleri kaldırabileceği iddiası

Değişmez maddelerle ilgili en yoğun tartışmalardan biri yasama organının millet iradesini temsil etmesi dolayısıyla egemen olduğu ve önceki kurucu iktidarlar tarafından sınırlandırılmayacağı iddiası üzerinde yaşanmaktadır. Bu iddia sahiplerine göre madem ki daha önceki egemen değişmez madde yaratmıştır, şimdi ki egemen de onu kaldırabilir.

Bu düşüncedeki temel sorunu ortaya koymadan önce, bununla ilgili kafa karıştıran bir duruma da açıklık getirmek gerekmektedir. Fransa Anayasası'nda yer alan değişmez madde en başta Anayasa'ya türev kurucu iktidar gibi gözükken bir organ tarafından yerleştirilmiştir. 14 Ağustos 1884 tarihinde kabul edilen kanunun ikinci maddesiyle o sırada yürürlükte bulunan “anayasal kanunlara” Fransa'nın cumhuriyetçi yönetim yapısının değiştirilemeyeceğine dair bir hüküm eklenmiştir. Buna dayanan Léon DUGUIT, Anayasa'da değişiklik yapma yetkisini haiz bir Millet Meclisi'nin oylarıyla kabul edilen 14 Ağustos 1884 tarihli kanunun, değişiklik yetkisini haiz başka bir Millet Meclisi'nin oylarıyla kaldırılabilirliğini ifade etmiştir.<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> Aktaran: Olivier BEAUD, **La Puissance de l'Etat**, PUF, coll. Leviathan, Paris, 1994, ss. 370-371.

DUGUIT'nin düşüncesinin, olağan şartlar altında, doğruluk payı taşıdığını düşünüyoruz. Belli bir tarihteki türev kurucu iktidarın, diğer kurucu iktidarlardan üstün, onların iradesini bağlayıcı bir niteliği olmaması gerekir. Bir başka deyişle, eşit yetkili iki türev kurucu iktidardan sonra tarihli olan, önce tarihli olanın tüm işlemlerini tersine çevirebilmelidir. Dolayısıyla, bir türev kurucu iktidarın kabul ettiği değişmez madde ve ilkeler aslında gerçek bir değişmezlikten yararlanamaz. Bu nedenle, ileride daha ayrıntılı şekilde ele alacağımız üzere, türev kurucu iktidarların değişmez madde koyma yetkisi bulunmamaktadır. Bir türev kurucu iktidar böyle bir teşebbüste bulursa dahi, kendisiyle eşit seviye ve yetkideki sonraki türev kurucu iktidarların bu değişmez nitelikte olduğu iddia edilen maddeleri değiştirebilmesi mümkündür.

Ancak, 1884 yılında Fransa Anayasası'nda değişiklik yapan Millet Meclisi'nin bir türev kurucu iktidar değil, bir aslî kurucu iktidar olması halinde kabul edilen değişmez maddeler bağlayıcı bir niteliğe bürünür. Nitekim, türev kurucu iktidarın değişmez madde yaratmasına tek örnek olarak sunulan Fransa'daki 1884 Anayasa değişikliğinin aslında bir türev kurucu iktidar eylemi olmadığı, rejimi belirlenmemiş bir "çok anayasalı bir düzende"<sup>81</sup> aslında bir anayasanın da var olmadığı, bu nedenle, haklı şekilde, rejimi Cumhuriyet olarak belirleyen anayasa değişikliğinin gerçekte bir aslî kuruculuk olduğu savunulmuştur.<sup>82</sup> Kanaatimizce de bir türev kurucu iktidarın bir anayasada değişmezlik yaratabilmesinin tek yolu, Fransa'da 1884'te bulunan siyasal rejim karmaşasına<sup>83</sup> benzer bir haldir.

Anayasa değişikliklerinin türev kurucu iktidar tarafından değiştirilebileceğini savunanların bir kısmı ise, bunun çifte değişiklikle mümkün olabileceğini ifade etmektedir. Hatta Fransa doktrininde bu görüş baskın olan görüştür.<sup>84</sup> Bu iddiaya göre önce değişmezliği yaratan madde değiştirilecek ve böylece artık eskiden değişmezlik niteliği olan madde korumasız kalacak ve ardından da bu madde değiştirilecektir. Bu yöntemde her şey hukuka uygun gibi gözükse de, yapılan çifte değişiklikle hukukun ve anayasanın dolanıldığı açıktır. Konunun ayrıntılarını çalışmamızın sonunda "çifte değişiklik" başlığı altında ele alacağımız için burada söz

<sup>81</sup> 1884'te Fransa'da üç anayasa metni aynı anda yürürlükteydi.

<sup>82</sup> BEAUD, *La Puissance...*, s. 383.

<sup>83</sup> O yıllarda monarşistler ve cumhuriyetçiler arasında hem siyasal arenada, hem de parlamentoda kıyasıya bir rekabet söz konusudur ve rejimin niteliğine bir türlü karar verilememektedir.

<sup>84</sup> GENEVOIS, "Les Limites d'Ordre...", s. 916.

konusu yöntemin hem anayasanın ruhuyla, hem de anayasa koyucunun iradesiyle çeliştiğini ve Almanya doktrinine hâkim olan “değişiklik sağlayan maddenin de kendiliğinden değişmez olduğunu” ileri süren tezin doğru olduğunu düşündüğümüzü ifade etmekle yetiniyoruz.

(3) Gelecek nesillerin mevcut kurucu iktidar tarafından bağlanamayacağı görüşü

Demokrasinin öncelikle yaşayan halkın kendi kararlarını kendisinin alabilmesini ve temsilî parlamenter rejimin seçilmiş temsilcilerinin iradesinin sınırlanamamasını gerektirdiğini düşünen yazarlar, parlamentoların geçmiş nesillerin koyduğu kurullarla sınırlanabilmesine karşı çıkmıştır. Bu düşünceye göre mevcut halk ve onların temsilcisi olan parlamento, anayasada dilediği değişikliği yapabilmelidir.

Örneğin PAINE’e göre, “*Dünyanın hiçbir ülkesinde kendisinden sonra gelecek olanları zamanın sonuna kadar bağlama ve denetleme veya onlara dünyanın sonsuza dek nasıl veya kim tarafından yönetilmesi gerektiğini emretme hakkına veya yetkisine sahip bir parlamento, insan türü veya insan nesli var olmadı, var olmayacak ve var olamaz; ve bu nedenle, bunu yapmaya ne hakkı, ne de yetkisi olanların, yapmaya çalıştığı bu yöndeki tüm hükümler, eylemler ve açıklamalar hükümsüz ve geçersizdir. Her çağ ve nesil, tüm meselelerde, kendince hareket etmek konusunda önceki çağ ve nesiller kadar özgür olmalıdır.*”<sup>85</sup>

CONDORCET de belli bir rejim türünü açıkça ve münhasıran desteklemeye girişmenin, yani diğer bütün imkânları yasaklamanın kabul edilemez bir siyaset felsefesinden kaynaklandığını ifade etmektedir.<sup>86</sup> Yazara göre “*bir halk, her zaman, anayasasını gözden geçirmek, reforme etmek ve değiştirmek hakkına sahiptir. Bir nesil, gelecek nesilleri kendi yasalarına maruz bırakma hakkına sahip değildir.*”<sup>87</sup>

<sup>85</sup> Thomas PAINE, **Rights of Man**, Viking Penguin, East Rutherford, NJ, USA, 1984, s. 41. Vurgular PAINE’e aittir.

<sup>86</sup> Aktaran: KLEIN, **Théorie et...**, s. 135.

<sup>87</sup> CONDORCET, **Œuvres Complètes**, 1847, vol.12, s. 422, aktaran: KLEIN, **a. g. e.**, s. 136, dipnot 1.

Aydınlanma'nın ünlü düşünürlerinden CONDORCET'nin bu tezi 1789 Fransız Devrimi'nin ardından 1793 tarihli İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesi'nin 28. maddesinde kendine yer bulmuştur:

*“Bir halk her zaman anayasasını değiştirme hakkına sahiptir. Bir nesil, gelecek nesilleri kendi yasalarına maruz bırakma hakkına sahip değildir.”*

ABD'nin kurucu babalarından Thomas JEFFERSON da James MADISON'a yazdığı 6 Eylül 1789 tarihli mektupta şu ifadelere yer vermiştir: *“Soru, bir neslin diğerini bağlayıp bağlayamayacağıdır. Cevap, hayırdır.”*<sup>88</sup>

KÜÇÜK'e göre, değiştirilmesi yasak maddelerin anayasaya konulması, türev kurucu iktidarın iradesinin aslî kurucu iktidar tarafından bağlanması anlamına gelir. Yazar, geçmişte, yapıldığı zamanın şartlarının zorlaması neticesinde ortaya çıkan ve anayasayı o zamanın şartlarını esas alarak yapan bir aslî kurucu iktidarın, gelecek kuşakların iradesini bağlamasını “ahlâkî” zeminde savunabilmenin mümkün olmadığını düşünmektedir.<sup>89</sup>

Öncelikle belirtmek gerekir ki, aslî kurucu iktidarın kendinden sonra gelecek olan türev kurucu iktidarlara anayasa değişikliği konusunda belli bir alanda sınırlaması ahlâk anlayışından değil, ileride<sup>90</sup> ayrıntılarından bahsedeceğimiz üzere, kuruculukta özel konumundan kaynaklanmaktadır. Bunun yanında, değişmez maddelerden beklentinin, olağan koşullar altında, “anayasanın yapıldığı zamanın şartlarıyla” ilgili olmadığını ifade edilmesi gerekir. Değişmez maddeler anayasanın koyulduğu zamanki sorunları çözmek için değil, o anayasayla kurulan yeni devletin temellerini belirlemek için ve uzun süreli<sup>91</sup> olarak konulmaktadır. Bu bağlamda, değişmez maddelerin yegâne amacının –eğer kendileri tarafından kurulan bu devlet içinde yaşamaya devam edeceklerse- gelecek nesilleri bağlamak olduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla çeşitli yazarlar tarafından dile getirilen yukarıdaki görüşlerin temel eksiğinin devletin sürekliliği ilkesini göz ardı etmek olduğu anlaşılmaktadır.

<sup>88</sup> **The Papers of Thomas Jefferson**, edited by Julian BOYD, vol. 15, Princeton University Press, 1958, s. 392, aktaran: KLEIN, a. g. e., s. 138.

<sup>89</sup> KÜÇÜK, “Yeni Anayasa Yapımı...”, s. 219.

<sup>90</sup> İleride bkz: “Anayasa koyan iradenin ayrıcalığı” başlığı

<sup>91</sup> Hatta bu nedenle, Almanya doktrininde değişmez maddelere “sonsuzluk hükmü” anlamında “*ewigkeitklausel*” denilmektedir.

KÜÇÜK'ün “*anayasanın değiştirilmezliğini buyurmak, anayasayı yapan kuşağın sonraki kuşakların kaderini sonsuza dek belirlemesi demektir*” yönündeki ifadesi<sup>92</sup> ise, kanımızca, oldukça abartılı bir ifadedir. Zira değişmez maddeler anayasanın tümünün değil, genelde çok sınırlı bir kısmının türev kurucu iktidar tarafından değiştirilmesini yasaklar. Kaldı ki bu sınırlı kısım da, çoğunlukla, ülkenin temel kuruluş ilkeleriyle ilgilidir ve doğrudan uygulamaya müsait değildir. Anayasanın geri kalan büyük ve günlük hayatı (yazarın ifadesiyle, “sonraki kuşakların kaderini”) etkileyen kesimi, anayasada yazan usul kurallarına uygun şekilde her zaman değiştirilebilir. Kaldı ki, anayasayı koyan iradeyle sonsuza kadar bağlı kalmak istemeyen gelecek kuşakların demokratik düzen içerisinde yeni bir devlet kurarak aslı kurucu iktidara dönüşmesi de mümkündür.<sup>93 94</sup>

Son olarak, anayasalarda değişmezlik olamayacağına dair bu ve önceki başlıklar altında sunulan görüşler bazı yazarlar tarafından birbirine eklenerek de sunulmuştur. Örneğin Joseph BARTHELEMY ve Paul DUEZ'e göre yönetimin cumhuriyetçi yapısına dair 14 Ağustos 1884 tarihli anayasa değişikliği hükümleri “halef kurucu iktidarlar ve gelecek nesiller için zorunlu hukuksal gücü olmayan” basit birer dilekten ibarettir.<sup>95</sup> Görüldüğü üzere yazarlar değişmez maddelerin hem hukuksal değeri olmayan manevî bir sınırlama olduğunu, hem de türev kurucu iktidarların ve gelecek nesillerin bunlarla bağlı olmadığını savunmaktadır. Kanaatimizce, değişmez maddelerin parlamento tarafından değiştirilebileceği sonucunu doğuran yukarıda saydığımız üç görüşün aynı anda savunulması mümkündür; zira bu görüşlerin tümü aynı amacı ortaya çıkartmayı amaçlamakta, yalnızca konuya farklı açılardan yaklaşmaktadır.

Mevcut neslin kurucu iktidarının hiçbir kayıtlamayla bağlı olmadığını iddia eden görüş aslında, mevcut parlamentonun türev değil, egemen bir aslı kurucu iktidar olduğunu iddia etmektedir. Ancak bu iddia, kanaatimizce, doğru değildir. Çünkü

<sup>92</sup> KÜÇÜK, “Yeni Anayasa Yapımı...”, s. 220.

<sup>93</sup> Bu çalışma kapsamında hükümet darbesi veya ayaklanma gibi demokrasinin ve hukuk düzeninin kesintiye uğramasına neden olacak ve şiddet içermesi muhtemel olasılıklar hiçbir şekilde savunulmamaktadır. Demokrasi ve hukuk düzeninde hiçbir kesinti olmaksızın değiştirilemez maddelerin değiştirilmesinin demokratik referandum yöntemiyle gerçekleştirilebileceğine aşağıda “Değişmez maddelerin meşru şekilde değiştirilmesi” başlığı altında değineceğiz.

<sup>94</sup> Aynı yönde görüş için bkz: GÖZLER, **Le Pouvoir de...**, t. I, s. 187. GÖZLER'in eserinde bahsettiği “devrim” kelimesinin şiddet içeren devrimleri de kapsadığı kanısı uyanmaktadır. Biz bu görüşe, yazarın şiddet içeren devrimleri de değişmez maddelerin değiştirilmesi için gereken devrimlerin arasında saymadığını düşünerek katılıyoruz.

<sup>95</sup> BARTHELEMY, DUEZ, **Traité de...**, s. 231.

bilindiği üzere, türev kurucu iktidarın faaliyetini olağan yasama faaliyetinden ayıran özellik anayasa değişikliğine dair kanunları anayasada belirtilen anayasayı değiştirme usullerine uygun şekilde, bir başka deyişle kanunların kabul edilmesinden daha zor bir usul izleyerek kabul etmesidir. Bu zorlaştırılmış usul de anayasayı koyan “önceki nesil” tarafından belirlenmiştir ve türev kurucu iktidarı, yani “gelecek nesilleri” anayasa değişikliği kanununun kabul edilmesi süreci açısından bağlar. Bu nedenle “gelecek nesillerin” “önceki nesillerin yasalarına” maruz kalmadığını ve egemen olduğunu söylemek, kanaatimizce, mümkün değildir.<sup>96</sup> Kaldı ki bir anayasa, belli bir anda yaşayan halkın bir arada yaşamasının temel kurallarını belirlerken, aynı zamanda nesiller arasında sürekliliği sağlamak amacını da taşır. Sürekliliğin sağlanabilmesi için de en önemli araçlardan biri, temel kuruluşla ilgili tüm nesilleri bağlayan genel kurallar koymaktır.<sup>97</sup>

## 2. Değişmezliğin Kökeni ve Güncel İşlevi

Değişmezlik kavramının teorik temelini oturtabilmek için söz konusu kavramın nasıl ortaya çıktığını ve günümüzde yüklendiği işlevi incelemek yararlı olacaktır.

### a. Değişmezlik Kavramının Ortaya Çıkışı

Nasıl devlet ve anayasa kavramları tarihin belli bir döneminde ortaya çıkmışsa, anayasalarda değişmezlik kavramına da tarihin belli bir anında rastlanmaya başlanmıştır. Her ülkede anayasaya değişmez madde ve ilkeler koyma ihtiyacı ortaya çıkmadığı gibi, anayasasında değişmez madde bulunan ülkelerin de hepsi aynı nedenlerle bu yöneme başvurmamıştır. Ancak yine de, anayasalarda değişmezlik kavramının tarihsel ve siyasal kökeninin genel gerekçesinin, tarihsel süreç içerisinde ortaya çıkan nedenlerle seçilmiş iktidarların dahi sınırlanması ihtiyacı olduğunu

<sup>96</sup> Aynı yönde görüş için bkz: KLEIN, *Théorie et...*, s. 137.

<sup>97</sup> Söz konusu bağlayıcılık ancak değişmez maddelerin demokratik şekilde belirlenmesi halinde mevcuttur. Konuyla ilgili ayrıntılı görüş için ileride bkz: “Değişmez maddelerin hukuksal değeri ve meşruiyet ilişkisi” başlığı.



düşünmekteyiz. Bu gerekçenin dikkatlice incelenmesi, kanımızca, günümüzdeki demokrasi ve parlamentonun üstünlüğü tartışmalarına da ışık tutacaktır.

#### (1) Yasanın üstünlüğünden anayasanın üstünlüğüne geçiş

Anayasaların ortaya çıkış nedeni, liberal bakış açısından bakıldığında, bireylerin ve haklarının devlet organlarına karşı korunmasıdır. Günümüzde de, anayasaların temel işlevlerinden biri iktidarı sınırlamaktır. Özellikle II. Dünya Savaşı'nın ardından ortaya çıkan anayasacılık hareketinin temelinde, birey hak ve özgürlüklerinin baskıcı iktidarlar tarafından yok edilmesini engellemek yatar. Bu nedenle, anayasaların iktidarlara karşı korunması gerektiği düşünülmüştür. Hatta bu amaçla anayasaların dinamik değil bilakis statik belgeler olması gerektiği dahi iddia edilmiştir.<sup>98</sup> Ancak sosyal devlet ilkesi ile sosyal ve ekonomik hakları içeren anayasalar, devletten olumlu edimler beklemeleri ve geleceğe yönelik programatik hükümler içermeleri nedeniyle, devingen anayasalar olarak nitelendirilirler.<sup>99</sup> Çünkü anayasalar ancak toplumsal ve ekonomik değişimlere ayak uydurmak suretiyle hayatta kalabilir. Aksi takdirde yeni toplumsal kurallarla anayasa arasında uyumsuzluk çıkması ve değişikliklerle güncellenemeyen anayasanın bu sefer tümden yenilenme ihtiyacının hissedilmesi kaçınılmaz olacaktır. Fakat uzun yıllardan beri, belli temel maddelerinin değiştirilmesinin hiçbir şekilde mümkün olmadığı anayasalara da rastlanmaktadır. Bu anayasaların diğer tüm maddeleri günün koşullarına göre düzenlenebilirken bazı temel maddeler türev kurucu iktidarın değiştirme iktidarı alanının dışında bırakılmıştır. Bunun hem siyasal, hem de tarihsel nedenleri vardır.

18. yüzyılda baskın olarak kabul edilen parlamentonun üstünlüğü ilkesi ve yasa egemenliği doktrinini, meşru yönetimlerin vazgeçilmezi kılan anlayış, bütün iktidarı despottan alıp halka vermekle, demokrasinin gerçekleşebileceğini sanan bir anlayıştır.<sup>100</sup> En üstün kural koyma gücünün bir kişinin veya grubun keyfi

<sup>98</sup> Ali Ülkü Azrak, "Türk Anayasa Mahkemesi", **İÜHFİM**, Cilt: XXVIII, Sayı: 3-4, 1962, s. 698, aktaran: ODER, **Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık**, Anahtar Kitaplar, İstanbul, 2004, s. 49.

<sup>99</sup> ODER, **a. g. e.**

<sup>100</sup> DİKMEN CANIKLIOĞLU, **Anayasal Devlette...**, s. 196.

idaresinden alınarak halkın temsilcilerine verilmesinin demokrasinin gerçekleşmesi için yeterli olacağı düşünülmüştür. Bu anlayışa göre bir anayasa yine varlığını sürdürebilir, zira toplumsal yaşayış kuralları ve devlet organları bu belgeye göre şekillendirilmektedir. Bu görüşe göre, yönetenler halkın seçtiği temsilcilerden belirlendiği ve bu temsilcilerin de halkın aleyhine hareket etmeyeceği varsayıldığı için anayasa bir hak ve özgürlük güvencesi olarak bağlayıcı bir metin olarak algılanmamakta, daha ziyade genel esaslar bütünü gösteren bir belge olarak kabul edilmektedir. Bu düşüncenin, Fransız Devrimi'yle genel kabul görmeye başlayan millet egemenliği kavramının bir devamı olduğu hemen anlaşılmaktadır: Egemenlik mutlakdır; millet, egemenliğini temsilcileri aracılığıyla kullanır; dolayısıyla temsilciler, yani parlamento egemendir ve hiçbir kural veya belgeyle bağlı değildir.

Fransa'da 1789 Devrimi'nin öncesinden beri yargıçlar "yasanın hizmetkârı" olarak görülmüş ve onlardan uygulamaları gereken yasaları iptal etmeleri beklenmemiştir.<sup>101</sup> Buna karşın, yasa-merkezciliğin ve mutlak parlamento üstünlüğünün kalesi olan Fransa'da<sup>102</sup> dahi yasaların yanlış ve baskıcı olabilecekleri de öngörülmüştür. Nitekim Fransız Devrimi'nin hemen ardından kabul edilen İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde dahi, zımnî olarak da olsa, parlamentoda oylanan işlemlerin baskıcı olabileceği kabul edilmiştir. Örneğin, Bildirge'nin 5. maddesinde "*yasa ancak toplum için zararlı olan eylemleri yasaklayabilir*" demek suretiyle Millet Meclisi'nin topluma yararlı eylemleri de yasaklayabileceği düşüncesi üzerinden parlamentonun yetki alanı sınırlanmıştır. Aynı şekilde 6. maddede yer alan "*yasa korudukları ve cezalandırdıkları için aynı olmalıdır*" ifadesi de kanun-koyucunun kişiye göre işlem tesis etmesini engellemek amacını taşımaktadır. Son olarak, Bildirge'nin 8. maddesinde de "*yasa ancak kesin ve açık şekilde zorunlu olan cezalar tesis etmelidir*" demek suretiyle parlamentonun suçlara keyfi cezalar vermesinin önüne geçilmek istenmiştir. Bu cümlelerin her birinden parlamentonun halkın aleyhine işlem yapabilme potansiyelinin olduğunun Bildirge'yi hazırlayanlar tarafından peşinen kabul edildiğini anlamak mümkündür.

Parlamentonun halkın aleyhine işleyen bir kurum olmasını engellemek adına, işlemlerinin kesin sınırlar içerisinde yapılması gerekir. Devrim'in önemli

<sup>101</sup> Dominique TURPIN, *Contentieux Constitutionnel*, PUF, Paris, 1986, s. 19.

<sup>102</sup> Fransa'da 1958'e dek yasa-merkezcilik anayasacılığa üstün gelmiş ve onun "normlar hiyerarşisine saygısızlığın yaptırımı bağlanması" şeklinde özetleyebileceğimiz doğal sonucunu doğurmasını engellemiştir.

isimlerinden SIEYES bu zorunluluğu düşünerek Millet Meclisi'ne şöyle seslenmiştir: “Eğer farklı kuvvetler yetkilerini kötüye kullanarak diğerlerinin üzerine çıkarsa, bu kamusal düzensizliğe gerçek çözüm, zarar gören kuvvet tarafından kurucu iktidara esaslı bir başvuru yapılabilmesidir.”<sup>103</sup> Ünlü düşünürün burada kullandığı “kurucu iktidar” teriminin türev kurucu iktidarı işaret ettiğini düşünmüyoruz, zira yetkisini kötüye kullanan kuvvet yasama organı olabilir. Bu durumda yetkisini aştığı şikâyetiyle yasamaya karşı yine yasamaya başvurmak gerekir ki bunun sonuçsuz bir başvuru ve abesle iştilal olacağı açıktır. Yazarın “kurucu iktidar” teriminden kastının yeni bir anayasa yapmakla görevli aslı kurucu iktidar olduğunu da sanmıyoruz zira, o günün düşüncesine göre, aslı kurucu iktidarın istisnai koşullarda ve hukuk boşluğu şartı altında ortaya çıktığı kabul edilmekte ve bu nedenle aslı kurucu iktidarın ortaya çıkışının talebe bağlı olması mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla SIEYES’in yukarıda aktardığımız sözlerinde yer alan “kurucu iktidar”dan kastının ülkeyi kuran aslı kurucu iktidarı temsil edecek bir organ olduğunu düşünmekteyiz.

Nitekim SIEYES, bu tezimizi destekler şekilde, anayasaya saygıyı sağlayacak ve ona aykırı eylem ve kanunları iptal etme yetkisiyle donatılmış, meclisler veya vatandaşlar tarafından başvuru yapılabilecek bir Anayasa Jürisi kurulmasını teklif etmiştir. Bu, SIEYES’e göre, 1789’da ilan edilen kurucu iktidarla yasama erki arasındaki farkın doğal ve pratik bir sonucudur.<sup>104</sup> Ne var ki önerisi oybirliğiyle reddedilmiştir. Önerinin aleyhinde söz alan THIBAUDEAU’ya göre “*bu canavar güç, ülkenin her şeyi olacaktır ve kamu kuvvetlerine bir koruma atayarak aslında onları zincire vuracak bir efendi atanmış olacaktır*”. THIBAUDEAU’nun kuvvetlerin yetkilerini aşmaları halinde sunduğu tek çözüm önerisiyse halk ayaklanmasıdır.<sup>105</sup> Ancak günümüzde şiddete ve hukuk dışına çıkmaya çağrı yapan bu düşüncenin kabul edilebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bugün artık erklerin yetkilerini aşmalarını hukuk sistemi içerisinde ve demokratik yollarla engellemek amaçlanmalıdır.

Yasama erkinin yetkisini aşıp aşmadığını tespit etmek amacıyla Fransa’da yasaların yargısal denetimden geçirilmesi gerektiğini açıkça ifade eden ilk isim Alexis de TOCQUEVILLE olmuştur. 1835’te ilk ve 1840’ta ise ikinci cildi basılan

<sup>103</sup> Aktaran: TURPIN, *Contentieux...*, s. 16.

<sup>104</sup> Adhémar ESMEIN, *Eléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, 5<sup>e</sup> éd., Sirey, Paris, 1909, s. 536.

<sup>105</sup> TURPIN, *Contentieux...*, s. 16.

“*De la Démocratie en Amérique*”<sup>106</sup> adlı eserinde yazar, yargısal bir güç tarafından denetlenmeyen her seçilmiş gücün er ya da geç tüm denetimlerden kaçacağını ifade etmektedir. TOCQUEVILLE’e göre “*Amerikan mahkemelerine verilen yasaların anayasallık denetimini yapabilme yetkisi, siyasal meclislerin tiranlığının önüne daha önce hiçbir zaman konulmamış en güçlü engellerden birini oluşturmaktadır*”.<sup>107</sup> Ancak yazar, büyük olasılıkla, ABD’deki hukuksal yapıyı da tıpkı diğer unsurlar gibi o topraklar üzerinde yedi yüzyıl boyunca yaşanan gelişmelerin bir sonucu olarak gördüğünden, yasaların yargısal denetiminin Avrupa’ya nasıl taşınabileceğine değinmemiştir.

TOCQUEVILLE’in belli bir noktaya getirerek bıraktığı bayrağı ESMEIN devralmıştır. Yasaların anayasaya uygunluk denetiminin yargı organlarına verilmesinin henüz gerçekleşmediği 19. yüzyılda ESMEIN, denetimin zorunluluğunu kabul ederek anayasalara normatif açıdan üstünlük tanıyan en önemli isimlerden biridir. Ne var ki, ESMEIN’in denetimi yargısal değil, vicdana ve ahlâka dayalıydı. Anayasada ve yasalarda belirtilen yetkilerini bilerek ve kötü niyetle aşan temsilcilerin yargılanması için uygun bir yargı organı olmadığını belirten yazar, böyle durumlarda ancak sorumluluk ve ahlâk kurallarına başvurulabileceğini ifade etmektedir.<sup>108</sup> Ancak burada ESMEIN’in yaptırım uygulanabilir öge olarak yalnızca milletvekillerini düşündüğüne dikkat çekmek gerekir. Bunda, Fransa geleneğinde millî iradenin ifadesi olarak görülen kanunların iptal edilmesinin mümkün olmadığı yönündeki inancın etkisinin büyük olduğunu sanıyoruz. Çünkü aksi takdirde anayasanın kanunlara göre üstünlüğünden bahseden ESMEIN’in de, yetkilerini aşan milletvekillerine yaptırım uygulanamasa da anayasaya aykırı kanunların iptal edilmesi yoluna gidilmesini kabul edebileceğini düşünmekteyiz.

Çoğunlukçu tezlerin ve dolayısıyla parlamentonun üstünlüğünü savunan yazarların en önemli dayanaklarından olan Jean-Jacques ROUSSEAU’nun değiştirilme yöntemi açısından anayasalara bir üstünlük atfettiğini görmekteyiz. *Toplum Sözleşmesi*’ni genel iradenin yasa yoluyla ifade edilmesi üzerine kuran yazar, *Considération sur le Gouvernement de la Pologne* adlı eserinde “temel yasalar” ile “olağan yasalar” arasında bir farkın olduğunu söyler. ROUSSEAU’ya göre temel

<sup>106</sup> Türkçe çevirisi: *Amerika’da Demokrasi*, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 1994.

<sup>107</sup> Alexis TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, UGE, Paris, coll «10-18», 1963, ss. 66-151.

<sup>108</sup> ESMEIN, *Eléments de...*, ss. 383-384.

yasaların değişikliği basit çoğunluklara bırakılmamalı ve bu değişikliklerde kurucuların iradesi her daim gözetilmelidir.<sup>109</sup>

Benzer bir ayırım, kendisinden, öncelikle kurucu iktidar olmak üzere tüm iktidar yetkileri kaynaklanan egemen millet fikri üzerinden Emmanuel Joseph SIEYES tarafından geliştirilmiştir. Bir sözleşme yerine tek taraflı bir beyandan bahseden SIEYES'e göre “*millet bu beyanla, bireyin ve vatandaşın doğal haklarını korumak için 'kurduğu' farklı iktidarların yetkilerinin sınırlarını belirler*”.<sup>110</sup> Bir başka deyişle yazar, en baştaki millet iradesinin daha sonraki iktidarlara sınırlayabilmesini sağlayan yetkiyi, asıl egemenin “beyanı oluşturanlar” olduğu düşüncesinde bulur. Bu, günümüzdeki aslı kurucu iktidar – türev kurucu iktidar çatışmasına da hâlâ ışık tutan bir düşüncedir.<sup>111</sup>

Ancak SIEYES'in düşüncesinin Devrim yıllarında hayata geçmesi mümkün değildir; çünkü “*kuvvetler ayrılığının olmadığı yerde anayasa da yoktur*” diyen İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi nedeniyle yargı yasamanın işlemlerine müdahale edemez. Bu nedenle de kurucu iktidarın kurulmuş iktidarlara üstünlüğünün güvencesi oluşamaz. İfade ettiğimiz üzere SIEYES'in bu güvenceyi sağlamak adına yaptığı “Anayasa Jürisi” önerisi Fransa Millet Meclisi'nde reddedilmiştir. Ancak Fransız rahibin bu düşüncesi Avusturyalı hukukçu Hans KELSEN'in hukuk düzenini hiyerarşik olarak yapılandırmasıyla hayata geçebilmiştir.

KELSEN, 1925'te yazdığı *Allgemeine Staatslehre (Devletin Genel Teorisi)* adlı eserinde hukuku normatif bir hiyerarşi olarak yapılandırdığı bir teori geliştirmiştir. ROUSSEAU'nun *genel irade*'si KELSEN'de *devletin kolektif iradesi* olarak karşımıza çıkar ve yazar bu iradenin derecelenerek aşığı doğru inen bir yapısı olduğunu iddia eder. Bu yapının en tepesinde ulusal hukukların dayanağı olan uluslararası hukuk bulunur. Ulusal hukukta ise en başta; hukuk düzeninin temeli,

<sup>109</sup> Jean-Jacques ROUSSEAU, *Contrat Social ou Principes du Droit Politique précédé de Discours, Lettres a D'Alembert sur les Spectacles et suivi de Considérations sur le Gouvernement de Pologne et la Réforme Projetée en Avril 1772*, Garnier Frères, Paris, (basım tarihi belirtilmemiş), ss. 363-376.

<sup>110</sup> TURPIN, *Contentieux...*, s. 24. Vurgu bize aittir.

<sup>111</sup> Osman CAN, Kurucu İktidar Anayasa ve Bekçi adlı eseri boyunca türev kurucu iktidarın “kurucu” olması sebebiyle “kurulu” bir iktidar olmadığını ifade etmekte ve bu nedenle sınırlanamaz olduğunu iddia etmektedir. Ancak SIEYES'in de belirttiği gibi türev kurucu iktidar, kurulu bir iktidardır ve sınırlıdır. Türev sıfatı almış olması da zaten bunu ifade etmektedir. Kurucu niteliğinin tek sebebi anayasada değişiklik yapma yetkisinin bulunmasından kaynaklanmaktadır. Ancak bu durum sınırsız bir yetkiye sahip olduğu anlamına gelmez.

devletin kaynağı ve belirli bir zamandaki siyasal güçlerin dengesinin hukuksal olarak ifade edildiği ilke olarak tarif edilen anayasa yer alır. Anayasayla maddî sonuç doğuran idarî işlemler arasında ise yasalar ve tüzükler vardır. KELSEN'in üst üste yerleştirdiği normlardan her biri kendinden üstte olanın uygulaması, kendinden altta olanın da kaynağıdır. Her normun hukuken geçerliliği, kendinden üstte olana uygunluğuyla mümkündür. Bu yapılanma, yasaların anayasaya uygunluğunun denetiminin de kaynağını oluşturur.<sup>112</sup>

KELSEN'in düşüncesinin özellikle kıta Avrupa'sında yayılması ve uygulamada egemen düşünce haline gelmesi çok uzun sürmemiştir. II. Dünya Savaşı'nda parlamento işlemlerinin anayasallık denetimine tâbi tutulmamasının nasıl korkunç sonuçlar doğurabildiğinin çok acı bir şekilde görülmesinin ardından bir dalga olarak çok sayıda ülkede anayasa mahkemesi kurulmuş ve normlar hiyerarşisi gerçek anlamda hayat bulmuştur.

(2) Anayasanın üstünlüğünün güvencesi olarak anayasa mahkemelerinin ortaya çıkışı

Demokratik devletleri anayasa mahkemesinin kuruluşuna götüren soru şudur: Yasama organının, yasa yaparken, vatandaşların bir toplum olarak yaşamak için üzerinde anlaştıkları kurallara uyması nasıl sağlanabilir? Bu soruya anayasacılık, yasama organını anayasaya saygı yükümlülüğü altına sokmak gerektiğini söyleyerek cevap vermektedir. Çünkü anayasal kural tek ve gerçek egemenin iradesini ifade eder<sup>113</sup> ve Michel TROPER'in dediği gibi “*anayasa bağlayıcıdır ve onu yapan insanlar öldükten sonra da bağlayıcı olmaya devam eder.*”<sup>114</sup> Ancak bu düşünceye çok uzun bir yazın ve tartışma sürecinin ardından varılabilmektedir.

Normlar hiyerarşisi içinde anayasaların üstünlüğü ilkesinin kabulü, bunun rasyonel bir sonucu olarak bu hiyerarşiye uygun normların tesis edilip edilmediğinin denetimi sorunu ve nihayet bu denetimin hangi organ tarafından yapılacağı sorusu

<sup>112</sup> TURPIN, *Contentieux...*, s. 25.

<sup>113</sup> Philippe BLACHER, *Contrôle de Constitutionnalité et Volonté Générale*, PUF, Paris, 2001, s. 65.

<sup>114</sup> Michel TROPER, “Le Concept de Constitutionnalisme et la Théorie Moderne du Droit”, *in Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel: la France et les Etats-Unis*, sous la direction de Terence MARSHALL, La Garenne-Colombes, Ed. de l'Espace européen, 1992, s. 206.

19. yüzyıl anayasacılık hareketlerinin en temel meseleleri olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>115</sup> Halkın seçtiği temsilcilerden oluşan ve “millî iradeyi” oluşturduğu kabul edilen parlamentoların temel işlemi olan kanunların, kendilerinden üstün bazı kurallara uygun olması gerektiği fikri kolay kabul edilmemiştir. Bu fikrin hayata geçmesi için en önemli araçlardan biri anayasa mahkemelerinin kurulması olmuştur. Zira anayasanın yasalardan üstünlüğünün bir yaptırıma bağlanmamış oluşu, parlamentoların anayasaya saygı gösterme zorunluluğundan kurtulmasına ve anayasa metinlerinin yumuşaklaşmasına neden olmaktadır.<sup>116</sup> Bu da, kağıt üzerinde ifade edilen anayasa üstünlüğünün fiiliyata geçememesine yol açmaktadır. Ancak bu durumda parlamentonun gerçekten sınırlandığından söz etmek mümkün değildir. Zira sınırın aşılması halinde herhangi bir yaptırım uygulamak imkânı bulunmamaktadır.

Günümüzde artık anayasanın üstün norm olduğu ve anayasaya aykırı kanunların denetlenip iptal edilmesi gerektiği genel kabul görmektedir. Öyle ki, yasanın üstünlüğü düşüncesinin kalesi konumundaki Fransa’da dahi 2008’de yapılan anayasa değişikliği ile artık yürürlüğe girmiş olsa bile anayasaya aykırı kanunların iptal edilmesi mümkün hale gelmiştir.

Bugünkü anlayışa göre anayasa, hukuksal olarak, kendi kendini var eden bir metindir.<sup>117</sup> Örgütlenme ve özgürlükler bakımından yeni kurallar ve kurumlar yaratmakla kalmaz; kendi varlığını ve sürekliliğini de bizzat kendi yaratır. Hukuk düzeninin bir parçası, hatta en üstün norm olduğunu kendi belirlemiştir. Hukuk düzeninin diğer normlarından farklı olarak değiştirilme usulüne, değişmezlik güvencelerine, anayasal denetimin kimin tarafından, nasıl yapılacağına ilişkin “kendi” kurallarını belirleyerek, “kendi” varlık ve süreklilik koşullarını da belirler.<sup>118</sup> Söz konusu varlık ve süreklilik koşullarına elbette değiştirilme usulü ve değişiklik yapılamayan maddeler de dahildir.

Yasa-merkezciliğin egemen olduğu 19. yüzyıldaki genel anayasal ilkelerin anayasa-üstünlüğünün egemen olduğu günümüze uyarlanmasına halen devam edilmektedir. Örneğin millet iradesini ve buna bağlı olarak millet iradesini yansıttığı

<sup>115</sup> Ece GÖZTEPE, “Anayasa Yargısı ve Demokrasi”, **Toplum ve Bilim**, S. 123, 2012, ss. 44-45.

<sup>116</sup> TURPIN, **Contentieux**..., s. 10.

<sup>117</sup> Niklas LUHMANN, **Das Recht der Gesellschaft**, Frankfurt am Main, 1995, ss. 472-473, aktaran: ODER, **Avrupa Birliği’nde**..., s. 50

<sup>118</sup> ODER, **a. g. e.**, ss. 50-51.

düşünülen kanunları üstün tutan ve bu nedenle anayasallık denetimi yapılmasının önündeki en önemli engellerden biri olarak görülen 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi artık “anayasanın üstünlüğünü sağlayan bir belge” olarak yorumlanmaktadır: Fransız hukukunun önemli isimlerinden George VEDEL’e göre Bildirge’nin 6. maddesinde yer alan “*yasa, genel iradenin ifadesidir*” hükmündeki yasa kavramı günümüzde anayasayı ifade etmektedir. Çünkü yazara göre “*1789-1791 yılları arasında ‘yasa’, bugün anayasayla özdeşleşen temel ilkeleri de barındıracak şekilde çok geniş ve hukuk düzeninin en üstünde yer alan bir kural olarak kabul ediliyordu.*”<sup>119</sup>

Somut metnin açıklığına rağmen yapılan bu yorumun, Bildirge’nin temel hak ve özgürlükleri koruma yönündeki amacıyla uyumlu olduğunu düşünmekteyiz. Zira 1789 Bildirgesi’ni kaleme alanların amacı kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin monark tarafından keyfî şekilde sınırlandırılmasını engellemektir. Bunun için koruma mekanizması olarak karar alma yetkisi halkın seçtiği temsilcilere devredilmiştir. Ancak tarihsel deneyimler göstermiştir ki, sırf egemenlik yetkisinin temsilcilere devredilmesi temel hak ve özgürlüklerin korunması için yeterli değildir. Çünkü parlamenter sistemin işleyişinde yaşanan değişiklikler ve özellikle disiplinli siyasal partilerin etkisi, seçimle gelen yeni monarkların çıkmasına neden olabilmektedir. İşte bu yüzden, Bildirge’nin bireyleri koruma hedefine, günümüzde, ancak parlamentoların da üstün norm olan anayasa tarafından sınırlandırılmasıyla ulaşılabilir.

### (3) Anayasa üstünlüğünün temel amacı: İktidarın denetlenmesinin sağlanması

Anayasanın üstünlüğü, liberal dünya görüşünün temel ilkelerinden biri haline gelmiştir<sup>120</sup> ve temel amacı iktidarın sınırlandırılması ve konulan sınırlara uyup uymadığının denetlenmesidir. Ancak iktidarın denetlenmesinin kökenleri anayasa kavramının dahi oluşmadığı tarihlere kadar gitmektedir. Örneğin Fransa’da “kraliyetin temel yasaları” kavramı kralların dahi uymak zorunda olduğu yasaları tanımlamaktadır. Osmanlı İmparatorluğu’nda da benzerlerine rastlanan bu yasalar,

<sup>119</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, s. 66.

<sup>120</sup> TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, s. 165.



tahtın varisinin belirlenmesinde olduğu gibi egemen gücü de bağlaması beklenen yasalardır. Tanrıdan veya eşyanın tabiatından kaynaklandığı düşünülen bu tür yasalar son derece belirsiz olmasına karşın “tiranlığa başkaldırma hakkı” gibi önemli kuralları doğurmuştur. Dolayısıyla denebilir ki, henüz bir anayasa kavramının gelişmediği dönemlerde bile, iktidarın sınırlanması amacıyla bazı üstün normlar kabul edilmiş ve iktidara dayatılmıştır.

*(a) Keyfiliğe karşı güvence olarak anayasa kavramı*

Anayasa hukuku açısından keyfilik “kuralların, sınırların, tanımların yokluğu; tek kelimeyle, belirli olan her şeyin yokluğudur”.<sup>121</sup> Söz konusu yokluk içerisinde karar alma gücünü elinde bulunduran kişi sınırsız ve denetimsiz şekilde hareket etme özgürlüğüne sahiptir. Ancak bu, birey hak ve özgürlüklerinin yaşayabilmesi için elverişli bir ortam değildir. Hak ve özgürlük savunucularının alt etmesi gereken ilk düzen işte bu keyfilik düzeni ve araçları da anayasa olmuştur.

1789 Fransız Devrimi’ni gerçekleştirenlerin anayasayla ilgili düşünceleri o dönemin siyasal şartlarından ve mutlakiyetle ilgili analizlerinden etkilenmiştir. Devrim’in oluştuğu ortamı yaratan en önemli yazarlardan olan ROUSSEAU’ya göre Prens’in keyfiliği, hareket imkânlarını sınırlayan kuralların olmamasından kaynaklanmaktaydı ve buna bir son vermek için bir metinde, herkes için bir kez siyasal iktidarın kullanım şartlarının tanımlanması yeterliydi. Böylece anayasa, içinde siyasal hayatın cereyan ettiği değiştirilemez çerçeveyi belirleyen dokunulamaz, kutsal bir metne dönüşüyordu; ve nihaî güvenlik hissini daha da güçlendirmek için, ilk seneler için tüm değişiklikleri yasaklayarak ve sonrasında da zorlaştırarak metin kapatılıyordu.<sup>122</sup> Görüldüğü üzere anayasa, en başta, sınırsız iktidarı sınırlayıcı ve bu yolla keyfiliği engelleyici bir metin olarak düşünülmüştür. Egemenliğin monarktan (ROUSSEAU’nun örneğinde, Prens’ten) alınarak başka bir organa verilmesi işlevinde bir değişikliğe neden olmamalıdır. Zira yukarıda

<sup>121</sup> Benjamin CONSTANT, **De la Force du Gouvernement Actuel et la Nécessité de S’y Rallier. Des Reactions Politiques. Des Effets de la Terreur** (Philippe RAYNAUD’nun önsözüyle), Flammarion, Paris, 1988, s. 141.

<sup>122</sup> Dominique ROUSSEAU, “Une Résurrection: La Notion de Constitution”, **Revue du Droit Public (RDP)**, no. 1, 1990, s. 15.

bahsettiğimiz üzere, önemli olan birey hak ve özgürlüklerinin iktidarı kullanan organa karşı korunmasıdır. İktidarın kim olduğu önemli değildir.

Ancak CONSTANT'ın belirttiği gibi, “özgürlük aşkı içerisinde iyi niyetle hareket etmiş olsalar da halkın egemenliğini sınırsız bir güç olarak kabul edenlerin hatası siyasal olarak fikirlerini oluşturma biçimlerinden kaynaklanmaktadır. Tarihe baktıklarında, küçük bir grubun veya tek bir kişinin muazzam bir gücü elinde bulundurduğunu ve büyük kötülükler yaptığını görmüşler ancak kızgınlıklarını gücün kendisine değil de gücü elinde bulunduranlara yönlendirmişlerdir. Onu yok etmek yerine, sadece yerini değiştirmeyi düşünmüşlerdir”.<sup>123</sup> Çünkü, monarktan alınan egemenliği kullanma yetkisinin milletin vekilleri aracılığıyla kullanılmasının kendiliğinden hak ve özgürlüklerin yaşayabilmesi için güvenceli bir alan oluşturacağı sanılmıştır. Oysa egemenliği kullanan tüm organların, sınırlanmamaları halinde, bir gün keyfi hareket etme ihtimali bulunmaktadır. Bu durum, tarihî olaylarla ampirik olarak kanıtlanmıştır.

Bu nedenle, yukarıda bahsettiğimiz ROUSSEAU'nun anayasaya yüklediği bu anlam, LOCKE ve MONTESQUIEU'nün düşüncesinin bir ileri aşamasını oluşturmaktadır. Onlar, aynı amaçla, egemenliği kullanan erkleri ayırmayı düşünmüştür. LOCKE yasama ve yürütme, MONTESQUIEU ise yasama, yürütme ve yargı arasında bir ayırım yapmış<sup>124</sup> ve bu şekilde bir erkin, diğer erk için sınır teşkil etmesini sağlamaya çalışmışlardır. ROUSSEAU, bu ayırımı anayasa yoluyla kurumsallaştırma gayretindedir. Her üç düşünür de, devlet yönetiminde keyfiliğin değil, kanunların hâkim olması gerektiğini beyan etmişler, kuvvetler ayrılığı ilkesi ile yönetimde kanuniliğin hürriyetler açısından bir garanti teşkil ettiğini ortaya koymuşlardır.<sup>125</sup> Zira bu üç yazarın da amaçladığı nihai hedef mutlak iktidara karşı özgürlüktür ve keyfilik özgürlüğün önündeki en büyük engeldir.

Keyfilik konusuna anayasa kavramının varlığı üzerinden yaklaşan Benjamin CONSTANT'a göre ise “bütün anayasalar güvensizlik belgeleridir: çünkü eğer iktidarın haklarımızı gasp etmeyeceğini düşünseydik ne anayasaya, ne meclise, ne de

<sup>123</sup> Benjamin CONSTANT, *Ecrits Politique, Textes Choisis, Présentés et Annotés par Marcel GAUCHET*, Gallimard, Paris, 1997, s. 312.

<sup>124</sup> Buna karşın MONTESQUIEU söz konusu ayırımı açıkladığı *L'Esprit des Lois* adlı eserinin hiçbir yerine “ayırım” kelimesini kullanmamıştır.

<sup>125</sup> Hasan TUNÇ, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, Yetkin, Ankara, 1997, s. 27.

*bağlayıcı yasalara ihtiyacımız olurdu.*"<sup>126</sup> Fransız anayasacılığının önemli ismi CONSTANT'ın bu sözü anayasanın, iktidarın sınırlanması için tasarlanmış bir araç olduğunu ortaya farklı bir açıdan ve fakat çok açık bir şekilde koymaktadır.

CONSTANT'ın takipçilerinden GUYOT da tüm çağdaş anayasaların ortak niteliğinin bireyleri sosyal iktidarın keyfiliğinden korumak olduğunu düşünmektedir. Yazara göre, "bu sosyal iktidar bir kişi tarafından temsil edilebileceği gibi meclisler aracılığıyla da temsil edilebilir".<sup>127</sup> Dolayısıyla anayasa, yalnızca tek bir kişinin iktidarının keyfiliğine karşı değil, halkın temsilcilerinden oluşmuş olsa da meclislerin keyfiliğine karşı da bir koruma sağlamalıdır. Zira monarklar gibi meclisler de, meclis çoğunlukları aracılığıyla, baskının ve hak ihlallerinin kaynağı haline gelebilir.

GUYOT, Fransa'ya göç edenlerin kendilerini 1789 Fransız Devrimi'nin bireysel özgürlükleri koruyan ilkelerine bağlı hissetmesini, söz konusu ilkelerin Fransa kamu hukukunun *yok edilemez* temeli olduğuna yönelik inançlarına bağlarken, kendisi de, bugünkü Fransa Anayasası'nın bir parçası olan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nin değiştirilemez nitelikte olduğunu kabul etmiş olmaktadır.<sup>128</sup> Bir başka deyişle GUYOT, hak ihlallerinden muzdarip olan kişilerin göç edecekleri yer olarak Fransa'yı seçmelerinin nedeninin, bu topraklarda insan haklarının değişmez bir ilke olmasından ve keyfî olarak ihlal edilmeyecek olmasına yönelik inançtan kaynaklandığına işaret etmektedir.

*(b) Anayasanın parlamenter çoğunluğa karşı korunması ihtiyacı*

Anayasaların iktidarlara sınırlayan bir metin olduğunun toplumsal kabul görmeye başlamasıyla birlikte "anayasanın ihlal edilmesi" kavramı ortaya çıkmıştır. Egemenlik yetkileri anayasa ile sınırlanan iktidarlara keyfî yönetimlerini devam ettirmek istedikleri ölçüde anayasayı ihlal eder konuma gelmiştir. Dolayısıyla ortaya,

<sup>126</sup> Benjamin CONSTANT, **Discours, Chambre des Députés, 2 mai 1828 in Archives Parlementaires**, 2<sup>e</sup> série, t. 53, s. 614, aktaran: Jean-Pierre AGUET, "A la Veille de 1830: Benjamin Constant, Journaliste et Député dans le Feu de l'Action", in **Coppet, Creuset de l'Esprit Libéral. Les Idées Politiques et Constitutionnelles du Groupe de Mme. De Staël. Colloque de Coppet, 15 et 16 mai 1998**, sous la direction de Lucien JAUME, Aix-en-Provence & Paris, PUAM-Economica, 2000, s. 102.

<sup>127</sup> Yves GUYOT, **La Tyrannie Collectiviste**, Les Belles Lettres, Paris, 2005, s. 172.

<sup>128</sup> GUYOT, a. g. e. Vurgu bize aittir.

yöneticiler ve yetkileri ile vatandaşlar ve hakları arasında bir çatışma çıkmıştır. Yöneticilerin ayrıcalıklarının giderek artması ve buna karşın vatandaşların haklarıyla sınırlanmaları, müphem ve teamülî anayasalar yerine yazılı, kesin ve resmî anayasaların hazırlanmasını gerekli kılmıştır.<sup>129</sup> Bu nedenle TANÖR haklı olarak anayasaların katılığı ile anayasaların üstünlüğü ilkesi arasında karşılıklı bir bağ olduğunu ifade etmektedir. “*Katılık, anayasaların üstünlüğünün hem nedeni, hem de sonucudur. Anayasalar, nitelikleri (içerikleri, özleri) gereği üstün kurallar içerdikleri için katılaştırılırlar, katılaştırıldıkları için de üstünlükleri pekişmiş olur.*”<sup>130</sup> Değişmez maddeler, anayasaların üstünlüğü ilkesi çerçevesinde anayasanın özünü yansıtan en katı çekirdiğini oluşturmaktadır.

Bir kere anayasanın üstünlüğü kabul edilince hem anayasal ilkelerin pozitifleştirilmesi ve anayasa metnine dahil edilmesi süreci hızlanmış, hem de iktidarların gerçekleştirdiği anayasa ihlallerine karşı üstünlüğün ve katılığın güvence altına alınabilmesi için yaptırım mekanizmaları düşünölmeye başlanmıştır.

Avusturyalı hukukçu KELSEN, genel normların üretilme usulünü düzenleyen anayasanın, aynı zamanda bu normların içeriğini belirleyebileceğini de benimsemektedir. Sözelimi anayasa normları, bir genel normun yapılmasını zorunlu kılmaksızın, bu normun yapılması durumunda hangi içeriğe sahip olacağını öngörebilir. Bir başka olasılıksa, anayasanın belirli bir içeriğe sahip olan normların yapılmasını yasaklamasıdır. Bu noktada KELSEN, içeriğe ilişkin anayasa normlarının etkili olabilmesi için anayasanın biçimsel olarak, yasalardan farklı olması gereğine; açıkça, “katı anayasanın” önemine dikkat çekmektedir. “*Katı anayasa, ‘yasa biçimi’ yanında ‘özgül bir anayasa biçiminin’ varlığının belirtisidir. Anayasanın öngördüğü yasakların etkili olabilmesi içinse, şu iki yoldan birinin varlığı gereklidir: Anayasaya aykırı yasanın yapım sürecine katılanların kişisel sorumluluğuna başvurulabilmesi ya da anayasaya aykırı yasaların ortadan kaldırılması.*”<sup>131</sup> Bilindiği üzere, günümüzde, bu iki yöntemden ikincisi yaygın şekilde kabul edilmiştir. Yöntemlerden ilki ise, basit kanunlar için değilse de

<sup>129</sup> TURPIN, *Contentieux*..., s. 9.

<sup>130</sup> TANÖR, *İki Anayasa*, s. 148.

<sup>131</sup> Bertil Emrah ODER, *Avrupa Birliği’nde*..., s. 46.

değişmez maddeleri değiştiren anayasa değişikliğine ilişkin kanunlar için tartışılmaktadır.<sup>132</sup>

Anayasayla sınırlanan iktidarlar, anayasaya aykırı olarak çıkarttıkları kanunların mahkemeler tarafından iptal edilmesi üzerine, kullandıkları egemenlik yetkisi aracılığıyla bu sefer anayasayı değiştirme yöntemine başvurmuştur. Anayasa değişikliği, kamu güçlerinin, yapmak istedikleri reformların önüne anayasa mahkemeleri tarafından çıkartılan engelleri aşmak için kullandıkları yöntemlerden biri haline gelmiştir.<sup>133</sup> Anayasaya uygunluk denetimini aşamayan iktidarlar, çıkartmak istedikleri anayasaya aykırı kanunları anayasa değişikliği yoluyla hukuk sistemine dâhil etme yoluna gitmiştir. Ancak bu durum, kısa vadeli siyasal çözüm üretimi amacıyla anayasanın tutarsızlaşmasına, çelişkilere açık hale gelmesine ve buna bağlı olarak da meşruiyetinin kaybolmasına yol açabilmektedir. Bu durumu engellemek adına, anayasa tarihi boyunca, yasama ve yürütme erkine çeşitli sınırlamalar getirilerek anayasa “korunmaya” çalışılmıştır.

Anayasanın korunması fikri zaman içerisinde evrilmiş bir düşüncedir. Bunda temel hak ve özgürlüklerin parlamento ve hükümetler eliyle ihlal edilmesine ilişkin deneyimlerin etkili olduğu düşüncesindeyiz. Anayasanın korunması amacıyla oluşturulmuş tarihteki ilk organ Fransa’da VIII. yıl Anayasası’yla kurulan ve esas amacı Anayasa’nın bekçiliğini yapmak olan *Koruyucu Senato*’dur. Anayasa’nın 21. ve 37. maddeleri söz konusu Senato’ya mahkemelerin, hükümetin veya yasamanın anayasaya aykırı işlemlerini iptal etme yetkisi tanımaktadır.<sup>134</sup> Kurumun yargı organı içinde düşünülmediği derhal göze çarpmaktadır. Bunun nedeni anayasanın siyasal bir metin olarak görülmesidir. Zaten bu yüzden söz konusu maddeler Anayasa’nın “mahkemelere karşı dahi” korunmasından bahsetmektedir.

Carl SCHMITT ise, anayasanın Koruyucu Senato gibi bir organ tarafından korunmasını gerek olmadığını iddia ederek koruma mekanizmasını anayasaya içkinleştirmiştir. Bunun için de anayasanın içerisinde, diğer anayasa maddelerinden daha da korunaklı çekirdek bir alan olduğu fikrini ortaya atmıştır. Yazar, “anayasa” (*Verfassung*) ile “anayasayal yasa” (*Verfassungsgesetz*) arasında ayırım

<sup>132</sup> Bknz: GÖZLER, *Le Pouvoir de Révision Constitutionnelle*, t. II, Presses Universitaires de Septentrion, 1995, Villeneuve d’Ascq, 1997, ss. 403-448.

<sup>133</sup> CANEDO, “L’Histoire d’Une...”, s. 770.

<sup>134</sup> ESMEIN, *Eléments de...*, s. 537.

yapmaktadır.<sup>135</sup> Bunlardan ilkinin yani “anayasa”nın politik birliğin biçim ve tarzı hakkında verilen bütüncül bir karar anlamına geldiğini, buna karşılık “anayasal yasa”nın ön koşul olarak anayasayı şart kıldığını ve ancak anayasaya dayalı olarak geçerli olacağını belirtmektedir. Yazara göre Weimar Anayasası demokrasiyi, cumhuriyeti, federal yapıyı ve yasama ve yürütmede ilke olarak parlamenter temsili esas almış ve hukuk devletini temel politik karar olarak benimsemiş ve normlaştırmıştır. Bu tür normlar anayasanın özünü oluşturmakta ve “anayasal yasa” olmanın üstünde bir nitelik taşımaktadır. Bunlar anayasa değişikliğine konu olamaz. Anayasa değişikliği ancak “anayasal yasa” üzerinde yapılabilir. Bu anlamda “anayasa koyuculuğu” ile “anayasa değişikliği” kavramlarını birbirinden ayırmak gerektiği gibi, kurucu meclisle olağan parlamento arasında da bir ayrım yapmak gerekmektedir. Weimar Anayasası’nın 76. maddesi anlamında anayasayı değiştirme, ancak “anayasal yasanın” belirli maddelerini değiştirme anlamına gelir. Bu da anayasanın bir bütün olarak kimliğini ve sürekliliğini (*Identität und Kontinuität*) korumak koşulu ile yapılabilir.<sup>136</sup> Dolayısıyla değişmez maddeler bir anayasanın kimliğini ortaya koyan ve sürekliliğini sağlayan temel maddelerdir. Değiştirilememelerinin altında bu mantık yatmaktadır.

Nitekim yine aynı örnek üzerinden gitmek gerekirse, 1949 tarihli Federal Almanya Anayasası’nı hazırlayanların temel amacı Weimar Anayasası döneminde yaşanan olumsuz deneyimi –Anayasa 1920-1932 yılları arasında özünü etkileyen 8 değişikliğe maruz kalmıştır- anayasa değişikliği iktidarının etkisinin ötesinde kalan temel ilke ve değerlerin bulunduğu bir anayasal sistem yaratmak olmuştur.<sup>137</sup> Dolayısıyla anayasa-koyucunun değişmez maddeleri belirlerken asıl gayesini, Anayasa’nın özünün ve temel ilkelerinin ileride oluşacak parlamento çoğunluklarına karşı korunması teşkil etmiştir.

Koruma mekanizmasının ana unsuru elbette ki anayasa mahkemeleridir. Otto BACHOF’a göre özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında kabul edilen anayasalar

<sup>135</sup> SCMITT, *Théorie de la...*, s. 151.

<sup>136</sup> Dietrich MURSWIEK, “Ungeschriebene Ewigkeitsgarantien in Verfassungen” (10.11.2008 tarihinde Bilkent Üniversitesi’nde düzenlenen toplantıya sunulan yayımlanmamış bildiri), <http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers/murswiek/ewigkeitsgarantie> (21.08.2012 tarihinde ziyaret edildi.), s. 10, aktaran: SAĞLAM, “Anayasa ve...”, s. 586.

<sup>137</sup> Nicholas NOHLEN, “Germany: The Electronic Eavesdropping Case”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, no. 4, October 2005, <http://icon.oxfordjournals.org/content/3/4/680.full.pdf+html> (21.08.2013 tarihinde ziyaret edildi.), ss. 683-684.

yasama organına karşı anayasa mahkemesine, anayasanın koruyucusu olarak olağanüstü yetkiler tanımıştır. Anayasa mahkemeleri anayasanın bekçiliğini yaparken aynı zamanda toplumsal bütünleşmeyi de sağlayacaktır.<sup>138</sup> Toplumsal bütünleşmenin en önemli unsurlarından biri de elbette toplumsal sözleşmenin temel ögesi konumundaki değişmez maddelerdir.

Buradan çıkan sonuç, KELSESEN öğretisindeki “temel norm” kavramının SCHMITT’in bakış açısıyla, yani anayasanın çekirdeği olarak algılanması halinde, söz konusu değişmez maddelerin devletin kuruluşuyla özdeşleşmesidir. Dolayısıyla temel normdaki değişikliği yansıtan anayasa değişiklikleri, aynı zamanda yeni bir devletin<sup>139</sup> varlığının da habercisidir.<sup>140</sup> Zira devletin ve hukuk düzeninin kimliğini değiştiren anayasa değişiklikleri bir kesilme/kırılmaya yol açtığından artık carî hukuk düzeninin dışına çıkmış ve yeni bir devlet düzeni kurulmuş olur.<sup>141</sup> Eğer parlamenter çoğunlukta değişmez maddelerin değiştirilmesine yönelik bir irade mevcut ise bunun hayata geçebilmesi için mevcut anayasanın kurduğu devlete son verilerek, yepyeni bir anayasanın kurduğu yepyeni bir devletin inşa edilmesi gerekir. Eğer bu yapılmayacaksa anayasa mahkemesinin görevi, mevcut anayasal düzenin temellerini, bir başka deyişle değişmez maddeleri parlamento çoğunluklarına karşı korumaktır.

### *b. Değişmezlikle ilgili güncel tartışmalar*

Günümüzde değişmez maddelerle ilgili tartışmalar iki eksen de yoğunlaşmaktadır: Anayasa maddeleri arasında bir hiyerarşi olup olmadığı ve değişmezliğin bir anayasa-üstülük yaratıp yaratmadığı.

<sup>138</sup> Otto BACHOF, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, Tübingen, 1951, ss. 7-11, aktaran: Mehmet TURHAN, “Anayasa Aykırı Anayasa Değişiklikleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXXIII, S. 1-4, 1976, s. 63.

<sup>139</sup> Bu çalışma kapsamında “devlet” kavramı, Kelsen’ci bir bakış açısıyla, “anayasayla kurulan hukuksal düzen” olarak algılanmıştır.

<sup>140</sup> Bertil Emrah ODER, *Avrupa Birliği’nde...*, s. 48.

<sup>141</sup> Hans KELSESEN, *Allgemeine Staatslehre*, J. Springer Vlg., Berlin, 1925, s. 249, aktaran: CAN, *Kurucu İktidar...*, s. 85.

## (1) Anayasa maddeleri arasındaki kademelenmenin dayanakları

Anayasanın değişmez maddeleri, anayasallık bloğu adı verilen<sup>142</sup> bütünün bir parçasıdır. Yazılı (anayasalar, insan hakları bildireleri, vb.) ve yazısız (hukukun genel ilkeleri, uluslararası hukuk kuralları, vb.) hukuk normlarından oluşan söz konusu blok, kanunların Anayasaya uygunluğunun denetiminde referans olabilme özelliğine sahiptir. Anayasallık bloğu içerisinde yer alan kurallar arasında genelde eşitlik olduğu varsayılır. Bir başka deyişle, blok içerisinde yer alan normlar arasında bir kademelenmenin olmadığı düşünülür.<sup>143</sup> Buna bağlı olarak, birçok yazar tarafından anayasanın içindeki tüm normların da eşit anayasal değerde olduğu kabul edilmektedir.<sup>144</sup> Bu görüşe göre anayasa kurallarının hukuksal değerleri eşittir.<sup>145</sup>

GÖZLER de anayasaya şekli açıdan bakıldığında önemli olanın kuralların içeriğinin değil şekil olduğunu söyledikten sonra, bunun sonucunda, bir anayasada bulunan kuralların, kaynakları ne olursa olsun (asli kurucu iktidar veya türev kurucu iktidar), her zaman eşit değerde olduğunu iddia etmektedir. Yazara göre, “*zamansal farklılığın bir normun hukuksal değeri üzerinde hiçbir etkisi yoktur*”.<sup>146</sup> GÖZLER, iki norm arasında bir hiyerarşinin olması için, pozitivist teoriye uygun olarak, bir normun diğerinden kaynaklanması gerektiğini ve ancak bu durumda kaynağın kaynaklanana göre daha üstün olduğunu düşünmektedir. Buna karşın, anayasa maddeleri arasında böyle bir ilişki olmadığından ve hepsi aynı asli kurucu iktidardan kaynaklandığından dolayı, yazara göre, tüm anayasa maddeleri hukuksal olarak eşit seviyede kabul edilmelidir.<sup>147</sup> Ancak GÖZLER, bir yandan, aynı işlemle hayat bulan normların aynı değişiklik usulüyle değiştirilebilir veya kaldırılabilir olması gerektiğini iddia ederken, diğer yandan da türev kurucu iktidarın değişmez

<sup>142</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İÜ Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul, 1993. Ayrıca bkz: Pierre PACTET, Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, **Droit Constitutionnel**, 25<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 2006, ss. 79-80.

<sup>143</sup> Anayasallık bloğu içerisinde yer alan normların birbirleriyle çatışmaları halinde nasıl bir yol izlendiğine dair bkz: TURPIN, **Contentieux**..., ss. 77-81.

<sup>144</sup> Örnek olarak bkz: George VEDEL, “La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité”, in **La Déclaration des droits de l’homme et la jurisprudence**, PUF, 1989, s. 56; GÖZLER, **Le Pouvoir de...**, t. I, s. 314; YÜZBAŞIOĞLU, **Türk Anayasa Yargısında...**, s. 108.

<sup>145</sup> Cem EROĞUL, **Anayasayı Değiştirme Sorunu**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1974, s. 25; Roman HERZOG, “La Hiérarchie des Normes Constitutionnelles et sa Fonction dans la Protection des Droits Fondamentaux (Rapport Allemand)”, **Annuaire International de Justice Constitutionnelle (AIJC)**, VI-1990, 1990, s. 20.

<sup>146</sup> GÖZLER, **Le Pouvoir de...**, t. I, s. 28.

<sup>147</sup> GÖZLER, **a. g. e.**, s. 104.



maddelerle ilgili değiştirme yasaklarına uymak zorunda olduğunu savunmaktadır.<sup>148</sup> Fakat bu durumda, aynı aslı kurucu iktidardan kaynaklanmış olmasına rağmen anayasa normlarından biri veya bir kaçı, anayasada belirtilen anayasa değişikliği usulünün dışında tutulmuş olmakta ve bu da anayasa normları arasında hukuksal değer açısından bir fark yaratmakta değil midir?

Kanaatimizce, değişmez maddeler ve anayasanın diğer maddeleri arasında öncelikle bir kaynak farklılığı vardır. Değişmez maddeler, ancak ve ancak türev kurucu iktidardan hiyerarşik olarak daha üst konumdaki aslı kurucu iktidar tarafından belirlenebilir. Ancak anayasanın diğer tüm maddeleri –teorik olarak- türev kurucu iktidardan kaynaklanmış olabilir. Bu nedenle, aslı kurucu iktidar tarafından belirlenmiş olmasına karşın türev kurucu iktidar tarafından değiştirilebilecek olan maddeler arasında bir kademelenme olmadığı düşünülse dahi, türev kurucu iktidarın değiştirme yetkisinin dışında kalan maddelerin diğerlerinden üstün olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Nitekim, anayasa maddeleri arasında eşitlik olduğu fikrine katılmayan BEAUD da, aslı kurucu iktidarla anayasayı değiştiren iktidarın konuları ve içerikleri itibariyle farklı olmasının, bir anayasadaki değişmez ilkeler ve değiştirilebilir maddeler arasında bir hiyerarşi yarattığını düşünmektedir.<sup>149</sup>

Ancak değiştirilemez maddelerin varlığı anayasa maddeleri arasında ikili bir hiyerarşi sorunun cevaplanmasını gerektirir. Bunlardan ilki, değiştirilemez maddelerle anayasa değişiklikleri arasındadır. Eğer “anayasaya aykırı anayasal normların” varlığı kabul edilirse, bunun doğal sonucu olarak, anayasa normlarının hiyerarşide farklı seviyeler işgal ettikleri de teorik olarak kabul edilmelidir. Zira değişmezlik, bir anayasanın bazı ilke ve kurallarının anayasanın diğer kurallarına şeklî anlamda üstünlüğü ile birlikte maddî üstünlüğü sonucunu da doğurmaktadır.<sup>150</sup> Ancak uygulamada bu, anayasanın ilk kabul edildiği andaki maddeleri için değil, ancak daha sonra değişiklik yapan kanunlar için geçerli olabilir.<sup>151</sup> Bir başka ifadeyle, aslı kurucu iktidarın belirlediği normlar arasında bir “aykırılık” sorunu olamaz. Çünkü, kural olarak, anayasa kuralları arasında, birinin diğerini geçersiz

<sup>148</sup> GÖZLER, a. g. e., s. 92.

<sup>149</sup> BEAUD, *La Puissance...*, s. 364.

<sup>150</sup> YÜZBAŞIOğLU, *Türk Anayasa Yargısında...*, s. 109.

<sup>151</sup> HERZOG, “La Hiérarchie...”, s. 20.

kılacağı boyutta mutlak bir altlık-üstlük ilişkisi söz konusu olamaz.<sup>152</sup> Ancak türev kurucu iktidarın kabul ettiği anayasal normlardan bazılarının değişmez maddelere aykırı olması mümkündür. Bunlar “anayasaya aykırı anayasal normlardır” ve iptal edilmeleri gerekir.

Anayasa değişikliklerinin içerik açısından denetlenmesi, ikinci bir hiyerarşi sorunu daha yaratır. O da, anayasa içerisinde maddî bir kademelenmenin olup olmadığı sorunudur. Şayet bazı maddeler değiştirilemiyorsa, anayasa yargıcı iki anayasal norm kategorisi arasında normatif bir derecelendirme uyguluyor demektir: Anayasa'nın değiştirilemeyen birinci derecedeki normları ve bir anayasa değişikliğiyle değiştirilebilen, tamamlanabilen veya kaldırılabilen ikinci derecedeki normları.<sup>153</sup> Ancak kanaatimizce bu ikinci ayırımın pratik sonucu anayasa maddesinin iptali olamaz. Zira, yukarıda belirttiğimiz gibi, aslî kurucu iktidar tarafından belirlenen birinci derecedeki ve ikinci derecedeki normlar arasında bir aykırılık olduğu kabul edilemez. Zira bir karine olarak, anayasa kendi içinde çelişki barındıramaz. Kanaatimizce, bu ikinci hiyerarşi sorunu çerçevesinde, anayasanın birinci ve ikinci derecedeki normları arasında çelişki bulunması halinde, ikinci derecedeki normun birinci derecedeki norma uygun şekilde yorumlanması gerekir.<sup>154</sup>

Farklı bir görüş olarak, Almanya Federal Yüksek Mahkemesi'nin eski başkanlarından HERZOG, değişmez maddelerin varlığının mutlaka bir hiyerarşi yaratmadığı kanısındadır. HERZOG, bir normun değişmezlik niteliği nedeniyle üstün olduğu sonucunun zorunlu olarak ulaşılmaması gereken bir mantık olmadığını buna karşın, değişiklik yasağı nedeniyle, kurucu iktidarın söz konusu normlara özel bir önem verdiğini ve onlara farklı bir seviye bahsettiği fikrinin de göz ardı edilemeyeceğini düşünmektedir.<sup>155</sup> Buna karşın Yüksek Mahkeme eski başkanı, insan onuruna saygı ve onun korunmasının Almanya anayasa hukukunun en yüksek ilkesi olduğunu ve geri kalan tüm ilke ve normların bu amaca tâbi olması gerektiğini ifade ederek<sup>156</sup> anayasal normlar arasında bir hiyerarşinin var olduğunu zımnî şekilde kendisi de kabul etmiştir.

<sup>152</sup> YÜZBAŞIOĞLU, *Türk Anayasa Yargısında...*, s. 111.

<sup>153</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, s. 124.

<sup>154</sup> YÜZBAŞIOĞLU, *Türk Anayasa Yargısında...*, s. 111.

<sup>155</sup> HERZOG, “La Hiérarchie...”, s. 20.

<sup>156</sup> HERZOG, a. g. m., s. 23.

Aynı şekilde Portekiz Anayasa Mahkemesi Başkanı CARDOSO DA COSTA da, anayasadaki değişmez maddelerin anayasa maddeleri arasında şekli bir kademelenme yaratmadığını, yalnızca anayasanın, bazı maddelerine özel bir seviyede koruma ve güvence getirdiğini veya özel bir hukuksal etkinlik tanıdığını düşünmektedir. Bu da, DA COSTA'ya göre, bildiğimiz anlamda bir hiyerarşi değil, olsa olsa içeriğe bağlı bir kademelenme olarak kabul edilebilir.<sup>157</sup> Ancak CARDOSO DA COSTA da, anayasanın bazı maddelerinin değiştirilebilir, bazılarının ise değiştirilemez olmasının neden bir kademelenme yaratmadığını açıklamamaktadır. Kanaatimizce, iki normdan biri, başka bir normla değiştirilebiliyorken diğeri değiştirilemiyorsa aralarında bir nitelik ve buna bağlı olarak da bir kademe farkı bulunmaktadır.

TURPIN de, anayasallık bloğunu oluşturan normlar arasında şeklen bir kademelenme olmasa da içerik açısından “tüm siyasal yapılanmanın amacı” olarak korunmasını işaret ettiği “kişinin doğal ve daimi hakları”nı en önemli katman olarak kabul eder.<sup>158</sup> Dolayısıyla yazar, anayasanın varlık nedeni olarak gördüğümüz temel hak ve özgürlüklerin keyfi şekilde ihlal edilmemesi amacını aynı zamanda anayasa normları arasında bir kademelendirme yapmak için de kullanmaktadır. Bu düşünce, halen yürürlükte olan 1949 Almanya Anayasası'nda insan onurunun değişmez ilke kabul edilmesinin teorik temelini de açıklamaktadır.

Anayasal normlar arasında bir kademelenme yapılabileceğini kabul eden YÜZBAŞIOĞLU da 1982 Türkiye Anayasası özelinde bu kademelenmeyi, ana hatlarıyla, yukarıdan aşağıya şu şekilde sıralamaktadır: “Başlangıç'taki ilkeler, Cumhuriyet'in niteliklerine ilişkin ilkeler, klasik haklara ilişkin Anayasa kuralları, sosyal ve ekonomik haklara ilişkin Anayasa kuralları, Anayasa'nın maddi anlamdaki diğer kuralları ve şekli anlamda Anayasa kuralları.”<sup>159</sup>

SCHMITT ise, yukarıda da belirttiğimiz üzere, bir anayasanın içerisindeki maddeler arasında “anayasayı teşkil edenlerle”, yalnızca “anayasal yasa” olanlar ayrımı yapmaktadır. Bu ayrıma göre anayasada temel siyasal kararları gösteren

---

<sup>157</sup> J. M. CARDOSO DA COSTA, "La Hiérarchie des Normes Constitutionnelles et sa Fonction dans la Protection des Droits Fondamentaux - Rapport du Tribunal Constiutionnel du Portugal", in **Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi (VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı – Ankara, 7-10 Mayıs 1990 – 3. Cilt)**, Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları, no. 18, (Yayın yılı ve yeri belirtilmemiş.), s. 329.

<sup>158</sup> TURPIN, **Contentieux...**, s. 87.

<sup>159</sup> YÜZBAŞIOĞLU, **Türk Anayasa Yargısında...**, s. 110.

maddeler anayasadır ve değiştirilemez. Diğer tüm maddeler, toplumun siyasi varlığının yapısını gösteren bu maddelerden türemiştir ve bunlar anayasaya yerleştirilmiş yasalardan ibarettir. Bu nedenle ihtiyaçlar doğrultusunda değiştirilebilirler.<sup>160</sup> Anayasa normları arasında hiyerarşi olamayacağı tezinden yola çıkan GÖZLER ise SCHMITT'in düşüncesini, “*anayasanın bazı maddelerinin özü oluşturduğu ve bu nedenle değişmez olduğu iddia edilirse anayasa normları arasında ister istemez bir hiyerarşi oluşturulacaktır*” diyerek kabul etmemektedir.<sup>161</sup> Ancak, kanaatimizce, SCHMITT'in amacının anayasa maddeleri arasında bir hiyerarşi yaratmak olduğu göz önünde bulundurulduğunda, GÖZLER'in pozitivist açıdan doğru olan eleştirisinin SCHMITT düşüncesinde hukuksal değeri bulunmamaktadır. Zira Alman yazarın gayesi, anayasada çekirdek değişmez bir alan yaratarak iktidarın devletin temel düzenine aykırı görülen düzenlemelerini engellemektir. Kanaatimizce, buradaki en büyük sorun, değişmez maddelerin açıkça belirtilmediği bir anayasanın özünün nasıl ortaya çıkartılacağıdır. Bu noktada anayasa mahkemesi yargıçlarının sınırsız bir yorum hakkı olmasının çalışmamızın ikinci bölümünde değineceğimiz yargıçlar hükümetine yol açma tehlikesine yol açabileceği göz ardı edilmemelidir.

## (2) Değişmez maddelerin anayasa-üstülüğü tartışması

Anayasa-üstülük, kuruculuk iktidarıyla donatılmış otoritenin dahi ne ilga edebildiği ne de değiştirebildiği normların niteliğidir<sup>162</sup>. Dolayısıyla anayasa-üstü normlar aslî kurucu iktidar ortaya çıkmadan önce, bir başka deyişle anayasadan önce de vardır. Bu nedenle anayasa-üstü normların anayasa metninin içerisinde bulunması mümkün değildir.<sup>163</sup> Bu kurallar yazılı olabileceği gibi yorum yoluyla elde edilen yazısız kurallar da olabilir.

Bazı yazarlara göre, bir anayasa değişikliğinin anayasallık denetiminin yapılması ancak anayasa-üstü bazı kuralların var olması halinde mümkündür.

<sup>160</sup> SCHMITT, *Théorie de la...*, s. 155.

<sup>161</sup> GÖZLER, *Le Pouvoir de...*, t. I, s. 360.

<sup>162</sup> George VEDEL, “Souveraineté et Supraconstitutionnalité”, *Pouvoirs*, no. 67, 1993, s. 80.

<sup>163</sup> Karşı görüş için bkz: Serge ARNE, “Existe-t-il des Normes Supra-Constitutionnelles?”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, no. 2, 1993, s. 461.

Örneğin TURPIN'e göre “*anayasa değişikliğine dair kanunların anayasallık denetimine tutulabilen normlar arasında yer alıp almadığı sorunu en başta mantıksız gözükebilir. İçerik açısından bakıldığında, öngörülen usul işlemlerine uyularak hazırlanmış bir hükmün değiştireceği başka bir hükmün denetimine sokulması mümkün olmamalıdır, meğer ki anayasanın belli bir bölümüne anayasa-üstü bir değer verilsin.*”<sup>164</sup>

Pozitivist yazarlar tarafından varlığı kabul edilmeyen anayasa-üstülük kavramının değişmez maddelerin bir niteliği olduğunun düşünülmesi halinde bu sefer değişmezlik kurumunun varlığını tartışmak gerekecektir. Ancak değişmezliğin hem pozitivist, hem de doğal hukukçu yazarlar tarafından benimsenmesi mümkün bir kavram olduğunu düşündüğümüzden, değişmez maddelerin neden anayasa-üstü olmadıklarını açıklamak üzere konuya ayrıntılarına girmeden değinme gereği duyuyoruz.

*(a) Anayasa-üstülük kavramı ve değişmez madde uygulamasındaki etkisi*

Anayasa-üstülük, aslî kurucunun veya anayasa yargıcının, kurallar kademelenmesinde mevcut anayasal düzenden daha üst seviyede bazı değerlerin var olduğuna dair açıklamasıyla oluşur. Bu hiyerarşiye saygı bütün değişiklikler için bir zorunluluktur. Anayasa-üstü değerde kuralların varlığının tanındığı hallerde uygunluk denetimi değişmez olduğu ilan edilmiş bu ilkeler ışığında gerçekleşir.<sup>165</sup> Anayasa-üstü kurallar hiyerarşik olarak anayasa normlarından üstün kabul edildiği için kanunların yanında anayasa değişikliklerinin de anayasa-üstü kurallara uygunluğunun denetlenmesi mümkün ve hatta zorunludur.

Aslî kurucu iktidar, aşağıda ayrıntısıyla ele alacağımız üzere, genelde, sınırsız bir yetki olarak kabul edilir. Hatta en önemli özelliği olarak hiçbir kuralla bağlı olmaması gösterilir. Ancak anayasa-üstülük kavramının varlığını kabul eden yazarlara göre anayasanın yaratıcısı olan aslî kurucu iktidarın bir sınırı varsa o da, - kendi yaratisıyla sınırlanamayacağına göre- ancak anayasa-üstü bir takım

<sup>164</sup> TURPIN, *Contentieux*..., ss. 96-97.

<sup>165</sup> Robert BADINTER, “Le Conseil Constitutionnel et le Pouvoir Constituant”, in *Libertés-Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, Paris, 1998, s. 223.

kurallardır.<sup>166</sup> Bu noktada karşımıza çıkan soru, anayasa-üstü kuralların nasıl ve kim tarafından belirleneceğidir. Cevap, genellikle, anayasa mahkemesi yargıcıdır.

Ancak bu noktada bir konunun altını çizmek gerekir. Anayasa yargıcı, anayasa-üstü normlarla anayasa arasında yaratılan hiyerarşiyi, anayasanın anayasa-üstü normlara uygunluğunu denetlemek için kullanamaz. Aksi takdirde anayasanın anayasa-üstü normlara aykırı hükümlerini iptal etmesi gibi bir sonuç ortaya çıkar ki bu, anayasanın koruyucusu konumundaki bir makamdan beklenemez. Anayasa mahkemeleri anayasa-üstü ilkeleri anayasanın geçerliliğinin temeli olarak değil, ancak, çoğunlukla, yorum yetkisinin uygulaması sırasında kullanır. Böylece anayasa metinlerini doğal hukuk, Cumhuriyet'in temel ilkeleri veya anayasanın ruhu "ışığında" yorumlarlar. Söz konusu anayasa-üstü ilkeler ya onlar tarafından anayasanın içinden çıkartılır ya da yaratılır.<sup>167</sup> Ancak tarihe baktığımızda anayasa mahkemesi yargıcının anayasa-üstü kuralları belirleyen tek organ olmadığı da görülmektedir.

Tarihî süreçte bazı yazarlar anayasa-üstülük teorisini açıkça desteklemiştir. Özellikle Fransa'da 1789 Devrimi sonrasında genel seçimler, millet egemenliği, kuvvetler ayrılığı ve yönetimin cumhuriyetçi yapısının anayasa-üstülüğü oluşturan dört kural olduğu düşünülmüştür.<sup>168</sup> Bunun bir yansıması olarak, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nin 16. maddesinde "*kuvvetler ayrılığının olmadığı bir ülkede anayasanın da olmadığı*" ifade edilmiştir. Böylece kuvvetler ayrılığı, bütün anayasaların uyması gereken anayasa-üstü bir kural halini almıştır.

Ancak ROBERT, anayasa-üstü hukuksal normlar kavramını mantıksal olarak kurulamaz, siyasal olarak tehlikeli bulmaktadır. "*Mantıksal olarak kurulamazdır; çünkü egemen bir kurucu iktidarın dıştan gelen bazı kurallara tâbi olduğunu kabul etmek bazı aşkın kuralların varlığını kabul etmek anlamını taşır. Ancak bu kuralların neye dayanarak aşkın olduğu açıklanamaz. Siyasal olarak tehlikeli olmasının nedeni ise, anayasa-üstülüğün, kuralları koymaya yetkili otoritenin bir seçim yapmış olduğunun kabul edilmesini gerektirmesidir. Ancak bunun parlamento mu yoksa*

<sup>166</sup> GÖZLER, *Le Pouvoir de...*, t. I, s. 87.

<sup>167</sup> Michel TROPER, *Pour une Théorie Juridique de l'Etat*, PUF, collection "Léviathan", Paris, 1994, s. 310.

<sup>168</sup> Jacques ROBERT, "La Forme Républicaine du Gouvernement", *Revue du Droit Public (RDP)*, no. 2, 2003, s. 363.

*anayasa mahkemesi mi olduğu tartışma konusudur. Biri oligarşiye, diğeri ise yargıçlar hükümetine yol açacaktır.”*<sup>169</sup>

PFERSMANN ise bir adım daha ileri giderek anayasa-üstülüğü hukuk bilimine bir tehdit olarak görmektedir: *“Anayasa-üstülük teorisi doğal hukukçuluğun rehabilitasyonunda bir adımdır; ancak dikkatlice bunu açıkça ifşa etmekten kaçınır. Hukuksal terminoloji görüntüsü altında siyasal ve ahlakî iddialarda bulunur.”*<sup>170</sup>

Anayasa-üstülük kavramının pratik sonuçlarına baktığımızdaysa, insan hakları gibi evrensel ilkelerin yanında farklı tür metinlerin de hukukçular ve anayasa mahkemeleri tarafından anayasa-üstü olarak kabul edildiği görülmektedir.

Louis FAVOREU, Fransa'nın 1946 ve 1958 Anayasaları'nda anayasa-koyucunun İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'ne ve millî egemenliğe bağlılığını açıklayarak bir anayasa-üstülük yarattığını iddia etmektedir. Çünkü kurucu iktidar dahi bunları ihlal edemez.<sup>171</sup> Böylece Fransa anayasa-koyucusu, yukarıda belirttiğimiz “Beyanname'nin 16. maddesindeki kuvvetler ayrılığı ilkesinin anayasa-üstülüğüne” ek olarak, Beyanname'nin bütünü de anayasa-üstü bir belge olarak kabul etmiş olmaktadır.

Maurice DUVERGER ise, anayasa-üstü kuralların temel kıstası olarak “kurucu iktidarların uymak zorunda olmasını” kabul ederek, Kurucu Meclisler'e dahi kendini dayatıyor olması nedeniyle Fransa'daki anayasa değişikliği usulünü düzenleyen 2 Kasım 1945 tarihli anayasa değişikliğini “anayasa-üstü” olarak nitelemiştir.<sup>172</sup> Ancak DUVERGER'nin bu nitelemesi, anayasa-üstü kuralların doğal olarak değiştirilemez olduğunu kabul eden Nguyen Quoc DINH tarafından eleştirilmiş ve söz konusu düzenlemenin bir kurucu halkoylamasıyla değiştirilebilmesi nedeniyle değiştirilemez olarak nitelendirilmesinin doğru olmadığı belirtilmiştir.<sup>173</sup> Dolayısıyla, bizim de katıldığımız görüşe göre, 2 Kasım 1945 tarihli anayasa değişikliği emredici olmakla birlikte anayasa-üstü olarak tanımlanmasına gerek olmayan bir düzenlemedir.<sup>174</sup>

<sup>169</sup> ROBERT, a. g. m., s. 364.

<sup>170</sup> Otto PFERSMANN, **Précis**, Dalloz, 2003, no. 120, aktaran: Henry ROUSILLON, **Le Conseil Constitutionnel**, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. “Connaissance de Droit”, Paris, 2008, s. 75.

<sup>171</sup> Louis FAVOREU, “Souveraineté et Supraconstitutionnalité”, **Pouvoirs**, no. 67, 1993, s. 71.

<sup>172</sup> GENEVOIS, “Les Limites d'Ordre...”, s. 914.

<sup>173</sup> Nguyen Quoc DINH, **La Loi Constitutionnelle du 2 novembre 1945 Portant Organisation Provisoire des Pouvoirs Publics**, RD Publ. 1946, s.70, aktaran: GENEVOIS, a. g. m., s. 914.

<sup>174</sup> GENEVOIS, a. g. m., s. 914.

FAVOREU, II. Dünya Savaşı öncesinde anayasa-üstülük kavramının yalnızca doğal hukuku kapsadığını ancak 1950'lerden sonra ve günümüzde de artan bir şekilde uluslararası hukuk, Topluluk hukuku ve Avrupa hukukundan aktarılmış pozitif hukuk normlarından bazılarının da bu sınıfa dâhil edildiğine işaret etmektedir. Yazar, farklı Avrupa devletlerindeki anayasa mahkemelerinin birbiriyle uyumlu içtihatlarından süzülen bir takım ortak ilkelerin de “anayasa-üstü ulus-ötesi norm” olarak kabul edilebileceğini düşünmektedir.<sup>175</sup> Nitekim gerçekten de, eski Doğu Bloğu ülkelerinin yeni anayasalarında, biraz da bir gün Avrupa Birliği'ne üye olunacağı düşüncesiyle, Avrupa değerlerine ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne uyumlu bir yazım süreci yaşanmıştır. Avrupa kamu düzeni ilkeleri aslî kurucu iktidarlar tarafından anayasa yazımı sırasında gözetilmiş ve bu şekilde anayasa-üstü bir konumda kabul edilmiştir.<sup>176</sup>

Değişmez maddelerin anayasa-üstülüğü tartışmasında bir diğer husus da, tarihsel süreç içerisinde, belli bir dönemde kabul edilmiş değişmez maddenin bir toplumsal gelenek haline gelerek anayasa-üstü konuma yükselmesidir. Burada, anayasa-üstü bir kural değişmez madde olmamakta, tersine, belli bir toplumun kabul ettiği farklı anayasalarda tekrarlanan bir veya birkaç değişmez maddenin anayasa-üstü konuma yükselmesi söz konusudur.

Örneğin, Fransa'da “yönetimin cumhuriyetçi yapısının değişiklik teklifi konusu yapılamayacağına” dair kuralın anayasa-üstü bir kural haline geldiği ve bundan sonraki aslî kurucu iktidarları da bağlayacağı düşünülmektedir. Tarihsel sürece baktığımızda, Fransa'nın III. Cumhuriyet Anayasası'nı oluşturan 1875 Anayasal Kanunları döneminde cumhuriyetçiler ve monarşistlerin çekişmesi uzun yıllara yayılmıştır. En sonunda Cumhuriyetçiler, 14 Ağustos 1884 tarihinde kabul ettirdikleri anayasa değişikliği yoluyla yönetimin cumhuriyetçi yapısının değiştirilemez olduğuna dair hükmü ve Fransa'da hüküm sürmüş kraliyet aileleri mensuplarının cumhurbaşkanı olmasına dair yasağı Anayasa'ya yerleştirmiştir. Görüldüğü üzere, yaratılan değişmez maddenin temelinde, o tarihteki siyasi rekabeti ortadan kaldırmak ve monarşinin yeniden hayat bulmasını engellemek yatmaktadır.

<sup>175</sup> FAVOREU, “Souveraineté et...”, s. 74.

<sup>176</sup> Levent GÖNENÇ, **Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries**, Brill Academic Publishers, Leiden, 2002, s. 369.



Ancak monarşi talebinin yok olduğu 1946 ve ardından da 1958 Anayasaları'nda, her ne kadar kraliyet aileleri mensuplarının cumhurbaşkanı olma yasağına dair ifade tekrarlanmamışsa da, yönetimin cumhuriyetçi yapısının değişiklik teklifi konusu yapılamayacağına dair hüküm korunmuştur. Bunun üzerine, Fransa doktrininde, hükmün edebî anlamının ötesine geçildiği ve kendisine anayasa-üstü bir seviye bahşedildiği dile getirilmiştir.<sup>177</sup>

Aynı durum Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları'nda Türkiye Devleti'nin bir cumhuriyet olduğuna dair hükmün değiştirilmesinin teklif dahi edilememesi kuralı için de geçerli sayılabilir. Cumhuriyet'in henüz kurulduğu ve monarşiye dönüş tehlikesinin halen devam ettiği yıllarda kabul edilen 1924 Anayasası'nın 102. maddesiyle başlayan bu gelenek, monarşiye dönüş tehlikesinin ortadan kalktığı 1961 ve 1982 Anayasaları'nda da sürdürülmüş ve cumhuriyetçi yapının değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceği kuralı tüm anayasalarda yer almıştır. Türkiye toplumunun yazacağı bundan sonraki anayasalarda da bu kuralın ve onun tamamlayıcısı konumundaki insan haklarına dayanma, laiklik, sosyal devlet ve hukuk devleti ilkelerinin anayasa-üstü ilkeler gibi algılanarak ihtiyarî bir bağlayıcılığa sahip olacağına yönelik güçlü bir izlenimimiz bulunmaktadır.

*(b) Değişmez madde ve ilkelerin anayasa-üstü olmamasının gerekçeleri*

Yürürlüğe girmiş ve dolayısıyla anayasanın bir parçası haline gelmiş bir anayasa değişikliğinin esas açısından denetlenebilmesi için ya anayasa-üstü bazı ilkelerin varlığının kabul edilmesi ya da anayasanın bazı normlarının hiyerarşik bakımdan diğerlerine göre daha üst düzeyde yer almış olduklarının benimsenmesi gerekir.<sup>178</sup> Aksi takdirde eşit seviyedeki iki normdan yeni olanın eski olana göre denetimi söz konusu olacaktır. Ancak bu durum, her değişiklik yapan düzenlemenin değişiklik yaptığı eski düzenlemeye aykırı olduğu gerçeği uyarınca, bütün anayasa maddelerine değişmezlik niteliği kazandıracığından anayasa mantığına aykırı bir sonuca yol açacaktır. Yukarıda açıkladığımız üzere kanaatimizce, anayasa

<sup>177</sup> GENEVOIS, "Les Limites d'Ordre...", s. 912.

<sup>178</sup> Erdal ONAR, **1982 Anayasası'nda Anayasayı Değiştirme Sorunu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1993, s. 133.

değişikliklerinin anayasallık denetimi, bir anayasa-üstülükten ziyade anayasa normları arasında var olan bir kademelenmeden kaynaklanmaktadır.<sup>179</sup>

(i) *Anayasa tarafından değişmez ilan edilen madde ve ilkelerin anayasa-üstü olmaması*

Fransa Anayasa Konseyi'nin "anayasa değişikliklerini denetleme yetkisinin Anayasa tarafından kendisine verilen yetkiler arasında sayılmadığını" ifade ettiği 26.03.2003 tarihli ve 469 DC numaralı kararını destekleyen MAILLARD DESGREES DU LOU, aksi yöndeki bir kararın Konsey'i bir anayasa-üstülük denetimine sürükleyeceğini belirtmekte ve bu düşüncesini Konsey'in "*kurucu iktidar anayasal değerdeki tüm hükümleri iptal edebilir, değiştirebilir veya tamamlayabilir*" ifadesini kullandığı eski tarihli bir kararlarına dayandırmaktadır.<sup>180</sup> HAMON ve TROPER de anayasallık denetiminin demokrasiyle bağdaştığının sağlamasını yaparken yasama organının istediği anda anayasayı değiştirerek anayasa yargıcının kararını da istediği yönde değiştirebileceğini belirtmiş ancak anayasa-üstücülük doktrinine uygun şekilde anayasaya yerleştirilmiş değişmez maddelerin varlığı halinde bu mantıklarının yürümeyeceğini ifade etmiştir.<sup>181</sup> Yazarların anayasallık denetiminin demokrasiyle bağdaştığı yönündeki düşüncelerine, bunun da ötesinde demokrasinin bir gereği olduğu gerekçesiyle katılmakla birlikte, değişmez maddelerin anayasa-üstülük doktrinine uygun şekilde anayasaya yerleştirilmiş kurallar olduğu görüşüne katılmamaktayız. Zira aşağıda belirteceğimiz üzere, anayasadaki bir normun anayasa-üstü olması kanımızca mümkün gözükmemektedir. Anayasa-üstü normlar, adı üzerinde, anayasanın hiyerarşik olarak üzerindeki başka bir metinden kaynaklanan veya yorum yoluyla ulaşılan kurallardır. Oysa değişmez madde ve ilkeler anayasa metninde somut olarak bulunan pozitif normlardır.

Nitekim ROBERT de, Almanya Anayasası'nda yer alan değişmez maddelerle kabul edilen ilkelere göre yapılan anayasaya uygunluk denetiminin, anayasa değişikliğinin anayasal olarak geçerli olabilmesi için uygun olmak zorunda olduğu

<sup>179</sup> Buna karşın, anayasa değişikliklerinin denetimini anayasa-üstü ilkelere dayandıran anayasa mahkemeleri de bulunmaktadır. Özellikle İtalya ve Hindistan anayasa mahkemelerinin bu yöndeki kararlarına çalışmanın ikinci bölümünde değinilecektir.

<sup>180</sup> MAILLARD DESGREES DU LOU, "Le Pouvoir...", ss. 733-734.

<sup>181</sup> HAMON, TROPER, **Droit...**, s. 65.

anayasa-üstü ilkeler yaratmak sonucunu doğurup doğurmadığı sorusuna kesin bir hayır cevabı vermektedir. Çünkü yazar, öncelikle, anayasa değişikliğine dair söz konusu sınırlamaların, Anayasa'nın değişmezlik yaratan maddesinin değiştirilmesi yöntemiyle ilga edilebileceğini öne sürmektedir. Bu nedenle, anayasa-üstü olamazlar. Ancak bundan daha önemli olan gerekçe, anayasa mahkemesinin, bir anayasa değişikliğini anayasaya uygun bulduğu zaman anayasa koyucunun bizzat koyduğu anayasa hukukunun pozitif hükümlerini uygulamasıdır.<sup>182</sup> Aynı şekilde BADINTER de, anayasa mahkemesinin anayasa değişikliğinin değişikliği düzenleyen hükümlere uygun olduğunu düşündüğü kararlarda kurucu iktidarın koyduğu pozitif anayasa hukuku hükümlerini uygulamaktan başka bir şey yapmadığını söylemektedir.<sup>183</sup> Dolayısıyla bunlar anayasa-üstülük kavramının içerdiği belirsizlikten uzak, somut anayasa maddeleridir ve anayasa mahkemesinin uygunluk denetiminde yorum yöntemiyle yarattığı “anayasanın da üzerinde” maddeler değildir.<sup>184</sup>

Federal Almanya Cumhuriyeti'ndeki anayasallık denetimine Anayasa'nın 79/3. maddesi aracılığıyla anayasayı değiştirme iktidarına getirilen gerçek bir sınırlamanın eşlik ettiğini söyleyen KLEIN, söz konusu maddeyle bir anayasa-üstülüğün kendine özgü sert çekirdeğinin “pozitifleştirildiğinden” bahsetmektedir.<sup>185</sup> Federal Almanya Anayasası'nın değişmez nitelikteki 20. maddesinin 4. fıkrasında ifade edilen “baskıya karşı direnme hakkı”nın da aynı şekilde pozitifleşmiş bir anayasa-üstü değere sahip olduğu düşünülebilir; çünkü uygulamaya geçmesi mümkün değildir. BOISSY d'ANGLAS'nın belirttiği gibi “ayaklanma genelse özre ihtiyacı yoktur ve fakat kısmî ise, her zaman suçludur.”<sup>186</sup> KLEIN, bu tür hükümleri *yeni anayasa-üstülük* olarak adlandırmaktadır. Bu yeni adlandırmanın pozitifleştirme işleminden, bir başka deyişle anayasaya yerleştirilmiş olmasından kaynaklandığını ifade eden yazar, aynı zamanda, çok anlamlı bir şekilde, anayasanın atıf yaptığı ilkelerin doğrudan anayasaya yerleştirilmesi halinde hâlâ bir anayasa-üstülükten söz edip edemeyeceğimizi sorgulamaktadır.<sup>187</sup>

<sup>182</sup> ROBERT, “La Forme...”, s. 363.

<sup>183</sup> BADINTER, “Le Conseil...”, s. 222.

<sup>184</sup> Denetim sırasında değişmez maddenin içeriğinin yorumuysa bundan farklı bir konudur ve çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntısıyla ele alınacaktır.

<sup>185</sup> KLEIN, *Théorie et...*, ss. 161-162.

<sup>186</sup> Aktaran: ROUSILLON, *Le Conseil...*, s. 74.

<sup>187</sup> KLEIN, *Théorie et...*, s. 162. Vurgu eserin yazarına aittir.

RIGAUX'nun, türev kurucu iktidara uygulanan maddî sınırlar arasında uluslararası hukuk gibi devlet dışındaki bir normatif düzenden kaynaklanan ve yorum yoluyla hayata geçenlerle anayasalarda yer alanlar arasında bir ayırım yaptığını<sup>188</sup> hatırlatan KLEIN, bunlardan sonuncusunun anayasa-üstü olarak tanımlanmaması gerektiğini düşünmektedir.<sup>189</sup> Dolayısıyla yazar, kendi sorduğu soruya, anayasalarda doğrudan ve açıkça yazılmış olan anayasa-üstü değerdeki ilkelerin anayasa-üstü sayılmaması gerektiği yönünde cevap vermektedir. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Anayasada yazılı olan bir normun aynı anda anayasa-üstü bir niteliğe sahip olması, kanaatimizce, mümkün değildir. Buna bağlı olarak, bir anayasadaki değişmez maddeler, anayasanın diğer maddelerinden hiyerarşik olarak daha üstün kabul edilseler bile, anayasa-üstü değildir. Ancak hemen yukarıda belirttiğimiz gibi, anayasasında değişmez maddeler olan bir toplumdaki aslı kurucu iktidar bir veya birkaç değişmez maddeyle kendini bağlı hissedebilir. Bu durumda söz konusu değişmez maddeler anayasa-üstü niteliğe sahipmiş gibi kabul edilseler bile bu, hukuksal değil, sosyolojik bir bağlayıcılıktır.

*(ii) Anayasa-üstü ilkelerin değişmezliği iddiası*

Bazı yazarlar, anayasalarda değişmezlikleri düzenlenmemiş de olsa bazı ilkelerin aksi yönünde anayasa değişikliği yapılamayacağını çünkü bunların anayasa-üstü olduğunu iddia etmektedir. Örneğin BRIDEL ve MOOR, tümünden değişikliğe açıkça onay veren İsviçre Anayasası'nda dahi demokrasi, federalizm, hukuk devleti ve insan haklarına aykırı yönde değişiklik yapılamayacağını düşünmektedir. Hatta yazarlara göre, söz konusu ilkeler anayasada yazmasaydı dahi anayasa-koyucunun uyması gereken zorunlu sınırları teşkil edecekti.<sup>190</sup>

Buna paralel olarak ROBERT, İtalya Anayasa Mahkemesi'nin "Anayasa'nın üzerine kurulduğu üstün değerlerden kaynaklanan ilkeler, Anayasa'da yer alan değişmez maddeler arasında açıkça yazılmamış olsa da kimse tarafından ne ilga edilebilir, ne de değiştirilebilir" yönündeki 15 Aralık 1988 tarihli ve 1146 numaralı

<sup>188</sup> RIGAUX, *La Théorie des...*, s. 43 vd.

<sup>189</sup> KLEIN, *Théorie et...*, ss. 162-163.

<sup>190</sup> Marcel BRIDEL - Pierre MOOR, "Observations sur la Hiérarchie des Règles Constitutionnelles", *Revue de Droit Suisse*, Vol. 87 (1968), ss. 406 ve 412; aktaran: GÖZLER, *Le Pouvoir de...*, t. I, ss. 356-357.

kararına gönderme yaparak, bu hallerde anayasa-üstülükten bahsedilebileceğini kabul etmektedir.<sup>191</sup> Gerçekten de söz konusu kararda Mahkeme, İtalya Anayasası'nda yazmayan değişmez maddelerin varlığından bahsetmektedir. Bu değişmez kurallar yazılı değildir ve ancak Mahkeme'nin yorumuyla somutlaşacaktır. Dolayısıyla bu noktada söz konusu kurallarla ilgili olarak bir anayasa-üstülükten bahsedilebileceği iddia edilmiştir.

Benzer şekilde, anayasasında yazılı değişmez madde bulunmayan Hindistan'da Yüksek Mahkeme "anayasanın temel yapısı doktrini" çerçevesinde bazı anayasa değişikliklerini iptal etmiştir. Temel yapı doktrinine dahil olan norm ve ilkelerin listesi Mahkeme tarafından belirtilmemiş olsa da içtihat yoluyla bunlar zaman içerisinde belirlenmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi'nin eski başyargıçlarından MARSHALL'ın "anayasanın yaşayan bir metin" olduğu iddiasından esinlenilerek yaratılan bu norm kategorisi, açıkça yazılı olmasa da Anayasa'nın kendinden kaynaklandığı için anayasa-üstü kabul edilmemektedir.<sup>192</sup> Bazı Yüksek Mahkeme yargıçları temel haklara ilişkin normları anayasayı değiştirme iktidarının yetki alanından çıkartmak için anayasa-üstü kabul etmek istemiş olsa da çoğunluk bunların doğal haklar değil, toplumsal haklar olduğu kanaatindeydi.<sup>193</sup>

Belirtmek gerekir ki, anayasayı değiştirme iktidarının anayasa-üstü ilkelerle sınırlanması düşüncesi eleştiriye açık bir düşüncedir. Zira öncelikle, GÖZLER'in de ifade ettiği gibi, bu ilkeler şekli anlamda varlık kazanmamıştır. Bunlarla ilgili ne somut bir dayanak, ne de bir belge bulunmaktadır.<sup>194</sup> Bu nedenle söz konusu ilkelerin ne olduğu, dönemin baskın siyasal görüşüne ve güç dengelerine göre belirlenecektir. Ancak bunun da hukuk güvenliğine zarar vereceği ortadadır. Özellikle türev kurucu iktidarın sınırlanması gibi hassas bir konuda belirsizliğe yer bırakmamak gerektiği kanaatindeyiz.

<sup>191</sup> ROBERT, "La Forme...", s. 363.

<sup>192</sup> Jean-Louis HALPERIN, "La Doctrine Indienne de la Structure Basique de le Constitution. Un Socle Indérogeable et Flexible?", **Cahiers du Conseil Constitutionnel**, n° 27 (Dossier : Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles), Janvier 2010, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-27/la-doctrine-indienne-de-la-structure-basique-de-la-constitution-un-socle-inderogeable-et-flexible.51456.html> (31.08.2013 tarihinde ziyaret edilmiştir.).

<sup>193</sup> SAINT-HUBERT, "La Cour...", s. 637.

<sup>194</sup> GÖZLER, **Le Pouvoir de...**, t. I, s. 104. Bununla birlikte GÖZLER'in hukuksal geçerliliği yalnızca şekli anlamda var olan ilkelere indirgediği saf pozitivist tezi de kabul etmemekteyiz.

Bu nedenlerle, çalışmamızın başında belirttiğimiz gibi, anayasalarda değişmez oldukları açıkça belirtilmemiş olan maddelerin belirsizlik yaratması ve güncel siyasal şartlara göre içeriklerinin doldurulmasının mümkün olması nedeniyle söz konusu maddelerin gerçek bir değişmezlik niteliğine sahip olduğunu düşünmemekteyiz. Anayasa mahkemelerinin anayasa değişikliklerini değişmezlik niteliği açıkça yazılı olmayan bazı norm ve ilkelere göre denetlemesi, kanaatimizce, yasama organının değiştirme iktidarı yetkilerine hukuka aykırı şekilde yapılmış bir sınırlama teşkil edecektir. Anayasa yaşayan bir belge ise de bu anayasa değişikliklerinin değil, yalnızca kanunların denetiminde kullanılabilir bir yaklaşımdır.

### 3. Değişmez madde ve ilkelerin konusu

Her ülke anayasasında değişmez madde bulunmamaktadır. Ancak anayasasında değişmez madde bulunan ülke sayısı da azımsanmayacak kadar çoktur<sup>195</sup> ve söz konusu ülkeler arasında demokratik anlamda sorunlu Afrika ülkelerinden Almanya, İtalya ve Fransa gibi modern demokratik devletlere kadar çok farklı tarih, kültür, dil ve dinden ülkeler bulunmaktadır. Genel olarak bakıldığında anayasasında değişmez madde bulunan bütün ülkelerde türev kurucu iktidarın söz konusu maddelerle sınırlandırılmasının nedeninin tarihsel arka plan olduğu gözlemlenmektedir. Her ülke toplumu, yaşadığı kötü deneyimlerin bir daha tekrarlanmaması adına değişmez maddelerin siyasal iktidarları engelleyici gücüne başvurmuştur.

Fakat belirtmek gerekir ki, değişmez maddeler aracılığıyla siyasal iktidarlar için yaratılan engeller ancak anayasa mahkemeleri tarafından yargısal denetimde kullanılmaları halinde hayata geçebilir. Aksi takdirde anayasalarda değişmez madde olarak öngörülen düzenlemeler anayasa değiştirme iktidarının önündeki hukuksal sınırlamalardan ziyade siyasal bir açıklama görünümünü alacaktır.<sup>196</sup>

Yaşanan kötü deneyim ve buna bağlı olarak oluşturulan değişmez maddenin koruduğu alan ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. Anayasalarda yer alan bazı

<sup>195</sup> 30.09.2013 tarihi itibarıyla yaptığımız taramaya göre Birleşmiş Milletler üyesi ülkelerden 59'unun anayasasında, bu çalışmada belirtilen kıstaslara göre değişmez madde olarak adlandırılan hüküm bulunmaktadır. Söz konusu ülkeler ve anayasalarında yer alan değişmez maddeler için bkz: Ek.

<sup>196</sup> Commission de Venice, **Rapport sur l'Amendement Constitutionnel**, (Venice 11-12 Décembre 2009), CDL-AD (2010) 001, § 208.

maddelerin değiştirilmesine dair sınırlamaların mantığa dayalı sebepleri olabileceği gibi, ideolojik sebepleri de olabilmektedir.<sup>197</sup> Bu konuda biz, beşli bir ayrım yapmaktayız. Gözlemlerimize göre değişmez maddelere yüklenen işlevler şu şekildedir: Rejimin korunması, devlet yapısının korunması, devletin temel kuruluş ilkelerinin korunması, insan haklarının korunması ve siyasal istikrarsızlığın önlenmesi.<sup>198</sup> Elbette bir ülke anayasası değişmez maddelere bu işlevlerden yalnızca birini yükleyebileceği gibi birden fazlasını da yükleyebilir.

Söz konusu koruma alanlarına geçmeden önce belirtmekte fayda var ki, anayasalarda açıkça sayılmış değişmez madde ve ilkelerin konusunu belirlemek nispeten kolaydır. Somut normun içeriğine bakılarak değişmez madde ve ilkenin konusu tespit edilebilir. Ancak BEAUD ve SCHMITT, bu süreci tersten kat etmekte ve konudan yola çıkarak değişmez maddeleri tespit etmeye çalışmaktadır. Örneğin BEAUD’ya göre bir anayasada millet egemenliğine dair hükümler değişmez unsur olarak kabul edilmelidir. Yazara göre, *“egemenliğe dair çekinceler anayasayı değiştirme iktidarı tarafından değil, yalnızca aslı kurucu iktidar tarafından kaldırılabilir; çünkü yalnızca egemenlikten kaynaklanan bir işlem kurucu iktidarın başka bir işlemi ortadan kaldırabilir. Bir anayasa değişikliği kanunu millet egemenliği engelini aşamıyorsa, bunun sebebi, millet egemenliğinin Fransa Anayasası’nın değişmez maddeleri arasında yer aldığı şeklinde yorumlanması gerektiğindedir. Devlet egemenliği (millet egemenliğiyle iç içe geçerek), anayasanın ussal ve sistematik yorumundan kaynaklanan özerk ve zımnî bir sınırlama oluşturmaktadır.”*<sup>199</sup> SCHMITT de benzer şekilde, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, anayasanın özünü oluşturan normların değişmez olduğunu ifade etmektedir. Ancak yukarıda bahsettiğimiz çekinceyi burada da tekrarlama ihtiyacı hissetmekteyiz: Bir anayasada hangi maddelerin öz, hangilerinin basit norm

<sup>197</sup> KLEIN, *Théorie et...*, s. 120. Yazar, Carl SCHMITT, Georges LIET-VEAUX ve Olivier BEAUD’nun kabul ettiği görüşün ideolojik nedenlerle getirilen sınırlamaları desteklediğini iddia etmektedir.

<sup>198</sup> RIGAUX da bizimkine benzer bir sınıflandırma yapmıştır. Yazar, karşılaştırmalı anayasa hukukunda beş adet değişmez madde türü olduğunu düşünmektedir: (a) Siyasal rejimin doğasının değiştirilmesinin yasaklanması, (b) devletin siyasal yapısının değiştirilmesinin yasaklanması, (c) devletin ideolojik temelini değiştirilmesinin yasaklanması (bu başlık kendi içinde siyasal ideoloji güvencesi ve dinsel ideoloji güvencesi olarak ikiye ayrılır.), (d) insan ve yurttaş haklarının korunması ve (e) devletin toprak bütünlüğünün ihlal edilmesinin yasaklanması.

RIGAUX, *La Théorie des...*, ss. 45-51

<sup>199</sup> Olivier BEAUD, “La Souveraineté de l’Etat, le Pouvoir Constituant et le Traité de Maastricht”, *Revue Française de Droit Administratif (RFDA)*, no. 6, 1993, ss. 1061-1062. Almanya Federal Yüksek Mahkemesi’nin aşağıda ayrıntıları aktarılabilecek olan Lizbon Kararı BEAUD’nun bu görüşünden fazlasıyla etkilenmiş gözükmektedir.

olduğunu nesnel olarak belirlemek imkânsızdır. Bu nedenle biz, değişmez maddelerin hiçbir belirsizliğe yer bırakmayacak derecede kesin normatif kurallar olduğunu düşündüğümüzden, yalnızca anayasada açıkça değişmez olduğu belirtilmiş olan maddelerin değişmezlik niteliğinden yararlanabilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

#### *a. Rejimin korunması*

İçeriğinde değişmez madde bulunan anayasalara bakıldığında, çoğunda söz konusu maddelerin rejimle ilgili özelliklere odaklandığı görülmektedir. Anayasalar, genelde, kurdukları siyasal rejimin varlığı için vazgeçilmez olarak niteledikleri ilkeleri değişmez ilân etmektedir. Dolayısıyla, bu tür yasaklamaların amacı devlet sisteminin temel altyapısını korumaktır.<sup>200</sup> Özellikle, türev kurucu iktidarların kabul edeceği anayasa değişikliği yoluyla önceki rejime geri dönüşü engellemek için değişmez maddelere başvurulduğu görülmektedir.

Nitekim faşizm veya komünizm gibi diktatoryal rejimlerden kurtulan devletlerin anayasalarında, kurulan yeni demokratik düzenin sürekliliğini sağlamak adına değişmez maddeler tesis ettikleri görülmektedir.<sup>201</sup> II. Dünya Savaşı öncesi ve sırasında faşist rejimlerle yönetilmiş olan Almanya ve İtalya ile belli bir süre askerî diktatörlükle yönetilmiş olan Portekiz ve Yunanistan bu ülkelere örnektir. Örneğin Almanya’da değişmez nitelikteki 79/3. madde Anayasa’ya totaliter Nazi rejiminin, şekli bir bakış açısıyla bir önceki anayasaya uygun ancak içeriğini tamamen boşaltacak bir şekilde yükselmesine bir tepki olarak yerleştirilmiştir. Bu maddenin mantığı tüm anayasal darbe girişimlerini bastırmak, onları anayasal meşruiyetten mahrum bırakmak veya onları tümünden engellemektir.<sup>202</sup> Aynı mantık MUSSOLINI döneminde faşizmle yönetilmiş İtalya’da ve bir süre askerî cunta rejimiyle yönetilmiş Portekiz ve Yunanistan için de geçerlidir. Dolayısıyla bu ülkelerde değişmez maddeler demokratik rejimin bir güvencesi olarak anayasaya yerleştirilmiş normlardır.

<sup>200</sup> GÖZLER, *Le Pouvoir de...*, t. I, s. 118.

<sup>201</sup> SAĞLAM, anayasalarda değişmez ilke ve kuralların yer almasının demokrasiyle bağdaşmadığını ileri sürenlerin, bu gerçeği bilimsel dürüstlikle bağdaşmaz bir biçimde kamuoyundan gizlemeye çalıştığını iddia etmektedir. SAĞLAM, “Anayasa ve...”, s. 572.

<sup>202</sup> Commission de Venice, *Rapport sur l’Amendement Constitutionnel*, (Venice 11-12 Décembre 2009), CDL-AD (2010)001, § 212.



Buna bağılı olarak, anayasalarda değişmezlik kavramının varlığını reddeden yazarlar, karşıt görüşlü yazarlar tarafından, demokrasi karşıtı olmakla suçlanabilmektedir. Örneğin Türkiye’de değişmezlik kuralının özüne karşı çıkmayı, cumhuriyet rejiminin temel özelliklerine karşı çıkmamanın örtülü bir ifadesi olarak kabul eden yazarlar bulunmaktadır. Anayasada değişmez madde olamayacağı iddiasının değişmez nitelikteki ilke ve kurallardan özellikle laiklik, hukuk devleti ve ülke-ulus bütünlüğü ilkelerinin içini boşaltmak gizli amacını taşıdığını düşünen bu görüşe göre değişmezliğe karşı çıkanların gönlünde hukuk devletini, “yargının demokratik meşruiyeti” gibi aldatıcı sloganlarla çoğunluğun egemenliğine kurban etme arzu ve hevesi saklıdır.<sup>203</sup>

Bu noktada demokrasiden ne anlaşılması gerektiği tartışılmalıdır. Zira demokrasiyi seçimle başa gelen siyasal iktidarın egemenlik yetkisini sınırsız şekilde kullanması olarak algılayan düşünce yapısı elbette söz konusu yetkiyi kullanmayı sınırlayan değişmez maddeleri demokratik bulmayacaktır. Ancak aşağıda daha ayrıntılı şekilde inceleyeceğimiz üzere modern demokrasilerin tek meşruiyet kaynağı seçimler değildir. Seçmen çoğunluğunun oyuyla egemenlik yetkisini kullanma hakkı kazanan iktidarın azınlık ve muhalefet haklarına saygı duyması, her zaman denetime açık ve şeffaf olması ve demokratik yapıya zarar verecek işlemlerden uzak durması gereği modern demokrasilerin temel unsurları haline gelmiştir.

KLEIN’a göre, bir rejimin değişmez maddelerle kendini koruması, hukuksal-anayasal sistemin kendi üstüne kapanması anlamını taşımaktadır. Sistem, temel olarak ortaya çıkan bir norma (cumhuriyetçi veya monarşist nitelikli) dayandığı ölçüde bu normun değiştirilmesini yasaklayabilir. Ancak, yasağa rağmen söz konusu norm değiştirildiğinde, (aslında değiştirilen yalnızca söz konusu cumhuriyetçi veya monarşist niteliği belirleyen norm olsa da) bir hukuk sistemi bir diğeriyle değiştirilmiş olur.<sup>204</sup> Dolayısıyla, rejimin değişmezlik zırhıyla korunduğu ülkelerde bir rejim değişikliği ancak yepyeni bir hukuk sisteminin devreye girmesiyle olur ki bu da yeni bir devlet kurulduğu anlamını taşır. Bunun doğal sonucu, aslı kurucu iktidarın ortaya çıkmasıdır.

<sup>203</sup> Örnek olarak bkz: SAĞLAM, “Anayasa ve...”, s. 570.

<sup>204</sup> KLEIN, *Théorie et...*, s. 144.

BURDEAU da, aynı sonuca farklı bir düşünce sistematığıyla varmaktadır. Yazar, bir anayasanın rejimin türünü değiştirmeyi yasaklamasının, hiçbir şekilde, o rejimin kurumlarının mutlak şekilde korunduğu anlamına gelmediğini düşünmektedir. Çünkü, yazara göre, bu anlamsız bir koruma olur. Zira “*değişmez maddeler aracılığıyla anayasanın yalnızca, değiştirme organına, bir kurulu iktidarın imkânlarını doğaları veya önemi nedeniyle aşan reformlar yapmasını yasaklamaktadır. Ancak söz konusu reformlar her zaman aslî kurucu iktidar tarafından yapılabilir*”.<sup>205</sup> BURDEAU’nun düşüncesi tersten okunduğunda, rejim değişikliğinin değişmez maddeler aracılığıyla yasaklandığı bir ülkede ancak aslî kurucu iktidarın söz konusu rejimi değiştirebileceği sonucuna varılmaktadır. Gerçekten de hukuksal hiçbir sınırı olmayan aslî kurucu iktidarın değişmez maddelerle ilgili değişiklik yapabileceği, kanaatimizce, tartışmasızdır.

Rejimlerini değişmez maddeler aracılığıyla koruyan birçok ülke arasından bazılarını örnek olarak saymak teoriyi somuta uygulamak açısından faydalı olacaktır.

#### (1) Türkiye ve Dünya’da örnekler

1949 tarihli Federal Almanya Anayasası’nı yazarlar insan onuru ve demokratik düzenin değişmezliğini düzenleyerek Weimar Anayasası yürürlükteyken Hitler’in 1933’te iktidara gelerek yaptığı gibi anayasal demokrasinin yalancı bir yasallıkla bir diktatörlüğe dönmesini engellemeyi amaçlamıştır.<sup>206</sup> Zira 1919 tarihli Almanya Anayasası’nda anayasa değişikliği için geçerli olabilecek bir sınırlama yoktur; anayasal ve anayasa koyucu güç birbiri içinde erimiştir. Bundan dolayı bu tür yetkileri kullanabilecek olan organ en üst konumda bulunan parlamento idi. Böyle bir olanak da parlamenter demokrasiden önderin üstünlüğü altındaki devlete geçiş sürecini hazırlamıştır. Bu nedenle günümüzde geçerli olan Almanya Anayasası’nı hazırlayanlar bu kaygının gölgesi altında değişmez madde hükümlerini metne yerleştirmiştir.<sup>207</sup>

<sup>205</sup> George BURDEAU, *Traité de Science Politique*, t. IV, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, Paris, ss. 237-238, aktaran: GÖZLER, *Le Pouvoir de...*, t. I, s. 89.

<sup>206</sup> Christoph SCHÖNBERGER, “Lisbon in Karlsruhe: Maastricht’s Epigones at Sea”, *German Law Journal*, vol. 10, no. 8, 2009, <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=2&vol=10&no=8> (13.08.2013 tarihinde ziyaret edildi.), s. 1203.

<sup>207</sup> DOEHRING, *Genel Devlet...*, s. 160.

MUSSOLINI döneminde yaşanan faşist rejimin ardından yazılan İtalya Anayasası'nın 139. maddesi de aynı şekilde, eski rejime dönülmesini engellemek amacıyla cumhuriyet rejiminin bir anayasa değişikliği konusu yapılamayacağını düzenlemektedir.

SALAZAR'ın diktatoryal yönetiminin hükümet darbesi sonucunda devrilmesinin ardından yazılan Portekiz Anayasası'nın 288. maddesinde ise 14 başlıktan oluşan uzun bir değiştirilemeyen hükümler listesi bulunmaktadır. Söz konusu değişmez maddelerden rejimin korunmasına ilişkin olan ilk üç başlığa göre millî egemenlik ve devletin birliği, hükümetin cumhuriyetçi yapısı ve kiliseyle devletin ayrılığı anayasa değişikliği konusu yapılamaz.

Değişmezlik kurumu Türkiye anayasalarına ilk olarak 1924 Anayasası'nın 102. maddesiyle girmiştir. Söz konusu maddeye göre “*İşbu kanunun şekl-i devletin cumhuriyet olduğuna dair olan birinci maddesinin tâdil ve tağyiri hiçbir suretle teklif dahi olunamaz.*” Bu maddede amaçlanan “devlet şeklinin” korunmasıdır. Bir başka deyişle “başta devlet başkanı olmak üzere, siyasal yöneticilerin soya dayalı olarak değil, seçimle işbaşına geldiği” bir devlet biçiminin korunması ve bu devlet şeklinin ortadan kaldırılmasını amaçlayan bir değişikliğin yapılmasının mümkün olmadığını belirtilmesidir.<sup>208</sup> Böylece, Osmanlı İmparatorluğu'nun siyasal rejimi olan monarşinin, İmparatorluk'la birlikte tarihe karışması ve yeniden dirilmesinin engellenmesi amaçlanmıştır. Bu anlamda cumhuriyetçi yapının değişmezlik kurumuyla korunmasının Fransa'daki tarihsel gelişmelerle büyük benzerlikler gösterdiği hemen göze çarpmaktadır.<sup>209</sup>

27 Mayıs 1960 tarihli hükümet darbesinin ardından yazılan 1961 Anayasası'nın “Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir.” şeklindeki ilk maddesi de 9. madde aracılığıyla değişmez ilan edilmiştir. Söz konusu maddeye göre “Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.” Görüldüğü üzere hüküm aslında, 1924 Anayasası'nın 102. maddesinin dil açısından sadeleştirilmesinden ibarettir. Bu bakımdan 1924 Anayasası'yla başlayan Cumhuriyet geleneğini devam ettirdiği ifade edilebilir.

<sup>208</sup> Süheyl BATUM, **99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa**, On İki Levha, İstanbul, 2009, s. 168.

<sup>209</sup> Aynı yönde bkz: BATUM, **a.g. e.**, 2009, s. 168; Volkan HAS, **Anayasayı Değiştirme Sorunu**, 2. basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 6.

Dikkat edilmesi gereken bir nokta, 9. maddenin sadece Cumhuriyet'i değil, ilk maddenin tümünü değiştirilmez ilan etmesidir.

Cumhuriyet rejimi 1982 Anayasası'nda da değişmez madde olarak korunmuştur. Bu bakımdan 1924 Anayasası geleneğinin devam ettiği iddia edilebilir. Hatta Cumhuriyet rejiminin nitelikleri ve ülkenin birliği, başkenti, bayrağı ve marşı da askerî irade doğrultusunda değişmez ilan edilmiştir. Ancak buna karşın Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerine yönelik denetiminin şekil denetimiyle sınırlanması nedeniyle değişmez maddelerin hukuken korumasız bırakıldığı da düşünülebilmektedir. Nitekim gerçekten, 1982 Türkiye Anayasası taslağının yazımını gerçekleştiren Danışma Meclisi'nde yapılan tartışmalar incelendiğinde de Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisinin yok edilmek istendiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin sınırlı yetkilerinin görüşülmesi sırasında üyelerden Kamer GENÇ söz alarak “*devlet şeklinin cumhuriyet olduğuna dair değişmezlik ilkesi değiştirilirse, o zaman kim buna engel olacak?*” diye sormuş, Danışma Meclis Anayasa Komisyonu Sözcüsü Şener AKYOL'un bu soruya cevabı ise “*Sayın GENÇ arkadaşımız müsterih olsunlar, biz 45 milyon buna karşı koyarız.*” olmuştur.<sup>210</sup> Ancak bunun siyasal bir temenniden ibaret olduğu ve gerçek bir koruma sağlamadığı açıktır.<sup>211</sup> Bu nedenle Türkiye Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası'nın ilk yıllarında gördüğü iki davada yetkisizlik kararı vermiş olsa da 2008 yılında Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde değişiklik yapan kanuna ilişkin olarak vermiş olduğu kararlar<sup>212</sup> 1980 öncesindeki “esasa girerek şekil denetimi yapma” yöntemine geri dönmüş ve değişmez maddelere hukuksal koruma sağlamıştır.

Fransa'da 1875 tarihli Anayasal Yasalar'da 1884'te yapılan bir anayasa değişikliğiyle monarşiye geri dönüşü engellemek amacıyla konulan cumhuriyetçi yönetim şeklinin değişiklik konusu yapılamayacağına dair ifade sonraki anayasalarda da korunmuştur. Yürürlükteki 1958 tarihli Fransa Anayasası'nın 89. maddesinin son

<sup>210</sup> Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu tutanakları, Orhan ALDIKAÇTI arşivi.

<sup>211</sup> Karşı görüş için bkz: CAN, **Kurucu İktidar**..., s. 252. CAN, bu sözün “12 Eylül darbecilerinin halka ve meclise duyduğu güven” olarak kabul etmektedir. Bu düşünceye katılmamız mümkün değildir zira, kanaatimizce, bir hükümet darbesini yaparak veya destekleyerek iktidarı silah zoruyla ele geçiren kişilerin halka ve meclise “güven duyuyor olduğunu” söylemek kendi içinde önemli bir çelişkidir.

<sup>212</sup> 05.06.2008 tarihli E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı karar.

fıkrası da cumhuriyetçi yapının değişmezliğini bir anayasa geleneği olarak korumaktadır.

Türkiye'deki değişmezlik kurumuna da ilham vermesi nedeniyle Fransa'daki değişmez madde tarihine biraz daha ayrıntılı şekilde bakmanın faydalı olacağını düşünmekteyiz.

## (2) Özel bir örnek olarak Fransa

Fransa Anayasası'nda yer alan değişmez maddenin tarihsel ve güncel olarak hem ülkemizde yaşanan tartışmalara da ışık tutması, hem de değişmez maddelerle ilgili literatürün büyük bir bölümüne kaynaklık etmesi bakımından ayrı bir başlık altında daha ayrıntılı bir şekilde incelenmeye değer olduğunu düşünmekteyiz.

### (a) Tarihsel süreç

1958 Fransa Anayasası'nın 89. maddesine göre “*Yönetimin cumhuriyetçi yapısı değişiklik konusu yapılamaz*”. Hüküm, ilk olarak, türev kurucu iktidar tarafından<sup>213</sup>, 1875 Anayasal Yasaları'na<sup>214</sup> 14 Ağustos 1884'te kabul edilen bir anayasa değişikliğiyle eklenmiştir. Söz konusu hükmün devamında “*Fransa'da yönetimde bulunmuş ailelerin Cumhurbaşkanı seçilmesi mümkün değildir*” hükmü de yer almaktaydı. Ancak daha sonra bu hüküm yeni anayasa yazımı sırasında kaldırılmıştır.

Hükümün ikinci cümlesinin de çok açıkça gösterdiği üzere, yazıldığı ilk tarihte söz konusu değişmez maddenin amacı Fransa'da monarşinin yeniden yönetim biçimi olmasını engellemek ve cumhuriyeti daimî yönetim biçimi olarak kabul ettirmektir.

<sup>213</sup> Anayasa talî kurucu iktidar tarafından değişmez madde eklenip eklenemeyeceği sorunu ileride “Türev kurucu iktidarın değişmez madde yaratamaması” başlığı altında ayrıntısıyla ele alınmıştır.

<sup>214</sup> Değişiklik aslında 22 Şubat 1875 tarihli “kamu kuvvetlerine ilişkin yasa”da yapılmıştır. 1875-1940 yılları arasında Fransa'da klasik anlamda bir Anayasa yoktur. 1875 yılının 24-25 Şubat ve 16 Temmuz tarihlerinde kabul edilen ve sırasıyla Senato'yu, kamu kuvvetlerini ve kamu kuvvetleri arasındaki ilişkileri düzenleyen anayasal düzeydeki üç yasa Anayasa'yı oluşturuyordu. Ayrıntılı bilgi için bkz: Marcel MORABITO, Daniel BOURMAUD, **Histoire Constitutionnelle de la France (1789-1958)**, Montchrestien, Paris, 1996, ss. 257-286.

Zira o döneme bakıldığında<sup>215</sup> monarşistler ve cumhuriyetçilerin büyük bir çekişme içinde olduğu görülmektedir. Louis-Napoléon BONAPARTE'ın (III. Napoléon) 1851'de gerçekleştirdiği hükümet darbesinin ardından 1852 Anayasası'yla kurulan II. İmparatorluk 1870'lerin başından itibaren sarsılmaya başlamış ve 19 Ocak 1871 tarihinde seçim sisteminde yapılan değişikliğin ardından 12 Şubat 1871'de Millet Meclisi toplanmıştır. Milletvekilliklerinin yarıdan fazlası monarşistlerin elinde olsa da bu grup birlik içerisinde değildir. Meclis'teki diğer grup olan Orléanist'ler ise krallıkla liberalizmin birleştirileceği bir rejimden yana olmuştur. Bu karmaşık durum, Meclis'te azınlıkta olsalar da cumhuriyetçilerin işine yaramaktaydı. Cumhuriyet kavramının özünü (*res-publica*) ön plana çıkaran grup İngiltere tipi bir parlamenter monarşi yanlısı Adolphe THIERS'in "Fransa Cumhuriyeti yürütme kuvvetinin başkanı" olarak seçilmesini sağlamıştır. Paris Komünü'nü kanlı bir baskınla dağıtan ve Fransa'nın kuzeyini işgal eden Prusya'nın lideri BISMARCK'la "Fransa Cumhuriyeti'ni" temsilen görüşen THIERS, kendini herkesin üzerinde uzlaştığı tek ve vazgeçilmez lider olarak kabul ettirdikten sonra 1871-1873 arasında rejimi gerçek anlamda bir cumhuriyete dönüştüren adımlar atmıştır. Çoğunluğun hâlâ monarşistlerde olduğu Meclis'in hoşuna gitmeyen bu adımlar 1871'de kabul edilen Rivet yasasıyla "cumhurbaşkanı" sıfatını kazanan THIERS'in 1873'te istifasıyla sonuçlanmıştır. 1873-1875 yılları arasında yaşanan belirsizlik döneminin ardından yapılan seçimlerde oyların büyük çoğunluğunun cumhuriyetçilere gitmesi, rejimin yönünü de belirlemiştir. MAC-MAHON'un başkanlığında yaşanan rejimi adlandırma tartışmasına WALLON'un formülü son vermiştir: Cumhuriyetin sürekli değil de geçici bir rejim olması gerektiğini savunan monarşistlere "Cumhuriyet'in Başkanı, Millet Meclisi şeklinde toplanan Senato ve Temsilciler Meclisi üyelerinin mutlak çoğunluğuyla seçilir. Görev süresi yedi yıldır. Tekrar seçilebilir." ibaresini kabul ettiren WALLON şöyle demiştir: "*Cumhuriyet yönetiminin sürekli olduğunu kabul etmenizi istemiyorum. Ama geçici olarak da kabul etmeyin. Sizden istediğim, belirli bir zamanda değil, halkın talepleri gerektirdiğinde kendini değiştirebilecek yöntemlere sahip bir hükümet kurmanız.*" Ancak WALLON'un formülü rejim tartışmasına girmese de, cumhurbaşkanlığı makamını MAC-MAHON'un kişiliğinden ayırıp kurumsallaştırarak aslında rejimin devamlılığını sağlamıştır. İlk defa cumhurbaşkanlığı, ona sahip olan kişiden ayrı şekilde değerlendirilmiştir.

---

<sup>215</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: MORABITO, BOURMAUD, a. g. e., ss. 227-271.

1875 Anayasal Yasaları, işte böyle bir monarşist – cumhuriyetçi çekişmesi içinde kabul edilmiştir. İki grup arasında denge kuran, herkesin üzerinde anlaştığı üç farklı yasa, III. NAPOLEON'un 1852 Anayasası'nın yerine geçerek yürürlük kazanmıştır. Çatışmaları en aza indirmek için son derece kısa tutulan bu yasalar, Fransa tarihinde ilk kez, cumhuriyetçi hükûmet sistemiyle anayasal monarşinin yöntemlerini bir araya getirmiştir.<sup>216</sup> 1875 Anayasal Yasaları'nın en önemli özelliklerinden biri kolay bir yöntemle değiştirilebilmeleridir. Anayasal bir değişiklik için iki Meclis'in ortak oturumunda üye tam sayısının mutlak çoğunluğunun yeterli olduğu kabul edilmiştir. Bunun nedeni, özellikle Senato'da güçlü olan monarşistlerin bir gün rejimi eskiye döndürme (restorasyon) umutlarının devam ediyor olmasıdır. Ancak işler onların beklediği gibi gitmemiş ve 14 Ağustos 1884'te bu basit değişiklik yönteminden yararlanan cumhuriyetçiler, bir değişiklik teklifiyle<sup>217</sup>, Kamu Kuvvetlerine Dair Anayasal Yasa'nın 8. maddesine “*hükûmetin cumhuriyetçi yapısı değişiklik konusu yapılamaz*” hükmünü eklemeyi başarmıştır. İkinci bir önlem olarak da değişikliğin ikinci paragrafıyla Fransa'ya hükmetmiş ailelerin üyelerinin cumhurbaşkanı olamayacağı kurala bağlanmıştır. Böylece Fransa'nın ilk değişmez maddesi, monarşistlerin önünü tıkamak isteyen ve rejimin devamlılığını sağlamak isteyen bir grup cumhuriyetçinin çabasıyla hayat bulmuştur.

(b) *Günümüzdeki tartışmalar*

Fransa'da 28.03.2003'te yürürlüğe giren ve ülkenin merkezî yapısını yumuşatan anayasa değişikliğine ilişkin kanun, yayınlanmasından önce, Fransa Anayasası'nın 61. maddesinin kendilerine verdiği yetkiye dayanan senatörler tarafından Anayasa Konseyi'ne götürülmüştür. Senatörler, Anayasa'nın 89. maddesindeki “*hükûmetin cumhuriyetçi yapısı değişiklik konusu yapılamaz*” hükmündeki *cumhuriyet* kavramının, yalnız siyasal rejimin doğasını tasvir etmediğini, bu yüzden geniş şekilde anlaşılması gerektiğini iddia etmiştir. Onlara göre bu kavramın içine Fransa'nın cumhuriyetçi geleneğinden gelen tarihî unsurlar

<sup>216</sup> MORABITO, BOURMAUD, a. g. e., s. 273.

<sup>217</sup> Değişiklik teklifinin tam metni için bkz: <http://mjp.univ-perp.fr/france/co1875r.htm#84> (24.11.2010 tarihinde ziyaret edildi.)

da girmektedir. Bu nedenle, anayasa değişikliğinin Anayasa'nın 89. maddesine aykırı olduğunu ve iptalinin gerektiğini iddia etmişlerdir.

Bu iddia, Fransa'da, bizim de tezimizin temel meselelerinden biri olan, ikinci bir soruyu gündeme taşımıştır: Acaba anayasayı değiştirmeye yetkili türev kurucu iktidar Anayasa Konseyi denetimine tâbi midir? Anayasa Konseyi'nin 26.03.2003 tarihinde verdiği 2003-469 sayılı kısa karar<sup>218</sup> mahkemenin yetkilerini belirleme açısından son derece önemlidir. Konsey, Anayasa'nın ilgili maddelerine bakarak senatörlerin iddiasını değerlendirme yetkisi olmadığına karar vermiştir. Böylece aynı zamanda, türev kurucu iktidarın, yargı makamları da dâhil diğer tüm kamu kuvvetlerine göre üstünlüğünü de kabul etmiştir.<sup>219</sup> Sonuç olarak Anayasa Konseyi, Anayasa'nın 89. maddesindeki "Cumhuriyet'in değişmezliği" ilkesini dar yorumlamış ve ilkenin kökenine sadık kalarak kendinde yalnızca, siyasal rejimin "iktidarın belirli aralıklarla yapılan seçimler aracılığıyla halk tarafından belirlenmesi" niteliğini koruma görevini bulmuştur.<sup>220</sup> Ancak Konsey'in bu konuda daha geniş bir yoruma kapı aralayan kararları da mevcuttur. Fransa Anayasa Konseyi'nin değişmez maddeyle ilgili dalgalı olarak niteleyebileceğimiz kararları çalışmamızın ikinci bölümünde aktarılacaktır.

Daha geniş bir perspektiften konuyu ele alan Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi İçin Avrupa Komisyonu (Venedik Komisyonu) da 2009 tarihli anayasa değişikliği raporunda, Fransa Anayasası'nın 89. maddesiyle ilgili olarak, Türkiye gibi benzer değişmez maddelere sahip ülkelerde de tartışma yaratabilecek ilginç bir yaklaşım sergilemektedir. Komisyon'a göre "cumhuriyet" kavramı bir değişmez maddeden ziyade bir ilkedir ve aslında 89. maddedeki yasak anayasadaki hükûmetin yapısına ilişkin somut maddenin değiştirilmesini yasaklamamaktadır. Yasaklanan, hükûmetin cumhuriyetçi yapısını ortadan kaldıracak radikal değişikliklerdir.<sup>221</sup>

<sup>218</sup> Louis FAVOREU, Loïc PHILIP, **Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel**, 14<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 2007, ss. 817-819. Karar metni için bknz: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2003/2003-469-dc/decision-n-2003-469-dc-du-26-mars-2003.857.html> (26.11.2010 tarihinde ziyaret edildi.)

<sup>219</sup> Dominique MAILLARD DESGREES DU LOU, "Le pouvoir constituant Dérivé Reste Souverain", **Revue du Droit Public (RDP)**, no. 3, mai-juin 2003, s. 726.

<sup>220</sup> Karar, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinden ayrıntısıyla inceleneceğinden burada sadece siyasal rejimin korunmasıyla ilgili kısmına değinmekle yetiniyoruz.

<sup>221</sup> Commission de Venice, **Rapport sur l'Amendement Constitutionnel**, (Venice 11-12 Décembre 2009), CDL-AD (2010) 001, § 211.



Dolayısıyla 89. madde, cumhuriyetçi yapı ortadan kaldırılmadığı sürece değiştirilebilir bir maddedir.

### *b. Devlet yapısının korunması*

Siyasal rejim kadar olmasa da anayasalarda değişmez maddeler aracılığıyla korunan bir diğer nitelik de devlet yapısıdır. “Devlet yapısı” kavramı oldukça belirsiz bir kavram olmakla birlikte doktrinde daha çok bir devletin üniter veya karma yapılı olup olmayacağı ve bağımsızlıkla ilgili konular olarak algılanmaktadır.

Bilindiği üzere, 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın değişmez nitelikteki 3. maddesinde “Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür” ibaresiyle üniter yapının değiştirilemeyeceğini hükme bağlanmıştır.<sup>222</sup> Ancak söz konusu maddenin İspanya türü bir bölgesel devlet modeline izin verip vermediği tartışmalıdır. Zira İspanya, 17 özerk bölgeye ayrılmış bir yapıya sahipse de doktrindeki bazı yazarlarca üniter devlet başlığı altında incelenmektedir.<sup>223</sup> Kanaatimizce de bölgesel özerklikler 3. maddedeki “ülke bütünlüğünü” ihlal etmemektedir. Dolayısıyla yerinden yönetimlere özerklik verecek bir anayasa değişikliği değişmez maddenin ihlali anlamına gelmeyecektir.

Bu gerekçeyle olmasa da, devlet yapısı olarak benzerlikler gösterdiğimiz Fransa’da yerel yönetimlere yeni yetkiler tanıyan bir anayasa değişikliği yargı konusu olmuştur. Fransız Anayasa Konseyi, 2003-469 sayılı ve 26.03.2003 tarihli kararında senatörlerin, ülkenin merkezî yapısını yumuşatan anayasa değişikliğinin Fransa Anayasası’nın değiştirilmesi teklif dahi edilemeyen 89. maddesine aykırı olduğu iddiasını ve dolayısıyla *cumhuriyet* kavramını geniş yorumlama isteğini reddetmiştir. Oldukça kısa olan kararının gerekçesinde Konsey, Anayasa’ya ve kuruluşuna dair kanuna bakarak yetkilerinin sınırlı sayıda ve kesin şekilde sayıldığını

<sup>222</sup> GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin, Bursa, 2000, s. 117. Türkiye Anayasa Mahkemesi de “ülkenin ve milletin bölünmezliği” kavramını üniter yapı olarak algılamaktadır. Mahkeme çok sayıda parti kapatma kararını bu algı üzerinden kaleme almıştır. Mahkeme’nin siyasal partilerin federal sistemi savunamayacaklarına dair kararlara bir örnek olarak bkz: Özgürlük ve Demokrasi Partisi’nin kapatılmasına karar verilen 23.11.1993 tarihli ve E. 1993/1, K. 1993/2 sayılı karar.

<sup>223</sup> Örnek için bkz: TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, ss. 146-148. GÖZLER de eserinde “federasyon” başlığı altında incelese de bölgesel devletin “esas itibarıyla bir üniter devlet” olduğunu belirtmektedir. Bknz: GÖZLER, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Ekin, Bursa, 2010, s. 215.

belirterek, anayasa değişikliğine dair kanunları inceleme yetkisinin olmadığına karar vermiştir.

Federal Almanya Anayasası'nın 79. maddesinin üçüncü fıkrasına bakıldığında, ülkenin üniter yapıya dönüştürülmesinin açıkça yasaklandığı görülmektedir. Söz konusu madde uyarınca federal devletin *Land*'lara ayrılmasına ve bu eyaletlerin yasama etkinliğine ilkesel katılımı kuralına aykırı bir anayasa değişikliği yapılamaz. Almanya Anayasası'nın 79/3. maddesinin federal yapıyı koruyan hükmü, nasyonal sosyalist rejime bir tepkinin ifadesidir. Almanya'da 1933 yılında iktidara gelen Adolf HITLER'in ilk icraatından biri, Weimar Anayasası'nın öngördüğü federal sistemi kaldırmak olmuştur. HITLER, tüm yetkilerin tek bir merkezde, kendi şahsında toplandığı otoriter ve totaliter nitelikte bir üniter yapı kurmuştur. O nedenle, Almanya'da üniter devlet modelini benimseyen bir partinin amacının ancak bir diktatörlük kurmak olacağı varsayımından hareket edilmektedir.<sup>224</sup>

Anayasalardaki değişmez ilkelerden birinin de devletin bağımsız yapısı olup olmadığı, özellikle Avrupa Birliği ülkelerinde yoğun şekilde tartışılmaktadır. Eğer bir gün Avrupa Birliği bir federasyona dönüşürse, acaba üye ülkelerin türev kurucu iktidarları, gerçek egemenliğin tek sahibi olan aslî kurucu iktidarın kurduğu ülkenin bağımsızlığına son verip, oluşacak yeni devlete dahil olabilir mi? MURSWIEK'e göre, anayasada açıkça yazmasa dahi, bağımsız devlet statüsü, anayasa koyuculuğunun anayasanın bütününden çıkan ön koşulu niteliğini taşır; dolayısıyla bir anayasa değişikliği ile kaldırılamaz. Bu nedenle, Avrupa Birliği'nin bir federasyona dönüşmesi durumunda, bağımsız devlet statüsü yerine bu federasyona üyelik basit bir anayasa değişikliği ile sağlanamaz.<sup>225</sup> Nitekim Federal Almanya Yüksek Mahkemesi'nin, çalışmamızın ikinci bölümünde incelenecek olan, Lizbon Kararı olarak bilinen kararı da aynı yöndedir. Ancak bu durumda yeni bir soru karşımıza çıkmaktadır: Bağımsız bir devlet, bir federasyona nasıl katılabilir? Almanya'da hâkim olan doktrin ve Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin söz

<sup>224</sup> Oktay UYGUN, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bakımından Anayasaların Değiştirilemez Hükümleri", in **Prof.Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan**, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 730.

<sup>225</sup> Dietrich MURSWIEK, "Ungeschriebene Ewigkeitsgarantien in Verfassungen" (10.11.2008 tarihinde Bilkent Üniversitesi'nde düzenlenen toplantıya sunulan yayımlanmamış bildiri), <http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers/murswiek/ewigkeitsgarantie> (21.08.2012 tarihinde ziyaret edildi.), s. 7, aktaran: SAĞLAM, "Anayasa ve...", s. 585.

konusu kararı uyarınca, kanaatimizce bunun tek yolu, aslî kurucu iktidarın demokratik yollarla yeniden ortaya çıkmasıdır.

### *c. Devletin temel kuruluş ilkelerinin korunması*

Bazı ülkelerde siyasal rejim ve devletin yapısının dışında, aslî kurucu iktidarın devleti kurarken esas aldığı bazı ilke ve/veya ilkelerin değişmezlik kapsamına alındığı görülebilmektedir. Öyle ki bazı yazarlar, aslî kurucu iktidarın koyduğu tüm kuralların aynı şekilde kalması gerektiğini yani anayasanın hiç değiştirilmemesi gerektiğini dahi iddia etmiştir.

Örneğin Harvard Üniversitesi'nden VERMEULE'nin dikkat çektiği üzere bazı yazarlara göre *“anayasa bir kez yazıldıktan sonra artık değişikliğe uğramamalıdır. Çünkü anayasa değişiklikleri ‘yersizdir’. Ayrıca değişikliklerle anayasayı değiştirip bozmak kötüdür; anayasalar, onun üstünlüğünü tehdit eden değişikliklerle gelişmiş güzel doldurulmamalıdır; anayasa değişiklikleri bölücü ve kutuplaştırıcıdır; değişiklikler öngörülemeyen sonuçlara sebep olabilir; ve son olarak değişiklikler anayasa metninin içerisindeki veya anayasal doktrindeki uyumu azaltır”*.<sup>226</sup> Yazarın haklı olduğu bazı noktalar olsa da anayasaların modern toplum sözleşmesi olduğu ve toplumla birlikte değişikliğe uğramalarının olağan olduğu göz önünde bulundurulduğunda düşüncesini olduğu gibi kabul etmemiz mümkün değildir. Anayasalar yaşayan belgelerdir ve günün şartlarına göre güncellenmeleri olağandır. Anayasa koyucu ne kadar soyut ve genel kurallar koymuş olsa da, gelecekte ortaya çıkması muhtemel yeni durum ve ihtiyaçları tümüyle öngöremez. Üstelik anayasanın süreklilik ve kalıcılığı da ancak onun gerektiğinde değiştirilmesi ile sağlanabilir.<sup>227</sup>

Anayasalar, yine anayasada öngörülen usule uyularak değiştirilebilir. Ancak aslî kurucu iktidarlar, bir anayasa aracılığıyla ülkeyi ilk defa veya yeniden kurarken kendilerinden sonra gelecek iktidarların, anayasanın her maddesine değil ancak ülkenin temel niteliklerini içeren maddelerine müdahale etmemesini kurala bağlayabilir. Bunlar, yukarıda gördüğümüz üzere, siyasal rejim ve devletin yapısıyla

<sup>226</sup> Adrian VERMEULE, "Constitutional Amendments and the Constitutional Common Law", [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=590341](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=590341) (07.11.2013 tarihinde ziyaret edildi.), s. 2. Vurgu VERMEULE'ye aittir.

<sup>227</sup> Mustafa ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2001, s. 45.

ilgili olabileceği gibi kurucuların büyük önem verdiği çeşitli ilkeler de olabilir. Örneğin Portekiz Anayasası 290. maddesiyle laiklik, işçi hakları ve planlı ekonomi gibi ilkelere değişmezlik tanımıştır.

Almanya'nın 1949 tarihli Anayasası yazılırken ise değişmez maddeler aracılığıyla 1933 tarihli Weimar Cumhuriyeti Anayasası sırasında görülen anayasal çözümlenin yaşanması engellenmek istenmiştir. Federal Almanya Anayasası'nın 79/3. maddesiyle merkezî maddî unsurların korunması ihtiyacı 1933 yılında yaşanan deneyimden (eyaletlerin dizginlenmesi, tek parti sistemi, temel haklara saygıdan “muafiyet”, vb.) kaynaklanmıştır. Anayasa'nın 79/3. maddesinin amacı, anayasa değişikliğinin tamamen yasal ve usûle uygun yolları kullanılmak suretiyle anayasal düzenin özünün ve temellerinin ortadan kaldırılmasını ve bu usûlün bir darbenin ardından totaliter bir rejime hizmet etmesini engellemektir.<sup>228</sup> Bir başka deyişle Almanya'da değişmezliğin amacı Anayasa'nın 1. ve 20. maddelerinde belirlenen insan onuru ve temel anayasal yapının önde gelen değerlerini korumaktır.<sup>229</sup>

Aynı şekilde 1982 Türkiye Anayasası'nda da laiklik, sosyal devlet ve hukuk devleti gibi ilkeler değişmezlik kapsamına alınmıştır. Ancak 1982 Anayasası'nın değiştirilemez nitelikteki 2. maddesindeki “toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı” ve “Atatürk milliyetçiliğine bağlılık” gibi kavramlar hukuksal olmadığı gibi esasen devletin temel kuruluşuyla da ilgili değildir. Bu nedenle değiştirilemezlik niteliğini haiz olmalarının hiçbir gereği yoktur. Bunların değişmez kabul edilmesinin arkasındaki neden yönetime silah zoruyla el koyan askerî iradenin toplumu belli bir yönde şekillendirme isteğidir. Tolga ŞİRİN'e göre de bu tür siyasî kavramların değiştirilemezliğe yükseltilmesinin nedeni Anayasa Mahkemesi'ne sınırsız denetim aracı vermek ve devlete “yurttaşları belli bir forma sokmak” gibi

---

228 Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin BVerfGE 30, 1 numaralı kararından aktaran: Olivier LEPSIUS, “Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de révision constitutionnelle dans la République fédérale d'Allemagne”, **Cahiers du Conseil constitutionnel**, n° 27 (Dossier : Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles), Janvier 2010, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-27/le-controle-par-la-cour-constitutionnelle-des-lois-de-revision-constitutionnelle-dans-la-republique-federale-d-allemagne.51426.html#hautDePage> (21.08.2013 tarihinde ziyaret edildi.).

229 Peter E. QUINT, “60 Years of the Basic Law and its Interpretation: An American Perspective”, **Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart**, vol. 57, 2009; University of Maryland Legal Studies Research Paper, no. 2010-22, [http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1940&context=fac\\_pubs](http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1940&context=fac_pubs) (21.08.2013 tarihinde ziyaret edildi.), s. 13.

çoğulcu demokrasi ile uyuşması mümkün olmayan bir görev yüklemektir.<sup>230</sup> Ancak bunun, çalışmamızın başında ifade ettiğimiz değişmezlik ilkesinin kökeni ve amacıyla uyuşmadığı ortadadır.

Aynı şekilde 1982 Anayasası'nın 3. maddesinde “devletin öz unsuru” kabul edildiği anlaşılan ve bu nedenle de değişmezlik niteliğine kavuşturulan ülke bayrağı, millî marşı ve başkentinin de hukuksal değerleri tartışmalıdır. Bayrak, bir milletin simgesi olarak kullanılan, renk ve biçimle özelleştirilmiş, genellikle dikdörtgen biçiminde bir kumaştır.<sup>231</sup> Millet, kendini simgeleyen bayrağı çeşitli nedenlerle değiştirmek isteyebilir. Örneğin Güney Afrika Cumhuriyeti apartheid rejimini, Romanya ise komünist rejimi terk etmesinin ardından bayrağını değiştirmiştir. Ancak her iki ülke de egemenlik hakkını haiz aynı ülke olmaya devam etmiştir. Dolayısıyla bayrağın değiştirilmesi, ülkedeki önemli bir değişikliğe işaret etse de eski egemen devletin tamamen ortadan kalktığını göstermez.

Aynı durum millî marş için de geçerlidir. Millî marş bir topluluğu simgelemek için düzenlenmiş müzik parçasıdır<sup>232</sup> ve değiştirilmesi halinde devletin nitelikleri değişmez. Örneğin Kanada'da 1980'e kadar “*God save the queen*” adlı parça millî marş olarak kabul edilirken bu tarihten sonra “*O Canada*” adlı şiir millî marş olarak kabul edilmiştir. Günümüzde ise bu marştaki cinsiyetçi tutum eleştirilmekte ve erkek egemen olduğu iddia edilen bir mısraın değiştirilmesi tartışılmaktadır. Ancak tüm bunlar olurken Kanada Devletinin varlığı, egemenliği veya nitelikleri tartışma konusu olmamıştır.

Son olarak, başkentini değiştirememesi de hukuksal olmaktan çok siyasi nedenlerle değişmez ilan edilen bir hükümdür. Başkent, bir devletin yönetim merkezi olan, kimi aykırılıklar dışında hükümet ve parlamentosunun yerleştiği, devlet başkanının oturduğu, siyasi ve yönetsel özeği olan şehirdir.<sup>233</sup> Bu anlamda, bayrak ve millî marş gibi dışarıya yönelik bir egemenlik sembolü de değildir. Çok sayıda ülke, ekonomik, demografik veya stratejik sebeplerle başkentini zaman içerisinde değiştirmiştir. Örneğin Büyük Britanya'nın bir sömürgesi olduğu yıllarda Hindistan'ın başkenti Kalküta idi. Ancak İngilizler yüzölçümü bakımından çok

<sup>230</sup> ŞİRİN, “Anayasanın Değiştirilemez...”, s. 26.

<sup>231</sup> www.tdk.gov.tr

<sup>232</sup> www.tdk.gov.tr

<sup>233</sup> www.tdk.gov.tr

büyük olan ülkeyi daha rahat yönetebilmek adına başkenti daha kuzeydeki Delhi'ye taşımış ve Yeni Delhi adında yeni bir şehir inşa ederek 1947'de başkent yapmıştır. Brezilya ise başkenti olan Rio de Janeiro'nun hem ülkenin geri kalanından uzak hem de çok kalabalık olması nedeniyle ülke içinde Brasilia adıyla yeni bir şehir inşa etmiş ve başkentini buraya taşımıştır. Bu taşıma işlemi o kadar başarılı olmuştur ki dünyanın diğer ülkeleri için örnek teşkil etmiştir. Belize'de ise başkent değişikliğinin nedeni doğal bir afettir. 1961 yılında Hattie fırtınası nedeniyle başkent Belize City büyük hasar görmüş, bu nedenle 1970'de bir iç şehir olan Belmopan hükümetin işleyişinin devamlılığı ve resmî evrakın korunması adına başkent ilan edilmiştir. Kazakistan 1991'de Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nden bağımsızlığını ilan ettiğinde başkenti Almati'dir. Ancak hükûmet liderleri 1997'de başkenti Astana'ya taşımaya karar vermiştir. Çünkü önemli fay hatları üzerindeki Almati'nin çevresinde büyümek için yeterli yer bulunmamaktadır. Buna ek olarak şehir bağımsızlığını yeni kazanan ve karışıklıklara açık diğer devletlere çok yakın bir konumdadır.<sup>234</sup>

Bu örneklerden de görülebileceği üzere dünyanın çok farklı coğrafyalarındaki çok farklı yapıdaki devletler çeşitli sebeplerle başkentlerini değiştirmiştir. Başkentini değiştirilmesi o devletlerin niteliklerinde herhangi bir değişiklik yapmadığı gibi devletin sürekliliğinin sağlanması adına önemli bir işlev görmüştür. Bu açıdan bakıldığında, 1982 Anayasası'nın değiştirilemez 3. maddesinde başkentini Ankara olduğuna dair bir hükmün yer alması hukuksal olarak anlamsız olduğu kadar stratejik olarak da tehlikeli bir durumdur.

Pozitivist açıdan bakıldığında yukarıda saydığımız ve değişmez olmalarına gerek olmadığına işaret ettiğimiz hususlar hakkında da değişiklik teklifi yapılamaz. Ancak, ileride belirteceğimiz üzere, söz konusu hükümlerin değişmezlik niteliğine büründürülmesi iradesinde sorun bulunmaktadır. Sırf teorik olarak değişmezlik kavramıyla “uyumlu olmadıkları” için değil, ancak 1982 Anayasası'nın 2. ve 3. maddelerinin değişmez ilke olarak belirlenmesinde demokratik bir irade bulunmadığı için söz konusu hususların ancak çıktı ve süreklilik meşruiyeti olduğu ölçüde değişmez oldukları kanaatindeyiz.

---

<sup>234</sup> Geography.about.com/od/politicalgeography/a/Capital-City-Relocation.htm (17.06.2013 tarihinde ziyaret edildi.)

#### d. İnsan haklarının korunması

Değişmez madde ve ilkelerin anayasa mahkemeleri tarafından yargısal denetimde kullanılmasının en önemli etkilerinden biri insan hakları alanında yaşanmaktadır. Siyasal iktidarların parlamentodaki çoğunluklarına dayanarak kendi talepleri doğrultusunda ve muhalefet ve azınlık hakları aleyhinde girişecekleri anayasa değişikliklerinin önüne geçmek isteyen anayasa mahkemelerinin elindeki en önemli araç değişmez maddelerdir.

Şayet türev kurucu iktidarın sınırsız olduğu kabul edilirse vatandaşların temel hakları tamamen kurucu organın iradesine teslim edilmiş demektir. Aksine, eğer türev kurucu iktidarın sınırlı olduğunu ifade ediyorsak, bu halde vatandaşlar sahip oldukları temel hakların kurucu iktidar tarafından ortadan kaldırılamayacağı güvencesine sahiptir.<sup>235</sup>

FAVOREU'ye göre de “*günümüzde, modern demokratik rejimlerde esas olan, yürütmeye yasama arasından çok, çoğunlukla azınlık arasında bir denge kurabilmektir. Böylece muhalefetin çoğunluk tarafından ezilmesi önlenir ve azınlığın da bir gün iktidara gelme şansı devam eder. Bu ancak, çoğunluğun temel haklara saygı duyması fikri çerçevesinde oyunun kurallarına göre oynanıp oynanmadığını tespit edecek bir hakem tarafından sağlanabilir. Güçlü bir demokratik gelenekten gelen Büyük Britanya ve İsveç gibi ülkelerde bu durum söz konusu olmayabilir.*<sup>236</sup> Ancak dikkat etmek gerekir ki bu iki ülke İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nde en fazla mahkûm olan ülkeler arasındadır. Hakem Londra'da veya Stockholm'de değil, ama Strasbourg'dadır.”<sup>237</sup> Yazar böylece anayasa mahkemesinin varlığının insan haklarının ihlal edilip edilmemesiyle ne kadar yakından bağlantılı olduğunu net şekilde ortaya koymaktadır.<sup>238</sup>

II. Dünya Savaşı öncesine bakıldığında Batı'da anayasal denetime bakış olumsuz yöndedir. Avrupa'da hâkim olan görüşe ve özellikle sol düşünceye sahip

<sup>235</sup> SAINT-HUBERT, “La Cour...”, s. 632.

<sup>236</sup> Bu ülkelerde kıta Avrupa'sı ülkelerinde görülene benzer bir anayasa mahkemesi bulunmamaktadır. (S.K.)

<sup>237</sup> Louis FAVOREU, “De la Démocratie à l'Etat de Droit”, *Le Débat*, no. 64, 1991, s. 162.

<sup>238</sup> Elbette bu, sırf anayasa mahkemesinin varlığının insan hakları ihlalinin önüne geçeceği anlamına gelmemektedir. Nitekim İHAM'da en fazla mahkûm olan ülkeler bir anayasa mahkemesinin bulunduğu Rusya ve Türkiye'dir.

kişilere göre kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi muhafazakârlığın ve toplumsal gerilemenin yöntemlerinden biridir. Fakat özellikle II. Dünya Savaşı'nın ardından Avrupa'da ortaya çıktığı şekliyle söz konusu anayasal denetim yeni bir içerik kazanmıştır. Artık anayasa mahkemeleri özgürlüklerin ve temel hakların korunması konusunda oldukça “ilerici” bir tutum sergilemekte ve bu anlamda ülkelerin yasa koyucularına da yol gösterici olmaktadır.<sup>239</sup> İnsan haklarının değişmez ilke olarak kabul edildiği ülkelerde anayasa mahkemelerinin hareket alanı daha fazladır ve bu sayede mahkemeler temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesinin önünde daha güçlü durabilmektedir. Bu konuda liderliği, II. Dünya Savaşı deneyiminin de etkisiyle, Almanya üstlenmiştir.

Almanya Anayasası'nın 79/3. maddesine göre Anayasa'nın 1. ve 20. maddelerindeki temel hak ve özgürlüklere ilişkin ilkelere dokunan anayasa değişikliği yapılamaz. İnsan onurunun değiştirilemez olduğunu belirten Almanya Anayasası'nın ilk maddesi doğal hukuktan kaynaklanan temel ilkelerden bir tanesidir.<sup>240</sup> Hatta insan onurunun ihlal edilemezliği Almanya Anayasası'nın temelini teşkil etmektedir; tüm anayasal düzen ve güvence altına alınmış temel haklar bunun üzerine kurulmuştur.<sup>241</sup>

Almanya Anayasası'nın ilk maddesinin 3. fıkrasının sonraki 18 maddeye gönderme yapan içeriği nedeniyle değişmezliğin yalnızca 1. ve 20. maddeyi mi, yoksa 1. ila 20. madde arasındaki tüm maddeleri mi kapsadığı tartışma konusudur. YÜZBAŞIOĞLU'na göre Almanya Anayasası'ndaki değişmez maddeler yalnızca 1. ve 20. maddeler değil, ilk 20 maddenin tümüdür. Çünkü “*Hitler rejiminin ardından yeniden bir totaliter rejime yönelmemek için özgürlük, hür, demokratik temel düzeni korumak adına değişmezlik benimsenmiştir*”.<sup>242</sup>

Pozitivist bir okumayla bakıldığında yalnızca 1. ve 20. maddenin değiştirilmesinin yasak olduğu belirtilmiş olsa da, kanaatimizce de, Federal Almanya Anayasası'ndaki değişmezliğin etkisi, mutlak şekilde olmasa da, temel hak ve özgürlüklerin sayıldığı söz konusu 18 maddeye de yayılmıştır. Şöyle ki, Anayasa'nın

<sup>239</sup> FAVOREU, “De la Démocratie...”, ss. 160-161.

<sup>240</sup> HERZOG, “La Hiérarchie...”, s. 16.

<sup>241</sup> Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin 1957 tarihli 6 BVerfGE 32, 36 sayılı Elfes Kararı'ndan aktaran: NOHLEN, “Germany: The Electronic...”, 682.

<sup>242</sup> **Anayasa'nın Değiştirilemez Maddeleri ve Başkanlık Sistemi – Panel Notları**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2011, s. 50.



birinci maddesinin üçüncü fıkrasında “*aşağıda sayılan temel haklar, doğrudan uygulanan haklar sıfatıyla yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlar*” denmektedir. Böylece ilk fıkrasındaki “insanlık onuru” dışında temel hak ve özgürlük içermeyen değişmez nitelikteki ilk madde, temel hak ve özgürlükleri kendinden sonra gelen 18 maddeye atıfta bulunmak suretiyle korumaktadır. Federal Almanya Parlamentosu’nun bu 18 maddeyi tümünden kaldırdığının veya içeriklerini tümünden değiştirdiğinin varsayılması halinde, değişmez maddenin koruduğu bir temel hak ve özgürlük kalmayacaktır ve değişmez maddeden beklenen işlev yerine gelmemiş olacaktır. Federal Almanya Anayasası’nı yazan aslî kurucu iktidarın<sup>243</sup> iradesinin böyle bir olasılığa aykırı yönde olduğunu düşünmekteyiz.

Buna karşın, Federal Almanya Anayasası’nın 1. maddesinin 3. fıkrasıyla yapılan atıfla sirayet eden dokunulmazlık mutlak bir dokunulmazlık değil, içerikle ilgili bir dokunulmazlıktır. Nitekim söz konusu maddeler üzerinde değişiklikler yapılmıştır.<sup>244</sup> Federal Almanya Parlamentosu temel hak ve özgürlükleri düzenleyen 18 madde üzerinde değişiklik yapabilir ancak özlerine dokunamaz ve söz konusu hak veya özgürlüğü tümünden kaldıramaz. Bu durumda hem Anayasa’nın 79/3. maddesindeki norma uyulmuş ve “istisnanın yaygınlaştırılmayacağına” dair haklı pozitivist eleştirilerin önüne geçilmiş, hem de aslî kurucu iktidarın değişmez maddeyi düzenlerkenki amacına uygun davranılmış olur.

Bu noktada hatırlatmakta fayda var ki, 23 Temmuz 1995 tarihinde kabul edilen 4121 sayılı anayasa değişikliği kanunuyla 1982 Türkiye Anayasası’nın değişmez nitelikteki 2. maddesinin atıfta bulunduğu Başlangıç bölümünde değişiklik yapılabilmektedir. Değişiklikle 12 Eylül 1980 hükümet darbesini gerçekleştiren Türk Silahlı Kuvvetleri’ne yapılan atıflar Başlangıç kısmından çıkartılmış ancak öze dokunulmamıştır.

---

<sup>243</sup> II. Dünya Savaşı’nın ardından galip devletlerin gözetim ve denetimi altında yazılan 1949 tarihli Federal Almanya Anayasası’nı yazan aslî kurucu iktidarın demokratik olmadığını düşünmekle birlikte, aşağıda açıklayacağımız üzere, çıktı ve süreklilik meşruiyetiyle demokratikleştiğini düşünmekteyiz.

<sup>244</sup> Bknz: Çalışmanın ikinci bölümünde yer alan Federal Almanya Anayasa Mahkemesi kararları.

### *e. Siyasal istikrarsızlığın önlenmesi*

Yukarıda belirttiğimiz gibi, değişmez maddelerin rejimin ve devlet yapısının korunması için kullanılması yaygındır. Bu durum, yine hemen yukarıda belirttiğimiz gibi, değişmez maddelerin muhafazakârlığa ve toplumsal ilerleyişin engellenmesine yol açtığı eleştirilerini beraberinde getirmiştir. Gerçekten de değişmez maddeler, kapsamaları geniş veya dar olsun, belli bir *status quo*'nun devam etmesi için anayasalara yerleştirilmiş maddelerdir. Ancak demokratik aslı kurucu iktidarın devletin sürekliliği için öngörmüş olduğu bir güvence şeklinde algılanmalıdır.

Afrika kıtasına bakıldığında, değişmez maddelerin bundan biraz daha farklı bir “süreklilik güvencesi” amacıyla anayasalara yerleştirildiği fark edilmektedir. Özellikle 20. yüzyılda sömürgeci devletlerden bağımsızlıklarını kazanan Afrika ülkelerinde anayasa yazımının genelde yine ülkeyi terk eden Avrupalı devletler tarafından yapıldığı görülmektedir. Batı kültür ve siyaset tarihinden ithal edilen kavramlarla ve bu kültür ve tarihten kaynaklanmış olan insan hakları ve özgürlükler gibi modern demokratik unsurlarla dolu olan söz konusu anayasalar, aynı kültürel mirasa sahip olmayan ülkelerde uygulama alanı bulamamıştır. Ancak bununla beraber, seçimle işbaşına gelen siyasetçilerin kişisel çıkarlarını hayata geçirmesinin de önünde engel olmuşlardır. Bu yüzden, anayasanın koyduğu sınırlarla kendini bağlı hissetmeyen ancak anayasanın üstünlüğüne saygı gösterdiği izlenimini de yaratmak isteyen hükümet ve devlet başkanları anayasayı defalarca ve keyfi şekilde değiştirme yolunu tercih etmiştir. Ancak bu durum, Afrika ülkelerinde bugün de görmekte olduğumuz istikrarsızlıklara sebep olmuştur.

İşte bu yüzden, Afrika’da 1990 senesinden sonra esaslı şekilde değişen veya yeniden yazılan yeni anayasalar, farklı yöntemlerle, yürütme ve yasamaya anayasayı değiştirme konusunda bazı sınırlar ve kısıtlamalar getirmiştir. Söz konusu sınır ve kısıtlamalar, değişiklik sürecini son derece zorlaştırmak veya bazı maddelerin değişikliğini yasaklamak amacıyla tasarlanmış çeşitli hukuksal araçları kapsayan düzenlemeler içermektedir. Bu düzenlemelerin genel amacı, kişisel çıkar peşinde koşan siyasetçilerin veya iktidarlarını sonsuza kadar sürdürmek isteyen geçici

çoğunlukların keyif ve kaprisi nedeniyle anayasada ifade edilen halkın genel çıkarının zarar görmesini engellemektir.<sup>245</sup>

Anayasasında değişmez madde olan ülkelerin çoğunluğunun Afrika'da olmasının temel nedeni de budur. Örneğin Cezayir, Kamerun, Fildişi Sahili, Orta Afrika Cumhuriyeti, Gine, Gabon, Senegal, Somali, Tunus<sup>246</sup>, Madagaskar, Mali, Togo, Nijerya, Moritanya ve Komor Adaları anayasalarında siyasal rejim ve Cezayir, Kamerun, Komor Adaları, ve Ruanda anayasalarında devletin siyasal yapısı değiştirilemez maddelerle korunmaktadır. Cezayir, Madagaskar ve Somali anayasalarında sosyalist ideoloji, Cezayir, Komor Adaları ve Fas anayasalarında devletin İslamî yapısı değişmezdir. Aynı şekilde Cezayir ve Somali gibi insan hakları ihlallerinin sıklıkla görüldüğü iki ülkede insan haklarıyla ilgili anayasa maddeleri değişmezlik niteliğine sahiptir.

#### *f. Özgün bir örnek:1982 Türkiye Anayasası*

Görüldüğü üzere küresel düzeyde kabul edilmiş tek bir değişmezlik kapsamı bulunmamaktadır. Bu, değişmezlik kurumunun siyasal ve kültürel geçmişle yakından ilişkili olmasından kaynaklanmaktadır. Buna karşın 1982 Türkiye Anayasası'ndaki değişmez maddelerin dünyanın geri kalanında kabul edilmiş olan değişmez maddelerden ayrılan bir çok özelliği bulunduğundan ayrı bir değerlendirmeye tâbi tutulması gerekmektedir.

##### (1) Dünya anayasalarıyla karşılaştırma

Dünya genelinde anayasalardaki değişmez maddelerin çoğunlukla ya otoriter rejime yönelme ihtimalini ortadan kaldırmaya ya da eski otoriter rejime dönüşü engellemeye yönelik olduğu görülmektedir. Söz konusu maddeler iktidarı sınırlamak ve hak ve özgürlükleri güvence altına almak suretiyle demokratik rejimi ve insan haklarını korumayı amaçlayan hükümler içermektedir.<sup>247</sup> Aynı şekilde 1982 tarihli

<sup>245</sup> FOMBAD, "Limits on the...", s. 2.

<sup>246</sup> Tunus Anayasası yaşanan halk ayaklanmasının ardından bu çalışmanın tamamlandığı 2013 yılı itibarıyla yeniden yazılmaktadır.

<sup>247</sup> Aynı yönde görüş için bkz: ŞİRİN, "Anayasanın Değiştirilemez...", s. 26.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın değişmez nitelikteki maddelerinde de demokrasi ve insan haklarının korunması adına bazı kavramlara rastlanılmaktadır.

1982 Anayasası'nın ilk maddesinde Türkiye Devleti'nin bir cumhuriyet olduğu belirtilerek iktidarın seçimle iş başına gelip gideceği hükme bağlanmıştır. Bu maddeye değişmezlik niteliği tanınması 1924 Anayasası'ndan beri süregelen bir gelenektir ve ülkenin monarşik bir düzene sahip olmasını engellemekte<sup>248</sup> ve özgürlükçü<sup>249</sup> düzeni koruma altına almaktadır.

Cumhuriyetçi yapı, 2. maddedeki “*insan haklarına saygılı,(...) demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti*” tamlamasıyla desteklenmiştir. Böylece cumhuriyet kavramının kendi özünde bulunan özgürlükçü düzen 2. maddedeki unsurlarla güvenceye alınmak istenmiştir. Demokratiklik seçimlerin adil şartlarda gerçekleştirilmesine ve muhalefetin de iktidar olabilecek imkânlarla sahip olmasına, laiklik vatandaşlar arasında inançsal anlamda bir eşitlik olduğuna ve devletin hiçbir dinsel inanca diğerlerine göre daha yakın olamayacağına, sosyallik vatandaşların sosyal ve ekonomik haklarının da güvence altında olduğuna ve hukuk devleti kavramı Cumhuriyet'in hukukun üstünlüğüne ve adalete dayanan yapısına vurgu yapmaktadır.<sup>250</sup>

Yukarıda da belirttiğimiz ve aşağıda daha da ayrıntılı açıklayacağımız üzere 1982 Anayasası'nın ikinci maddesinin değişmezlik niteliği kazanmasında girdi meşruiyeti bulunmamaktadır. Ancak cumhuriyet rejiminin ilkeleri üzerinde sına ve çıktı meşruiyeti olduğunu düşünmekteyiz. Bu nedenle söz konusu ilkelerin dünya anayasalarındakilerle benzerlik gösteren değişmez maddeler olduğu kanaatindeyiz.

1982 Anayasası'yla dünya anayasalarındaki değişmez maddeler arasındaki temel fark diğer anayasalardaki değişmez maddeler genellikle sadece hukuksal kavramlar içerirken Türkiye Anayasası'nda yer alan benzer maddelerde çok sayıda hukuk dışı kavramın bulunmasıdır.<sup>251</sup> Nitekim 1982 öncesindeki Türkiye Anayasaları

<sup>248</sup> 1924 Anayasası hazırlandığı sırada saltanat çok yakın zamanda kaldırılmış bir rejimdir. Bu nedenle geriye gidişi önlemek ve yeni cumhuriyetçi yapıyı korumak adına cumhuriyet rejiminin değiştirilemez olduğu ve değiştirilmesinin teklif edilemeyeceği anayasa hükümleri arasına konmuştur. Aynı yönde görüş için bkz: CAN, **Kurucu İktidar**..., s. 180.

<sup>249</sup> Cumhuriyet kavramının tahakkümsüzlük ve özgürlük ile ilişkisiyle ilgili olarak bkz: Philip PETTIT, **Cumhuriyetçilik**, Ayrıntı Yayınları, 1998.

<sup>250</sup> Belirtmek isteriz ki, 1982 Anayasası'nın ikinci maddesindeki değişmez ilkelerin ne ölçüde hayata geçtiği siyaset biliminin alanına giren farklı bir tartışma konusudur.

<sup>251</sup> Aynı yönde görüş için bkz: ŞİRİN, “Anayasanın Değiştirilemez...”, s. 26.

da değiştirilemez madde olarak yalnızca devletin cumhuriyetçi yapısına dair hükmü kabul etmiştir. Bu nedenle, 1924 ve 1961 tarihli Türkiye Anayasalarındaki değişmezlik kurumunun dünyadaki çizgiyle daha uyumlu olduğu görüşünderiz. 1982 Anayasası'nda rejimin niteliklerinin ve başkent, ulusal marş ve devletin dili gibi unsurların değişmez hale getirilmesi hukuksal bir gereklilik veya tarihsel nedenlere değil, hükümet darbesiyle iktidarı zorla ele geçiren askerî yönetimin keyfiyetine dayanmaktadır.

1982 Anayasası'nın özellikle 3. maddesinin değişmezliği, TANÖR'ün de ifade ettiği gibi, kanaatimizce fuzulîdir. Maddede sayılan dil, bayrak, başkent ve marş unsurlarının değiştirilemez sayılmalarına hiçbir gerek yoktur. Anayasa-koyucu bu noktada gereksiz ve aşırı bir duyarlılık göstermiştir.<sup>252</sup>

## (2) Sistemsel tıkanıklıklarda anayasa mahkemesi kararlarının işlevi

Anayasada değişmez madde bulunması, belli konularda, anayasayı koyan aslı kurucu iradenin çizdiği sınırlar içerisinde hareket edilmesini zorunlu kılar. Söz konusu değişmez maddelerin ayrıntılı düzenlemeler içermesi halinde, zamanla, toplumsal değişimler ve siyasal ihtiyaçlar, değişmez maddelerle çizilen sınırların aşılmasını gerektirebilir.

Bu durumda KÜÇÜK, haklı olarak şu soruyu sormaktadır: Anayasalardaki değiştirilmesi yasaklanan hükümlerin bir kısmının ya da tamamının değiştirilmesi konusunda siyasal ya da toplumsal bir zorunluluğun ortaya çıkması halinde ne olacaktır? Yazara göre, bu maddelerin değiştirilmesi yönünde ciddi anlamda talepler mevcutsa ve bu talepler de yasaklar nedeniyle karşılanamıyorsa bunun neticesi sistemin tıkanmasıdır. Bu sistemsel tıkanıklığın sebebi de değiştirilmesi yasak hükümlerin mevcudiyetidir. Hele ki bu değiştirilmesi yasak hükümlerin bir kısmı ya da tamamı üzerinde toplumsal mutabakat mevcut değil ise yaşanacak sistemsel tıkanıklık ve krizin boyutu çok daha fazla olacaktır.<sup>253</sup>

<sup>252</sup> TANÖR, **İki Anayasa**, s. 152.

<sup>253</sup> KÜÇÜK, "Yeni Anayasa Yapımı...", ss. 218-219.

Ancak yazarın sorusuna iki farklı şekilde cevap vermek mümkündür. Bu cevaplardan ilki, anayasalarda yer alan değişmez maddelerin her zaman hayata geçirilmediği gerçeğidir. Örneğin 1982 Anayasası'nın değişmez nitelikteki ikinci maddesinde Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sosyal devlet ilkesinin de sayılmasına karşın, Türkiye'de sosyal devletin gerekliliklerinin tam olarak yerine getirildiğinin söylenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, siyasal ve toplumsal zorunlulukların ortaya çıkması halinde mutlaka bir tıkanma yaşanmamakta, değişmez maddelerin veya içeriklerinin uygulamadan kalktığı görülebilmektedir. Çünkü toplumsal ve siyasal koşullardaki değişiklik bir anayasanın uygulamasında büyük değişikliklere neden olabilir. Koşullardaki değişiklikler, anayasanın doğası ve anlamında bir değişiklik yaparken, aynı zamanda, yargısal makamların yorumunda da değişikliğe sebep olabilir.<sup>254</sup>

Buna bağlı olarak ikinci cevabımız, tıkanmaların anayasa mahkemesinin kararlarında yaptığı yorum aracılığıyla aşılmasının her zaman mümkün olmasıdır. Çalışmamızın ikinci kısmında daha ayrıntılı şekilde inceleneceği üzere anayasa mahkemeleri, değişmez madde ve ilkeleri dar veya geniş yorumlayabilmekte ve bu yolla tıkanmaları engelleyebilmektedir. Anayasalar sadece biçimsel anayasa değişikliği yoluyla değil, parlamento ve mahkemelerin yorumlarıyla da toplumsal değişime uyum sağlayabilirler. Nitekim örneğin ABD'nin 1787 tarihli Anayasası'na günümüze kadar sadece 11 ekleme yapılmıştır ancak siyah vatandaşlar bir zamanlar köleyken, sivil itaatsizlik eylemleri ve değişen toplumsal koşullar sonunda Yüksek Mahkeme kararlarındaki yorum değişikliğe uğramış ve siyahlar belli bir süre sonra diğer vatandaşlarla eşit konumda kabul edilmiştir. Ancak elbette bu noktada, anayasasında değişmez madde olan bir ülkedeki anayasa mahkemesinin özgürlükçü, insan haklarını güçlendiren ve demokratik bir bakış açısına mı yoksa otoriter ve statükocu bir bakış açısına mı sahip olduğunun belirleyici olduğunu belirtmemiz gerekir. Eğer mahkeme bunlardan ikinci gruba yakın bir bakış açısına sahipse bu sefer, KÜÇÜK'ün belirttiği üzere, sistemsal tıkanma ve kriz daha da büyüyebilecektir.

Buna ek olarak, değişmez maddeler üzerinde toplumsal bir uzlaşımın olması ve hiçbir siyasal gerilim yaratmaması da mümkündür. Nitekim örneğin Federal

---

<sup>254</sup> Kenneth WHEARE, **Modern Anayasalar**, Değişim Yayınları, İstanbul, 1984, ss. 102-103.

Almanya’da, aslî kurucu iktidarın demokratikliği konusunda haklı bir tartışma olsa da, değişmez maddeler üzerinde derin bir mutabakat olduğundan söz konusu maddeler hiçbir tartışmaya ve gerilime yol açmamaktadır. Ancak, bir gün toplumsal değişim nedeniyle mutlaka değişmez maddelerin değiştirilmesi gerekirse, aslî kurucu iktidarın demokratik şekilde ortaya çıkarak, hiçbir kuralla bağlı olmaksızın yeni bir anayasa yazması da her zaman mümkündür.

## B. Kurucu İktidar ve Değişmez Madde İlişkisi

Değişmez madde ve ilkeleri demokrasi karşıtı unsurlar olarak gören görüşün temel dayanağı, parlamentoların millî iradeyi temsil etmeleri nedeniyle sınırlandırılmayacağı düşüncesidir. Millet egemenliği ve demokrasi ilkelerine yaslandığı iddia edilen bu görüşün sahipleri, genelde, aslî ve türev kurucu iktidar ayrımı yapmamakta ve mevcut parlamentonun, yani türev kurucu iktidarın sınırlandırılmayacağını iddia etmektedir.

Buna ek olarak, anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların iptal edilemeyeceğini düşünen bu görüşe göre mevcut parlamento türev de olsa bir “kurucu iktidar”dır ve bu nedenle anayasa-koyucu aslî kurucu iktidarla arasında hiyerarşik bir ilişki yoktur. Buna bağlı olarak da birbiriyle eşit seviyedeki iki kurucu iktidardan öncekinin sonrakini sınırlama yetkisi olamaz; eğer sınırlama konulmuşsa, eşit seviyede olduğu için türev kurucu iktidar bu sınırlamayı kaldırabilir.

Demokratik aslî kurucu iktidar niteliği haiz olmayan anayasa-koyucular tarafından belirlenen değişmez maddelerin seçilmiş temsilcilerin iradesini demokrasiye aykırı şekilde sınırlaması ihtimal dahilindedir. Dolayısıyla yukarıdaki görüşe sahip olan yazarların endişeleri anlaşılırdır. Ancak, bu bölüm boyunca açıklamaya çalışacağımız üzere, yukarıdaki iddia arkaik ve çoğunlukçu bir demokrasi anlayışından beslenmektedir. Modern demokrasi, ROUSSEAU’cu çoğunluk demokrasisini aşmış ve tarihsel süreçten de dersler çıkararak demokrasinin en temel unsurlarından birinin azınlıkların korunması olduğunu kabul etmiştir.

Tartışmanın temelinde aslî ve türev kurucu iktidar ayrımları olduğundan dolayı bu bölümde önce bu kavramları modern demokrasiye göre tanımlamaya ve daha sonra değişmez maddelerle ilişkilerini açıklamaya çalışacağız.

### 1. Değişmezlik ve aslî – türev kurucu iktidar ayrımı

Anayasalardaki değişmez maddelerin en önemli etkisi kurucu iktidarın sınırlarının belirlenmesi sırasında ortaya çıkmaktadır. Çünkü değişmez maddeler türev kurucu iktidarın dokunamayacağı alanı belirlemektedir. Ancak bu durumun “kuruculuk” kavramıyla bağdaşmadığını iddia eden yazarlar da bulunmaktadır.<sup>255</sup> Konu üzerine yazılmış çok sayıda eser bulunmakla birlikte değişmez maddeler kavramıyla olan yakın bağı nedenle, kurucu iktidar kavramıyla birlikte aslî ve türev kurucu iktidar arasındaki ayrıma çalışmamızda özel bir önem verme gereği duymaktayız.

#### *a. Kurucu iktidar kavramının anayasalardaki değişmezliğe etkisi*

Kuruculuk ve kurucu iktidar kavramları, anayasalardaki değişmez maddelerin hukuksal değerleri üzerinde etkilidir. Hatta diyebiliriz ki, değişmez madde ve ilkelerin hukuksal değerini kuruculuktan ne anlaşıldığı ve türev kurucu iktidarın sınırlarının nerede kabul edildiği belirlemektedir.

---

255 BEAUD anayasa koyucu iktidarla anayasayı değiştiren iktidarın her ikisinin “kurucu” sıfatıyla kullanılmasının bir hata olduğunu düşünmekte ve aslî kurucu iktidar yerine “kurucu iktidar”, türev kurucu iktidar yerine de “değiştirme iktidar” demektedir. Bknz: BEAUD, **La Puissance...**, ss. 314-315 ve BEAUD, “Maastricht et la...”, s. 15. Biz, bu düşünceye saygı duymakla birlikte, oturmuş bir kavram olması nedeniyle ve anayasanın bazı maddelerini değiştirmenin de toplumsal sözleşmenin kısmen de olsa yeniden yazılması olduğunu ve bu nedenle kuruculuk niteliği taşıdığını düşündüğümüzden “türev kurucu iktidar” terimini kullanmayı uygun bulduk.



## (1) Kurucu iktidarın tanımı

Anayasaların kendilerine özgü nitelikleri onların, özel siyasal bir yetkiye sahip bir organ tarafından oluşturulmalarını ve değiştirilmelerini gerektirir. Bu organa, egemenliğin unsurlarından biri olan “kurucu iktidar” adı verilir.<sup>256</sup> Bir başka deyişle genel olarak kurucu iktidar, yeni bir anayasayı kabul etmek veya mevcut anayasada değişiklik yapmak yetkisiyle donatılmış iktidardır.<sup>257</sup> Bir başka tanıma göre de, çağımızda devletlerin hukuksal ve siyasal bir kurum olarak varlığını kanıtlayan anayasayı yapan güç, kurucu iktidar olarak tanımlanır.<sup>258</sup> Kısaca özetlemek gerekirse, anayasal norm koyan güce, genel olarak, kurucu iktidar adı verilmektedir.

Hukuk felsefesi sorunlarından pek azı kurucu iktidar sorunu kadar önemsenmiştir. Yazılı anayasaların ortaya çıkmasından itibaren, Amerikan ve Fransız devrimleri sırasında, kurucu iktidar teorisi formüle edilmiştir. Dolayısıyla kavramın, 18. yüzyılda ortaya çıktığı söylenebilir. Hukukçuların neredeyse tamamı tarafından kabul edildiği üzere, kurucu iktidar teorisinin kaynağı SIEYES’in, Fransız Devrimi’nin öncesinde yazdığı *Qu’est-ce que le Tiers Etat?* adlı eseridir.<sup>259</sup> Teorinin formüle edilmesi sırasında ortaya çıkan en önemli sonuçta, kurucu ve kurulu iktidar arasındaki ayrımdır. Bu iki iktidar arasındaki ayrım, tanımını yine SIEYES’te bulmaktadır. En önemli yazarı olduğu 1795 Anayasası projesinin sunumu sırasında SIEYES, bir mütevazılık göstermeden, şu şekilde konuşmuştur: “1788’de kutsal ve kullanışlı bir fikir doğmuştur. Bu, kurucu iktidarla kurulu iktidarlardan ayrımı fikridir. Bu fikir, bilime bir adım daha attıran keşifler arasında sayılacaktır. Ve bu fikir, Fransızlar sayesinde vardır.”<sup>260</sup>

Kurucu iktidar kavramı, kökeni itibariyle olduğu kadar içeriği itibariyle de, yeri mutlaka demokratik bir anayasa teorisinin içerisinde olan demokratik ve devrimci bir kavramdır.<sup>261</sup> Çünkü bir anayasa, öncelikle bir kurucu iktidar gerektirir.<sup>262</sup> Ancak bu

<sup>256</sup> Dominique TURPIN, **Droit Constitutionnel**, PUF, coll. “Premier Cycle”, Paris, 1992, s. 81.

<sup>257</sup> GENEVOIS, “Les Limites d’Ordre...”, s. 909.

<sup>258</sup> Ömer Faruk GENÇKAYA, “Türk Siyasal Sisteminde Kurucu Meclis: 1961 ve 1981 Deneyimlerinin Karşılaştırılması”, in **27 Mayıs 1960 Devrimi – Kurucu Meclis ve 1961 Anayasası**, derleyen: Prof.Dr. Suna Kili, Boyut Kitapları, İstanbul, 1998, s. 17.

<sup>259</sup> KLEIN, **Théorie et...**, ss. 7-8.

<sup>260</sup> Déclaration du 2 Thermidor, an III, Moniteur du 7 Thermidor, an III, vol. XXV, p.239; aktaran: BADINTER, “Le Conseil...”, s. 219.

<sup>261</sup> Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, **Die Verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts**, 1986, s. 11-12, aktaran: KLEIN, **Théorie et...**, ss. 3-4.

kurucu iktidar düzenlenmiş bir iktidar değildir. Anayasa-öncesi fiilî bir iktidardır. Bu nedenle CARRE de MALBERG kurucu bir devlet organının var olamayacağını söylebileceğini ifade etmektedir: Bir devlette yalnızca kurulu organlar vardır.<sup>263</sup> Bir başka deyişle, eğer ortada bir devlet varsa hiçbir şekilde kurucu organdan bahsedilemez. Ünlü Fransız hukukçunun günümüzde türev kurucu iktidar olarak kabul ettiğimiz parlamentoya bir kuruculuk atfetmediği çok açık şekilde görülmektedir. Yazar kurucu iktidarı yalnızca *de facto* ve hukuk-dışı bir iktidar olarak algılamaktadır.

Genel olarak bu görüşe katılmakla birlikte, yazarın yaptığı tanımın 20. yüzyılın sonunda dünyada sıkça rastlanan ve günümüzde de görülmeye devam edilen, hukuksal kesintiye uğranılmamış olmasına karşın ortaya çıkan “demokratik kuruculuk” kurumunu kapsamakta yetersiz kaldığını düşünmekteyiz.

## (2) Aslı – türev kurucu iktidar ayrımının değişmezliğe bağlı olarak ortaya çıkışı

Değişmez maddelerin varlığından kaynaklanan anayasa değişikliğine hukuksal olarak sınır koyma olanağı öncelikle, anayasa koyucu ile anayasayı değiştirme yetkisine sahip yasa koyucu arasında bir ayrım yapma şartına bağlıdır. John LOCKE, *Two Treaties* adlı eserinde bu ayrımı yapmaktadır. Yazara göre, halkın yeni bir rejimi kurma konusunda kurucu gücüyle devlet görevlilerinin ve seçmenlerin günlük siyasette sahip olduğu olağan gücü arasında bir ayrım bulunmaktadır.

Türev kurucu iktidarın, içerisinde değişmez madde bulunmayan bir anayasanın dahi özünü değiştiremeyeceğini ifade eden SCHMITT’e göre de, anayasa maddelerinden birinin bazı anayasa değişikliklerini açıkça yasakladığı hallerde bu, bir anayasa değişikliği ile bir anayasanın tümden ortadan kaldırılması arasındaki farkın onaylanmasından başka bir şey değildir.<sup>264</sup> Bir başka deyişle, anayasayı değiştirme yetkisiyle donatılmış iktidarla, anayasayı yürürlükten kaldırma yetkisine

---

<sup>262</sup> Emmanuel SIEYES, “Motion Sur la Vérification des Pouvoirs”, in **Orateurs de la Révolution Française I – Les Constituants**, sous la direction de François FURET – Ran HALEVI, Gallimard, Bruges, 1989, s. 1013.

<sup>263</sup> Raymond CARRE DE MALBERG, **Contribution à la Théorie Générale de l’Etat Spécialement d’après les Données Fournies par le Droit Constitutionnel Français**, t. II, Libraire du Recueil Sirey, Paris, 1922, s. 500.

<sup>264</sup> SCHMITT, **Théorie de la...**, s. 244.

sahip iktidar arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Dolayısıyla değiştirme yetkisine sahip iktidar, anayasayı tümden değiştirme yetkisine sahip olamaz.

Nitekim 1789 Fransız Devrimi'yle ortaya çıkan ilke de, anayasayı yapma iktidarıyla anayasa tarafından yaratılan iktidarlar arasında mantıksal bir farklılık ve organik bir ayrılık üzerine kuruludur. Böylece olağan iktidarlar olan yasama, yürütme ve yargı erklerinin karşısına onların üzerinde olan ve üstün ve olağandışı bir iktidar yerleştirilmiştir. Bu iktidarın amacı diğerlerini kurmak, onları yönetmek ve onlardan ayrı kalmaktır. İşte bu, kurucu iktidarla kurulu iktidarlar arasındaki ayrım ilkesi diye adlandırabileceğimiz ilkedir.<sup>265</sup>

LAVROFF'a göre, “*doğrudan egemen tarafından kullanılan aslı kurucu iktidarla, anayasa tarafından oluşturulmuş ve o anayasanın belirlediği yetki ve usul şartları sınırlamalarıyla bağlı olan türev kurucu iktidar arasında yapılan ayrım, egemenin kurduğu organların onun iradesine saygı gösterme yükümlülüğüyle gerekçelendirilir. Söz konusu ayrımın yapılmaması, egemenin yetkilerinin inkâr edilmesi ve aslında, onun adına hareket eden temsilcilerin yararına olacak şekilde söz konusu yetkilerin egemenin bünyesinden kopartılması anlamını taşır*”.<sup>266</sup> Buna bağlı olarak, türev kurucu iktidarın anayasadaki değişmez maddelerle bağlı olmadığını iddia etmek, gerçek egemen olarak anayasayı koyan aslı kurucu iktidarı tanımamak anlamını taşıyacaktır.

Bu noktada karşımıza çıkan sorun, görüldüğü üzere, egemenin kim olduğudur. Egemen olan varsayımsal şekilde sürekli olarak var olan ve iradesini seçimler ve temsilcileri yoluyla hayata geçiren “millet” midir, yoksa belli bir tarihte gerçekten var olan ve günümüzde yaşamıyor olsa da hiçbir kuralla bağlı olmadan, gerçek anlamda egemen şekilde anayasayı yazan “kurucu halk” mıdır? Bu soruya ileride ayrıntılı şekilde cevap vermeye çalışacağız.

Günümüz ulus-devletleri için vazgeçilmez bir kurucu ilke olan temsil ilkesinin temelleri SIEYES tarafından atılmıştır. 1789 yılında yayınladığı *Qu'est-ce que le Tiers-Etat?* adlı eserinde yazar burjuvaziyi (Tiers-Etat) devletin taşıyıcı unsuru ve

<sup>265</sup> CARRE DE MALBERG, *Contribution...*, t. II, ss. 509-510.

<sup>266</sup> LAVROFF, *Le Droit Constitutionnel de la Ve Rpublique*, Dalloz, Paris, 1995, ss. 99-100, aktaran: GÖZLER, *Le Pouvoir de...*, t. I, s. 189.

ulusun kendisi olarak tanımlayarak halk egemenliğinden nihaî olarak ulus egemenliğine geçişi sağlamıştır.<sup>267</sup>

Ancak bu geçişin ardından oluşan yeni düzende, aslî kurucu iktidarın yarattığı anayasaya, bu anayasayla kurulmuş olan türev kurucu iktidarın saygı göstermesini sağlama sorunu ortaya çıkmıştır. SIEYES, bu sorunu gidermek adına, 1795'teki III. Yıl Anayasası tartışmaları sırasında anayasanın gözetilmesini güvence altına alacak bir "Anayasa Jürisi" (*Jurie Constitutionnaire*) kurulmasını teklif etmiştir. Çünkü millet egemenliğinin ifadesi olan anayasa, bu anayasaya göre kurulacak olan iktidarların sınırlarını ve yetkilerini çizmektedir ve halkın temsilcileri, egemenliğin gerçek sahibi olan milletin bu en temel iradesine uygun hareket etmek zorundadır. Ancak teklif, Devrim sonrası esen güçlü parlamentonun üstünlüğü ve yasa-merkezcilik rüzgârları nedeniyle kabul edilmemiştir.

Fransa'daki bu yasa-merkezci Anayasa Konseyi'nin kararlarına da yansımıştır. Anayasa Konseyi'nin 26.03.2003 tarihli ve 469 DC numaralı kararına göre türev kurucu iktidarın yaptığı anayasa değişikliklerinin Konsey tarafından denetlenmesi mümkün değildir. Çünkü Konsey, anayasada değişiklik yapma iktidarının tam ve bütünü kapsayan bir kurucu iktidar olduğunu, dolayısıyla aslî kurucu iktidarla aynı seviyede olduğu kararına varmıştır.<sup>268</sup> Mahkeme bu kararıyla, iki kurucu iktidar arasında ayırım olmadığı, bir başka deyişle, bu ikisinin aynı iktidar olduğu yönünde bir yorum yapmıştır.

Bunun aksine, ABD'de baskın şekilde kabul gören görüş, aslî ve türev kurucu iktidar kavramlarının tamamen birbirinden ayrı olduğudur. ABD'liler, neredeyse ülkenin kuruluşundan bu yana yalnızca ABD Anayasası'nı genel iradenin bir eseri olarak kabul edip yasama organı olan Kongre'yi Anayasa tarafından kurulmuş bir organ olarak görmektedir. Öyle ki, bu bakış açısına göre olağan yasalar halkın (veya

---

<sup>267</sup> GÖZTEPE, "Anayasa Yargısı...", s. 48. Yazara genel olarak katılmakla beraber, geçişin halk egemenliğinden değil, sadece "fikrinden" ulus (millet) egemenliğine olduğunu düşünmekteyiz. Zira ROUSSEAU'nun doğrudan demokrasinin bir versiyonu olan halk egemenliği sisteminde halk yönetime doğrudan katılmaktadır. Temsilciler ancak emredici vekaletle görevlendirildiği için kararları doğrudan halk vermektedir. Ancak bu sistem hiçbir zaman hayata geçememiştir Çünkü Fransız Devrimi sonrasında SIEYES'in düşüncesi ağır basmış ve burjuvalar, amiyane tabirle, Devrim'i haktan "çalmıştır". Zira SIEYES'in ROUSSEAU'nun düşüncesini tehlikeli bulması nedeniyle ve monarşik yapının devam etmesi için tasarladığı soyut millet kavramı ve temsil sistemi, aslında demokrasinin içini boşaltan ve yönetimi halka değil, belli bir zümreye veren bir sistemdir. Zaten bu nedenle Devrim'in ardından monarşi son bulmamış, sadece sınırlandırılmıştır. Monarşiyi sınırlayan da halk değil, vergi verme kabiliyeti olanlar, yani burjuvalardır.

<sup>268</sup> MAILLARD DESGREES DU LOU, "Le Pouvoir...", s. 731.

milletin) değil, yasama organının iradesinin bir sonucudur. Böylece Amerikalılar kurucu iktidarla yasama iktidarını kesin şekilde ayırmış ve yasama iktidarını Anayasa'nın egemenliği altına sokmuştur. Bu nedendir ki ABD'de yasama organının tek başına Anayasa'yı değiştirme yetkisi bulunmamaktadır.<sup>269</sup> Çünkü daha 1789'daki Temsilciler Meclisi tartışmalarında temsilci Roger SHERMAN şöyle seslenmektedir: “*Anayasa halkın işlemdir ve bir bütün olarak kalmalıdır. Ancak değişiklikler devletlerin hükümetlerinin işlemdir.*”<sup>270</sup>

CARRE de MALBERG, “ABD farklılığı” olarak adlandırdığı bu durumun kurucu organla yasama organı arasındaki çifte ayrılığa bağlamaktadır: Yasama organı kuruculuk yeterliğine, kurucu organ da (konvansiyon<sup>271</sup>) yasama yeterliğine sahip olamaz.<sup>272</sup> KLEIN'a göre “konvansiyon”, bu nedenle Amerikan anlayışında hukuk sistemi dışındadır: Sadece o anayasa önerebilir veya anayasayı değiştirebilir.<sup>273</sup> Dolayısıyla bu iki iktidar hem oluşumları, hem de işlevleri bakımından tamamen birbirinden farklıdır.

Bir üçüncü görüş ise, türev kurucu iktidarın aslî kurucu iktidarın yarattığı anayasayı değiştirebilmesi nedeniyle işlevsel olarak farklı olmamasına karşın, bu iki iktidarın kaynakları bakımından farklı olduğunu ve oluşumları bakımından aralarında bir hiyerarşi bulunduğunu iddia etmektedir. Çünkü aslî kurucu iktidar fiilî, ilk el ve özerkken ve yetkisini başka bir iktidardan değil, tamamen kendinden alırken (*ideomotris* iken), türev kurucu iktidar aslî kurucu iktidar tarafından düzenlenmiş bir iktidardır. Bir başka deyişle düzenlenişi aslî kurucu iktidar tarafından oluşturulan anayasa tarafından öngörülmüştür. Bu nedenle hiyerarşik olarak aslî kurucu iktidarın altındadır.<sup>274</sup>

<sup>269</sup> Raymond CARRE DE MALBERG, **La Loi Expression de la Volonté Générale – Etude sur le Concept de la Loi dans la Constitution de 1875**, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1931, s. 109.

<sup>270</sup> Aktaran: KLEIN, **Théorie et...**, s. 34.

<sup>271</sup> Konvansiyon kavramının derinlemesine incelendiği bir çalışma için bkz: Öykü Didem AYDIN, **Biz, Halk: “Egemenliğin Sahibi”**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

<sup>272</sup> Aktaran: KLEIN, **Théorie et...**, s. 14.

<sup>273</sup> KLEIN, **a. g. e.**, s. 33.

<sup>274</sup> GÖZLER, **Le Pouvoir de...**, t. I, s. 51.

## (3) Türev kurucu iktidarın “kuruculuk” sıfatını sorgulayan görüşler

SCHMITT, anayasanın özünü oluşturmamayan maddeleri değiştirme iktidarını, anayasanın bir maddesiyle verilmiş ve belirlenmiş bir iktidar olması nedeniyle *kurucu iktidar* olarak nitelenmenin doğru olmadığı düşüncesindedir. Yazara göre, “*anayasal kanunları*<sup>275</sup> *değiştirme yetkisi de, anayasal kanunlardan kaynaklanan diğer iktidarlara gibi, hukukla belirlenmiş bir yetkidir ve dolayısıyla ilke olarak sınırlıdır. Dayanağı olan anayasal düzenlemenin çizdiği çerçevenin dışına çıkamaz.*”<sup>276</sup> Bu nedenle, SCHMITT’e göre, anayasayı değiştirme iktidarı gerçek bir kurucu iktidar değil, kurulu bir iktidardır.

BEAUD da aynı şekilde, şarta tâbi olmayan bir iktidarla çeşitli şartlara tâbi olan veya mutlak bir iktidarla sınırlı olan bir iktidarın ikisinin de *kurucu* olarak nitelenmesini tutarsızlık olarak tanımlamaktadır. Yazara göre bu iki iktidar tipi aynı doğaya sahip değildir. Dolayısıyla BEAUD’ya göre, bu ikisini aynı türde sınıflandırmak ve aralarında *mutlak* değil de *göreceli* bir ayrımı kabul etmek doktrinin bir mantık hatasından kaynaklanmaktadır.<sup>277</sup> Yazar, doğalarının farklı olduğunu (biri mutlak, diğeri sınırlı) kabul etmesine rağmen her ikisi için de “kurucu” sıfatını kullanan doktrindeki hâkim görüşün, kendi yarattığı ayrıma sadık olmadığını düşünmektedir.<sup>278</sup>

DEROSIER de BEAUD ile paralel bir görüşe sahiptir. Yazara göre “kurucu iktidar” ancak aslî olabilir; anayasayı değiştirme yetkisine sahip güce “kurucu” değil, “değiştiren iktidar” denmelidir. Kaldı ki yazara göre aslî kurucu iktidar da hukuksal değil, ancak siyasal bir terim olabilir. Çünkü adı üzerinde “kurucu iktidar” yeni anayasayı hazırlamaya devam etmektedir ve bu nedenle henüz bir hukuk sistemi oluşmamıştır. Dolayısıyla aslî kurucu iktidarın hayat bulduğu zaman dilimi hukuk sisteminin kurulmasından öncesine denk gelmektedir.<sup>279</sup>

MURSWIEK de anayasanın kurucu iktidar tarafından yapıldığını, anayasayı değiştiren yasa koyucunun ise kurulmuş devlet güçleri arasında yer aldığını ifade

<sup>275</sup> SCHMITT anayasanın özünü oluşturmamayan maddeleri anayasal kanun olarak adlandırmaktadır. Bknz: SCHMITT, *Théorie de la...*, s. 155.

<sup>276</sup> SCHMITT, *a. g. e.*, s. 236.

<sup>277</sup> BEAUD, “Maastricht et la...”, s. 15. Vurgular BEAUD’ya aittir.

<sup>278</sup> BEAUD, *La Puissance...*, s. 315.

<sup>279</sup> DEROSIER, “Enquête sur...”, s. 786.

etmektedir. Yazara göre, “*anayasa koyucu ve anayasayı değiştiren yasa koyucu yalnızca örgütsel olarak farklı sùjeler olmayıp işlevsel olarak da farklı sùjelerdir. Bu sùjeler arasında hiyerarşik bir ilişki mevcuttur: Anayasayı değiştiren yasa koyucu, kurulu bir devlet organı olarak anayasaya tâbi olup, yetkilerini anayasanın çizdiği çerçevede anayasadan alır*”.<sup>280</sup>

Söz konusu hiyerarşik konumlanmanın bir sonucu olarak değişmez maddeler aslı kurucu iktidarın anayasayı değiştirme iktidarına koyduğu bir sınırdır ve ancak yine aslı kurucu iktidar tarafından değiştirilebilir veya kaldırılabilir. Anayasayı değiştirme iktidarı, değişmez maddeleri değiştirme veya kaldırmaya çalışması halinde yetki alanının dışına çıkmış olur.

BURDEAU’ya göre, anayasayı değiştirme iktidarı, doğası gereği aslı kurucu iktidara ait olana el uzatamaz. “*Bu kurucu iktidar tüm aslı yetkileriyle birlikte var olmaya devam etmektedir ve kurallar kademelenmesinde, kurulu bir iktidar olan değiştirme iktidarının üzerinde yer almaktadır. Değiştirme iktidarının, aslı kurucu iktidarın tamamen yerine geçmesi düşünülebilir değildir çünkü bu halde contradictio in adjecto oluşmaktadır.*”<sup>281</sup> Bir başka deyişle bu halde, alt kademedeki bir iktidar türü, üst kademedeki bir iktidara dönüştüğünü iddia etmiş olur ancak bu mümkün değildir çünkü üst kademedeki iktidar varlığını daimî şekilde devam ettirmektedir.

Kurucu iktidarla anayasayı değiştirme iktidarı arasında ayrımın çalışmamızda bu şekilde ayrıntılı şekilde incelenmesinin nedeni, bu ayrımın, sonucu itibariyle, Türkiye hukukunda genel olarak türev kurucu iktidar olarak adlandırılan iktidarın kuruculuk sıfatının aslında çok da net olmadığını ortaya koymaktır. Bunu yaparken de amacımız, aslında, anayasanın özünü oluşturan maddelerle diğer anayasa maddeleri arasında bir ayrımın olduğunu ispatlamaktır.

Pozitivist bakış açısına ve Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin çeşitli kararlarına<sup>282</sup> göre tüm anayasa maddeleri eşit hukuksal değerdeyken, savunduğumuz

<sup>280</sup> Dietrich MURSWIEK, “Ungeschriebene Ewigkeitsgarantien in Verfassungen” (10.11.2008 tarihinde Bilkent Üniversitesi’nde düzenlenen toplantıya sunulan yayımlanmamış bildiri), <http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers/murswiek/ewigkeitsgarantie> (21.08.2012 tarihinde ziyaret edildi.), s. 3, aktaran: SAĞLAM, “Anayasa ve...”, s. 575.

<sup>281</sup> George BURDEAU, **Traité de Science Politique**, t. III, LGDJ, 1950, p. 209, aktaran: BEAUD, “Maastricht et la...”, s. 16.

<sup>282</sup> Buna karşın, çelişkili olarak, Türkiye Anayasa Mahkemesi değişmez maddeleri anayasa değişikliğine ilişkin kanunların iptal ederken dayanak olarak kullanan ender anayasa mahkemelerinden biridir.

görüŖe göre anayasanın değişmez maddeleriyle diğer maddeleri arasında bir nitelik farkı bulunmaktadır. Bu nitelik farkına bağlı olarak aslı kurucu iktidar anayasayı ilk kez yapan ve değişmez maddeleri belirleme yetkisini haiz sınırsız bir iktidar iken türev kurucu iktidar anayasanın değişmez maddeleri dışındaki maddelerini anayasada belirtilen usule uygun Ŗekilde değiştirme yetkisiyle donatılmış sınırlı bir iktidardır.

Bu düşüncemizi daha açık Ŗekilde ortaya koyabilmek adına aslı ve türev kurucu iktidar kavramlarının tanım ve sınırlarını, değişmez madde ve ilkeler kavramı ışığında yeniden incelemenin faydalı ve zorunlu olduğunu düşünmekteyiz.

### *b. Deęişmezlik ilkesi ačíısından aslı kurucu iktidar*

Aslı kurucu iktidar kavramı anayasa hukukunun en çok tartışılan ve üzerine en çok eser verilen konularından biridir. Öneminin yanında soyut ve hukuk-dışı bir kavram olup olmadığı konusunda dahi bir görüş birliğinin bulunmaması nedeniyle bunun doğal bir sonuç olduğunu düşünüyoruz. Yapılan tanımlara göre aslı kurucu iktidarın sınırları da değişmektedir. Hem tanım, hem de sınırları konusunda doktrindeki çeşitli görüşleri özetledikten sonra bunlardan yola çıkarak oluşturduğumuz kendi görüşümüzü ve aslı kurucu iktidarın değişmez madde koyma yetkisini haiz tek iktidar olmasının gerekçelerini açıklamaya çalışacağız.

#### *(1) Aslı kurucu iktidarın tanımı*

Aslı kurucu iktidar kavramı için çok sayıda farklı tanım ortaya atılmıştır. Bu tanımların ortak noktaları olduğu gibi, sonuçları itibariyle son derece farklı olduğu noktalar da bulunmaktadır. Biz söz konusu tanımlardan belli başlı bazılarına burada değineceğiz.

Kurucu iktidar bazı hallerde “aslı” sıfatını almaktadır. Bir görüşe göre, bu hallerin ortak özelliği yeni bir devletin kurulmasının söz konusu olması yani *ex nihilo* olmalarıdır: O zamana kadar kişisel olan bir iktidarın kurumsallaşması; bağımsızlığın kazanılması veya bir devrim veya darbe sonrasında iç hukukta geçmiş



hukuksal düzenin sıfırlanması hallerinde aslî kurucu iktidarla karşılaşmaktadır.<sup>283</sup> Daha önceden konmuş hiçbir hukuk kuralı ile bağlı ve kayıtlı olmaksızın, bir devleti kuran, ona hukuksal/siyasal statüsünü veren, anayasayı ilk kez ya da yeniden yapan iktidara aslî kurucu iktidar denmektedir. Bu tarz kurucu iktidar özerk ve bağımsızdır.<sup>284</sup> Daha önce oluşturulmuş hiçbir yönetime veya sınırlamaya saygı duymak zorunda değildir çünkü önünde bir *tabula rasa* bulunmaktadır.<sup>285</sup>

Demokrasi düşüncesini takip eden ülkelerde aslî kurucu iktidarın kullanıcısı halk veya halk tarafından seçilmiş bir meclistir.<sup>286</sup> Buna göre, anayasal düzeni önceleyen bir siyasi birim olarak tasavvur edilen halk, herhangi bir anayasal normla bağlı olmaksızın kendi hukukî ve siyasi düzenini kurma yetkisine sahip olarak düşünülmüştür.<sup>287</sup>

Ancak tarih demokratik olmayan aslî kurucu iktidarlara ilgili çok sayıda örneği barındırmaktadır. Söz konusu iktidarların “halk adına” veya “halkın çağrısıyla” harekete geçtikleri yönündeki iddiaları, kendilerini meşrulaştırma gayretinden başka bir şey değildir. Demokratik olmayan bir aslî kurucu iktidarın meşru olup olmadığı söylemine değil, uygulamalarına bakılarak anlaşılabilir. Bir aslî kurucu iktidarın demokratik olması, ileride açıklayacağımız üzere, kanaatimizce, değişmez maddelerin bağlayıcılığını yakından etkileyen bir unsurdur.

#### (a) Aslî kurucu iktidarın hukuk-dışılığı

Demokratik olsun veya olmasın, aslî kurucu iktidar fiilî, ilk el ve özerk bir iktidardır; gücünü başka bir iktidardan değil, yine kendinden alır.<sup>288</sup> Bu nedenle, DUGUIT'nin egemenlik kavramı için kullandığı *ideo-motris* olma özelliği<sup>289</sup> aslî kurucu iktidar için de rahatça kullanılabilir. Bu durum, aslî kurucu iktidarın anayasa hukukundaki tek gerçek egemen olduğu düşüncesiyle de uyum içerisindedir.

<sup>283</sup> TURPIN, *Droit...*, s. 81.

<sup>284</sup> KUBALI, *Anayasa Hukuku...*, s. 96.

<sup>285</sup> ROBERT, “La Forme...”, s. 362.

<sup>286</sup> GENEVOIS, “Les Limites d’Ordre...”, s. 909.

<sup>287</sup> Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Die Verfassunggebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsgerechts*, Metzner, Frankfurt a.M., 1986, s. 13, aktaran: GÖZTEPE, “Anayasa Yargısı...”, s. 47.

<sup>288</sup> GÖZLER, *Le Pouvoir de...*, t. I, s. 27.

<sup>289</sup> DUGUIT, “Egemenlik ve...”, ss. 383-385.

Bir başka deyişle, bu görüşe göre, bir devletin doğuşu nedeniyle veya bir devrim veya hükümet darbesi nedeniyle eski hukuk düzeniyle yaşanan bir kesinti durumunda yeni bir anayasa yazılırken oluşan kurucu iktidara aslî denir. Ve dolayısıyla, kaynağını hukuktan değil, siyasetten alır.<sup>290</sup>

SCHMITT ise kurucu iktidarı<sup>291</sup> “öz siyasal varlığın tür ve şekliyle ilgili somut ve kapsayıcı karar alma, bir başka deyişle, siyasal birliğin tümünün varlığını belirleme yetkisine sahip iktidarın veya otoritenin siyasal iradesi” olarak tanımlamaktadır.<sup>292</sup> Dolayısıyla yazara göre aslî kurucu iktidar, sadece yeni devlet ve anayasayı değil, siyasal birliğin tamamını var eden “tanımlama işini” yapan iktidardır.

Pozitivist görüşe göre ise aslî kurucu iktidar, yeni bir hukuk düzeni oluştururken, eski hukuk düzeninin ortadan kalktığı ya da hukuksal bir boşluk bulunduğu varsayımına dayanmaktadır.<sup>293</sup> Bu nedenle “hukuk dışıdır”. Zira bir işleme “hukuksal nitelik” veren şey, *kendinden önce* var olan bir hukuk kuralına göre yapılmasıdır.<sup>294</sup> Bir başka deyişle, fiilî bir nitelik taşıyan<sup>295</sup> aslî kurucu iktidarın, daha önceki bir kurala ya da anayasaya dayanmaması nedeniyle hukuksal bir niteliği yoktur; hukukun dışındadır.<sup>296</sup>

Hatta hukuksal pozitivism taraftarlarına göre, hükümet darbeleri ve devrimlerden sonra ortaya çıkan aslî kurucu iktidarlar tarafından yapılan yeni anayasaların hiçbir hukuksal değeri yoktur, çünkü devrim veya hükümet darbesi hukuksal temelden mahrum bir kuvvet olayıdır.<sup>297</sup> Ancak bu durumda karşımıza önemli bir paradoks çıkmaktadır: Anayasayı aslî kurucu iktidar yapıyorsa ve aslî kurucu iktidar hukuk-dışıysa, o halde hazırladığı anayasa da hukuksal değerden yoksundur. Bu mantığın doğru kabul edilmesi halinde dünya üzerinde hukuksal değeri olan bir anayasa yazılamaz. Bunun tek istisnası demokratik yollarla ortaya çıkan ve dolayısıyla hukuk-içi bir aslî kurucu iktidarın anayasa yazması olabilir.

<sup>290</sup> BEAUD, “Maastricht et la...”, s. 14.

<sup>291</sup> SCHMITT kurucu iktidarın aslî ve türev kurucu olarak iki türü olduğunu reddetmekte ve yalnızca bizim aslî olarak nitelediğimiz türü kurucu iktidar olarak kabul etmektedir.

<sup>292</sup> SCHMITT, *Théorie de la...*, ss. 211.212.

<sup>293</sup> TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, s. 156.

<sup>294</sup> EROĞUL, *Anayasayı Değiştirme...*, s. 23. Vurgular EROĞUL’a aittir. EROĞUL bu düşüncesini, verdiği referansla, açıkça Hans KELSEN’e dayandırmaktadır.

<sup>295</sup> KUBALI, *Anayasa Hukuku...*, ss. 98-99.

<sup>296</sup> CARRE DE MALBERG, *Contribution...*, t. II, ss. 496-497.

<sup>297</sup> KUBALI, *Anayasa Hukuku...*, s. 99.

Ancak “hukuk-içi bir aslî kurucu iktidarın” olup olamayacağı da yeni bir tartışmanın konusudur.

Aslî kurucu iktidarı hukuk-içi gören görüş, aslî kuruculuk sırasında topluma hâkim olan hukuk düşüncesinin dönüştüğünü, dolayısıyla mevcut kuruluşun hukuksal içeriğinden boşaldığını, yeni oluşan düzenin de bütün mekanizmalarını devrimin getirdiği yeni hukuk anlayışına dayandırdığını düşünmektedir.<sup>298</sup> Bir başka deyişle, eski düzen tükenmiştir, ancak bir boşluk oluşmasına izin vermeden yeni düzen o boşluğu doldurmuştur. Buna bazı yazarlar, ender şekilde görülse de, bir anayasal düzenden başka bir anayasal düzene tasarlanarak geçilen örnekleri de dâhil etmektedir.<sup>299</sup> Güney Afrika Cumhuriyeti’nde 1990’ların başında yaşanan *apartheid* rejiminden demokratik rejime geçiş ve bu sırada ortaya çıkan yeni anayasa yazım süreci buna örnek gösterilebilir.

Başka bir görüşe göre ise, mevcut anayasanın sürekliliği içerisinde ve Güney Afrika örneğinde olduğu gibi yeni bir anayasanın yazılması hali dışında da aslî kurucu iktidarın ortaya çıkması mümkündür. Ancak bunun için gerçek bir anayasal kopuş yaşanması, örneğin rejimin veya demokratik olarak belirlenmiş değişmez madde veya maddelerin değiştirilmesi ve aynı zamanda demokratik bir referandum yoluna gidilmesi gerekir. Nitekim örneğin BEAUD, Fransa Anayasası’nda 1962 yılında referandum aracılığıyla kabul edilen ve ülkenin rejimini cumhurbaşkanı-merkezli hâle getiren 1962 tarihli değişikliği aslî kuruculuk olarak nitelendirmektedir.<sup>300</sup> Dolayısıyla BEAUD, hukuk-içinde kalınarak da aslî kurucu iktidarın ortaya çıkabileceğini ifade etmektedir.

Kanaatimizce, değişmez maddenin tasarlanarak değiştirilmesi, ister istemez, anayasayı değiştiren iktidarın anayasanın üzerine çıkmasına ve bu nedenle de hukuk-dışına taşmasına yol açacaktır. Dolayısıyla anayasadaki değişmez maddeyi değiştiren organın hukuk-içi kabul edilmesi mümkün değildir. Ancak bu durumun mutlaka bir hukuksal kesinti yaratması gerektiğini de düşünmemekteyiz. Hukuksal düzen devam ederken, mevcut hukuk-içi iktidarın yanında, ona paralel şekilde kurulacak hukukun dışına taşmış bir iktidar, eski anayasayla bağlı olmadan yeni anayasayı hazırlayabilir. Hatta kanaatimizce, değişmez maddeler içeren bir anayasal düzende demokratik

<sup>298</sup> TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, s. 158.

<sup>299</sup> KLEIN, *Théorie et...*, s. 18.

<sup>300</sup> BEAUD, *La Puissance...*, ss. 383-384.

yollarla yeni anayasa yazılmasının tek yolu budur. Bu konuya çalışmamızın sonunda daha ayrıntılı şekilde değinilecektir.

*(b) Demokratik ve anti-demokratik aslî kurucu iktidar ayrımı*

Aslî kurucu iktidar, tüm kural ve sınırlamaların yokluğunda yeni bir düzen kurmayı amaçladığı için hiçbir şarta tâbi değildir. Bir bakıma, BEAUD'nun tanımladığı şekliyle ve büyük harfle “Egemen”dir: “*Egemen, üstün iktidarı elinde bulunduran ve kullanan, bir başka deyişle, denetlenemeyen bir şekilde pozitif hukuku yaratan kişidir.*”<sup>301</sup> Görüldüğü üzere, aslî kurucu iktidar da aynı bu şekilde, “Egemen” gibi, hukuksal anlamda mutlak bir iktidara sahiptir.

Burada karşılaşılabilecek tek sorun söz konusu aslî kurucu iktidarın kimin elinde olduğu ve eserinin meşru olup olmadığıdır.<sup>302</sup> Eğer egemenliği kullanan ve aslî kurucu iktidar sıfatını elinde bulunduran demokratik bir halk kitlesiyse meşruiyetin en baştan itibaren bulunduğuna yönelik güçlü bir inanç olacaktır. Ancak mutlak kural koyma ve anayasayı hazırlama gücünü eline geçiren sınırlı bir grupsa, bu durumda hareketin meşruiyeti sorunu ortaya çıkacaktır. Bir görüşe göre bu sorun uygulamada, bir devrim veya bağımsızlık savaşının ardından ortaya çıkan fiilî hükümetlerin dayandığı yetkiyle çözülür: Bu iktidarlar zafer kazanan hukuk düşüncesini temsil ederler ve bu yüzden meşrudurlar. Ancak derhal genel seçime dayanan demokratik bir meşruiyetin devrimci meşruiyetin yerini alması gerekir, aksi takdirde söz konusu iktidar kendi değerlerini korumak adına diktatörlüğe dönüşme riski taşır.<sup>303</sup> Elbette meşruiyet krizini çözmek üzere düzenlenen bu seçimlerin evrensel demokrasi kurallarına uygun ve manipüle edilmemiş seçimler olması gerekir.

Bu tartışma çerçevesinde aslî kurucu iktidarı ikiye ayırmamız mümkündür: Demokratik aslî kurucu iktidar ve anti-demokratik aslî kurucu iktidar. Bu sonuncular kaynağını, kral, padişah veya diktatör gibi tek bir kişinin iradesinden alabileceği

<sup>301</sup> Olivier BEAUD, “Le Souverain”, **Pouvoirs**, no.67 (La Souveraineté), 1993, s. 34. Vurgu BEAUD'ya aittir.

<sup>302</sup> TURPIN, **Droit**..., s. 81.

<sup>303</sup> TURPIN, **a. g. e.**

gibi<sup>304</sup> fiilen iktidarı ele geçirmiş bir gruptan da alabilir. Bu hal, iktidarı ele geçiren grubun bir bütünlük arz etmesi nedeniyle monokratik olarak tanımlanabilir. Ancak kanaatimizce bu halin, iktidar blok halinde hareket eden bir grubun elinde olsa da bu grup da sonuçta bir bireyler topluluğundan oluştuğu için oligarşik aslı kurucu iktidar olarak sınıflandırılması daha uygundur.

Demokratik aslı kurucu iktidar ise bir şahıs veya sınırlı bir grubun iradesiyle değil, halkın iradesiyle oluşur. Halkın iradesinin kuruculuk faaliyetine ne şekilde katıldığı demokratiklik ve ortaya çıkan yeni düzenin meşruluğu açısından son derece önemlidir. 1787 tarihli ABD Anayasası, halkın doğrudan katılımı olmaksızın ve referanduma sunulmaksızın, yalnızca 13 koloni devletinin temsilcileri (*founding fathers*) tarafından hazırlanmış olmakla birlikte kendi zamanının şartları altında demokratik aslı kuruculuk olarak adlandırılmaktadır.<sup>305</sup> Ancak, kanımızca, bu tarz bir anayasa yazım sürecinin bugünkü şartlar altında demokratik aslı kuruculuk olarak adlandırılması mümkün değildir. Zira 21. yüzyılda anayasa yazım sürecinde hâkim olması gereken yöntemin, iletişim araçlarının gelişiminin ve yaygınlaşmasının da etkisiyle halkın da katılımını sağlayan bir yöntem olması gerektiği yönünde yaygın bir görüş bulunmaktadır.<sup>306</sup>

Güncel diyebileceğimiz bazı gelişmelerin aslı kurucu iktidar kavramında bazı yenilikler yapılmasını zorunlu kıldığını kabul etmek gerekir. 20. yüzyılın son çeyreğinde İspanya’da ortaya çıkan, Güney Afrika Cumhuriyeti’nde küresel örnek haline gelen, bir zamanlar komünizmle yönetilen ülkelerle uygulama alanı genişleyen yeni bir anayasa yazım süreci türü deneyimlenmiştir. “Anayasal geçiş” olarak adlandırılan<sup>307</sup> bu süreç sayesinde çok sayıda toplum anayasal bir süreklilik içerisinde, bir başka deyişle, anayasa değişikliğiyle ilgili kurallara –en azından

<sup>304</sup> KUBALI, *Anayasa Hukuku...*, s. 97.

<sup>305</sup> KUBALI, *Anayasa Hukuku...*, s. 97. Ancak, günümüz şartlarında değerlendirmesek dahi 1787 Anayasası’nın yazımında çok sayıda anti-demokratik unsurun bulunduğu da bir gerçektir. Örneğin Anayasa’nın yazımına halkın bizzat katılımı yönünde hiçbir çaba harcanmamıştır. Bunun yanında, 1781’de 13 koloni tarafından imzalanan Konfederasyon Kuralları’nın 13. maddesine göre metinde değişiklik ancak oybirliğiyle yapılabilecekken 1787’de toplanan Philadelphia Konvansiyonu’nda bu kural göz ardı edilmiş ve Anayasası’nın yürürlüğe girmesi için yalnızca dokuz koloninin onaylamasının yeterli olacağı Anayasa’nın 5. maddesi olarak kabul edilmiştir. Bknz: Sanford LEVINSON, Jack M. BALKIN, “Constitutional Dictatorship: Its Dangers and Its Design”, *Minnesota Law Review*, vol. 94, no: 6, June 2010, s. 1803.

<sup>306</sup> Bknz: Vivien HART, *Democratic Constitution Making*, Special Report for United States Institut of Peace, <http://www.usip.org/publications/democratic-constitution-making> (05.10.2013 tarihinde ziyaret edildi.)

<sup>307</sup> Georges KAMINIS, *La Transition Constiutionnelle en Grèce et en Espagne*, Paris, LGDJ, 1993, aktaran: KLEIN, *Théorie et...*, s. 117.

şeklen- uyarak demokrasiye geçmiştir.<sup>308</sup> Bu ülkelerde bir hukuksal kesinti, bir hukuk boşluğu veya *interregnum* yaşanmadan devlet yapılarında, siyasi rejimlerde ve temel hak ve özgürlüklerde köklü değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Aynı şekilde 1999 yılında İsviçre, 2000 yılında Finlandiya ve 2010 yılında Macaristan Anayasası herhangi bir hukuksal kesinti yaşanmadan tümünden yenilenmiştir. Türkiye’de de 2011 yılından itibaren 1982 Anayasası’nın tümünden değiştirilmesi için çalışmalar başlamıştır. “Anayasal geçiş” örnekleri olarak kabul edebileceğimiz söz konusu değişiklik süreçlerinin yeni ve modern bir aslî kurucu iktidar örneği olduğu kabul edilebilir.

Nitekim bir ülkenin, askerî darbe vb. şekilde anayasal düzende herhangi bir kesinti olmaksızın da, ihtiyacın ortaya çıkması halinde tümüyle yeni bir anayasa yapması mümkün olmalıdır. Aksi yönde bir iddiada bulunmak, özellikle demokratik yönetimin geçerli olduğu ülkelerde, yeni baştan bir anayasanın yapılmasını ancak zor kullanımını da içeren ve hukuksal olarak hiçbir kayıt ve şarta bağlı olmayan kesintiler sonucunda ortaya çıkan aslî kurucu iktidarın yapabileceğini söylemek, ne mantıkla, ne de demokratik ilkelerle bağdaşır.<sup>309</sup>

Ancak ister istemez, kurulu iktidarlar tarafından gerçekleştirilecek bir “anayasal geçiş” sürecinin yaşandığı ülkenin anayasasında değişmez madde veya maddeler bulunması bazı önemli hukuksal sorunları da beraberinde getirmektedir. Söz konusu sorunların çözümüyle ilgili sağlıklı bir kaniye ancak aslî ve türev kurucu iktidarların sınırlarının incelenmesi suretiyle ulaşılabileceği kanaatindeyiz.

## (2) Aslî kurucu iktidarın sınırları

Aslî kurucu iktidarın sınırları olup olmadığı tartışması, aynı zamanda, değişmez maddelerin keyfî bir şekilde belirlenip belirlenemeyeceği sorunuyla ilgili bir tartışmadır. Yeni bir anayasa acaba gerçekten hiçbir kurala bağlı kalmadan yazılabilir mi, yoksa aslî kurucu iktidarın da üzerinde, uymak zorunda olduğu bazı

<sup>308</sup> KLEIN, a. g. e., s. 117.

<sup>309</sup> KÜÇÜK, “Yeni Anayasa Yapımı...”, s. 213.

kurallar bulunmakta mıdır? Buna bağlı olarak, acaba aslî kurucu iktidar dilediği madde veya maddeleri değişmez ilân edebilir mi, yoksa edemez mi?

CARRE DE MALBERG, devlete kaynaklık eden anayasanın, henüz oluşmamış olan o devletin organları tarafından yapılmasının mümkün olmadığını, ancak devletin dışındaki bir kaynağın eseri olabileceğini ifade etmektedir.<sup>310</sup> Bu açıdan bakıldığında, aslî kurucu iktidar devletin ve dolayısıyla hukuksal düzenin olmadığı bir ana tekabül etmektedir. Aslî kurucu iktidara sınır çizilemez; zira hukuk tarafından düzenlenmemiş bir kurumdur. Çünkü bir sınırlamanın yapılabilmesi için sınırlanan şeyin hukuken düzenlenebilmesi de gerekir. Kuruculuk faaliyeti açısından bu önermenin tersi de doğrudur: Aslî kurucu iktidar düzenlenememesi nedeniyle sınırsızdır.

Aynı şekilde GÖZLER de, hukuksal değil de fiilî bir iktidar olması nedeniyle aslî kurucu iktidarın sınırsız olduğunu belirtmekte ve anayasa dışında faaliyet gösterdiğini düşünmektedir. Bu nedenle, yazara göre, “*aslî kurucu iktidara ne anayasal, ne de anayasa-üstü hiçbir kural dayatılamaz*”.<sup>311</sup>

Aslî kurucu iktidarın hukuk-dışı olmasına bağlı olarak sınırsız bir iktidar olduğu görüşüne karşı çıkan yazarlar çok farklı kıstaslara göre aslî kurucu iktidarın da sınırları olduğunu iddia etmektedir. Örneğin Mustafa ERDOĞAN’a göre aslî kurucu iktidarın hukuk dışı olduğu kabul edilse dahi, bu onun sınırsız ve tümüyle hukuk dışı bir işlevi olduğu anlamına gelmez çünkü evrensel anlamda hukukun varlığı anayasadan bağımsızdır. Bu nedenle özellikle demokratik bir kurucu iktidar hukukun genel ilkelerinden ve evrensel insan hakları hukukundan kendini bağışık tutamaz.<sup>312</sup> Şule ÖZSOY’a göre de, aslî kurucu iktidarın sosyolojik ve siyasal güç dengeleriyle belirlenmiş sınırları bulunmaktadır.<sup>313</sup> Maurice DUVERGER de, her fiilî iktidarın baştan itibaren kendine meşruluk verecek bir takım ilkelere dayandığını vurgulayarak, söz konusu ilkeleri pozitif hukuk olarak kabul etmektedir.<sup>314</sup> Dolayısıyla yazara göre aslî kurucu iktidar sınırsız değil, kendini meşrulaştırmak için belli bir takım ilkelere dayanma ihtiyacı hisseden sınırlı bir iktidardır. KUBALI da,

<sup>310</sup> CARRE DE MALBERG, *Contribution...*, t. II, s. 485.

<sup>311</sup> GÖZLER, *Le Pouvoir de...*, t. I, s. 111. Ancak bu noktada GÖZLER’in, pozitivist teoriye uygun olarak, anayasa-üstülük kavramını tümünden reddettiğini gözden kaçırmamak gerekir.

<sup>312</sup> ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, ss. 42-43.

<sup>313</sup> ÖZSOY, *1982 Anayasası’nın...*, s. 52.

<sup>314</sup> Maurice DUVERGER, RDP, ss. 78-79, aktaran: GÖZLER, *Kurucu İktidar*, s. 42.

anayasaların üstünde bir takım değerler olduğunu ve bunlara uyulduğu sürece yapılan hareketin yasal değilse bile hukuksal ve meşru kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.<sup>315</sup>

Ancak söz konusu üstün değerlerin ne olduğuna dair ortak bir görüş oluşmuş değildir. GÖZLER, varlıklarını reddetse dahi, aslı kurucu iktidarın sınırlı bir iktidar olduğunu iddia edenlerin sözünü ettiği üstün değerleri “doğal hukukun ilkeleri, insan hakları, hukukun genel ilkeleri vb.” olarak sıralamaktadır.<sup>316</sup> ERDOĞAN ise, ne kadar demokratik olmayan yöntemlerle anayasa yaparsa yapsın ve hukuken sınırsız olursa olsun aslı kurucu iktidarın bile toplumsal dinamiklerle, toplumda yerleşik olan siyasal inanç ve tutumlarla ve toplumsal güç dengeleriyle bir ölçüde sınırlı olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca yazar, uluslararası ortam ve ülkenin dış ilişkilerinin de aslı kurucu iktidarı bazı anayasal tercihleri benimsemek zorunda bırakabileceğini belirtmektedir.<sup>317</sup>

ÖZSOY da bu düşünceye paralel şekilde, fiilî iktidarların dahi sınırsız olamayacağını ifade etmekle birlikte, bu sınırın hukuktan kaynaklanamayacağını düşünmektedir. Yazar, kendi içerisinde tutarlı olmak ve meşruiyet kazanmak için çaba harcayacak olan aslı kurucu iktidarın sınırlarının siyasal ortamla ve kendisini destekleyen insanların dünya görüşüyle belirlendiğini ifade etmektedir.<sup>318</sup> Aynı yönde, ÖZBUDUN da hukuken sınırsız olan aslı kurucu iktidarın toplumdaki siyasal değer ve inançları, toplumda o anda mevcut olan siyasal güç dengelerini dikkate almak durumunda olduğuna işaret etmekte ve aslı kurucu iktidarın tamamen kendi iradesi olan bir anayasa yapamayacağını iddia etmektedir.<sup>319</sup>

Benzer şekilde SEVİNÇ, Türkiye Cumhuriyeti'nin 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları'nda bazı temel ilke ve toplumsal/tarihsel kazanımlara gerekli duyarlılığın gösterilmiş olmasından hareketle oluşan aslı kurucu iktidarların eski düzeni tümüyle yıkıp anayasal sistemi yeniden kurmadıklarını düşünmektedir.<sup>320</sup> Yazarın işaret ettiği devamlılığın en somut örneği, kanaatimizce, sayılan tüm anayasalarda bulunan değişmez nitelikteki “Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir”

<sup>315</sup> Aktaran: ÖZSOY, **1982 Anayasası'nın...**, s. 54.

<sup>316</sup> GÖZLER, **Le Pouvoir de...**, t. I, s. 87.

<sup>317</sup> ERDOĞAN, **Anayasal Demokrasi**, s. 43.

<sup>318</sup> ÖZSOY, **1982 Anayasası'nın...**, s. 57.

<sup>319</sup> ÖZBUDUN, **Türk Anayasa...**, s. 164.

<sup>320</sup> Murat SEVİNÇ, “Anayasaların Doğumu: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?”, **Toplum ve Bilim**, S. 123, 2012, s. 41.



şeklindeki düzenlemedir. Bu madde, yukarıda anayasa-üstülük bahsinde ifade ettiğimiz “değişmez maddenin anayasa-üstüleşmesine” en iyi örneklerden biri olarak görülmelidir.

Aslî kurucu iktidarın sınırlanmış olduğunu kabul etmek gereken bir başka durum da anayasaların yazımında dış güçlerin etkili olduğu durumlardır. II. Dünya Savaşı'nın ardından yazılan Japonya ve Almanya Anayasaları, Yugoslavya iç savaşının ardından yazılan Bosna-Hersek Anayasası ve ABD işgalinin ardından yazılan Irak Anayasası bunlara örnek olarak gösterilebilir. ÖZSOY, tüm bu durumlarda, kurucu iradenin etki altında bırakıldığını kabul etmekle birlikte bu etkinin hukuksal bir sınırdan ziyade siyasal ve sosyolojik faktörlerin baskısına işaret ettiğini düşünmektedir.<sup>321</sup> Bizce de dış güçlerin baskısı altında yazılan anayasalarda dahi aslî kurucu iktidarın hukuksal sınırı bulunmamaktadır. Ancak fiilî durum nedeniyle demokratik değil, hâkim güçlerin istekleri doğrultusunda bir anayasa yazılmaktadır. Bunun, hukuksal anlamda, hükûmet darbesi sonrasında yazılan anayasalardan farkı bulunmamaktadır. Baskıcı ve demokratik olmayan usûllerle yazılan anayasaların ve buna bağlı olarak –eğer varsa- içerisindeki değişmez maddelerin girdi meşruiyeti yoktur; bunlar ancak uygulamalarının benimsenmesi sonucunda zaman içerisinde sınama meşruiyeti kazanabilir. Nitekim yazımında dış güçlerin etkili olduğu Almanya Anayasası ve içerisindeki değişmez maddeler Almanya halkı tarafından zamanla benimsenmiş ve meşruiyet kazanmıştır.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, kanaatimizce, bu başlık altında saydığımız durumlar aslî kurucu iktidara hukuksal sınırlar yaratmamaktadır. Bunlar toplumsal, sosyolojik veya tarihsel sınırlardır. Nitekim aslî kurucu iktidarın ayırt edici özelliği olarak, onun ne şekilde –veya hangi şartlar altında- ortaya çıktığı değil, yeni baştan bir anayasa yaparken herhangi bir pozitif hukuk normu ile bağlı olmaması kabul edilmektedir.<sup>322</sup> Çünkü aslî kurucu iktidar, kurulu iktidarların aksine, egemendir.<sup>323</sup>

Ancak bu aşamada sorulması gereken iki soru vardır: Bunlardan ilki, siyasal rejim kesintiye uğramaksızın ortaya çıkan aslî kurucu iktidarların anayasada yer alan değişmez maddelerle bağlı olup olmadığıdır? İkinci soru ise, demokrasinin evrensel ilkelerine göre oluşmamış ve dolayısıyla meşru olmayan bir aslî kurucu iktidarın

<sup>321</sup> ÖZSOY, **1982 Anayasası'nın...**, s. 57.

<sup>322</sup> KÜÇÜK, “Yeni Anayasa Yapımı...”, s. 213.

<sup>323</sup> GÖZLER, **Le Pouvoir de...**, t. I, s. 9.

koyduğu değişmez maddeler hukuksal olarak geçerli midir, değil midir? Bu soruların cevabı, anayasayı koyan iradenin ayrıcalıklarının incelenmesiyle verilebilir.

### (3) Anayasa koyan iradenin ayrıcalığı

Anayasayı koyan irade, diğer tüm iradelerden üstün olması nedeniyle egemendir ve buna bağlı olarak, değişmezliğin belirlenmesinde tek yetkili iktidardır. Türev kurucu iktidarın değişmez maddeleri ihlal edememesi de zaten anayasayı koyan iradeye egemenliği nedeniyle göstermek zorunda olduğu saygıdan kaynaklanmaktadır.

#### (a) Aslî ve türev kurucu iktidar hiyerarşinin kaynağı

Değişmez madde ve ilke kavramlarını bir kurucu iktidarın diğer kurucu iktidarların iradesini bağlayamayacağı gerekçesiyle bir temenniye indirgeyen yazarlar, anayasayı koyan ve bu nedenle devleti kurmuş olan aslî kurucu iktidarı, birbiri ardına gelen türev kurucu iktidarlardan biri gibi algılama hatasına düşmektedir. Çalışmamızın başında değişmez maddelere karşı öne sürüldüğünü belirttiğimiz “belli bir dönemin kurucu iktidarının gelecekteki kurucu iktidarlara sınırlaması ya da bir öncekinin sonrakine üstünlüğü iddia edilemez”<sup>324</sup> düşüncesi bu hatadan kaynaklanmaktadır. Oysa aslî kurucu iktidar, kendinden sonra gelecek olan türev kurucu iktidarlardan farklı, üstün ve tek egemen iktidar olarak ayrıcalıklı bir konuma sahiptir. Bu nedenle, kendinden sonraki iktidarlara bağlaması doğal olarak mümkün ve olağandır.

SCHMITT de anayasayı ilk kez kuran iktidarla onun aracılığıyla kurulan iktidarlara birbirinden kesin şekilde ayırmaktadır: “*Kurucu iktidar, kurucu siyasal kararın eyleminde uygulanır. Söz konusu kararın somutlaştırılması ve şekillendirilmesi işi, örneğin kurucu ulusal meclis gibi özel görevli kurumlara bırakılabilir. Yaratılmış anayasal kanun*<sup>325</sup> *normları temelinde anayasal kanunları*

<sup>324</sup> KÜÇÜK, “Yeni Anayasa Yapımı...”, s. 215.

<sup>325</sup> SCHMITT “anayasal kanun”la, değiştirilebilir anayasa maddelerini kastetmektedir.

*'değiştirme' iktidarı da düzenlenmiş olabilir. Ancak bunu kurucu iktidardan ayırmak gerekir. Kurucu iktidar aktarılamaz, devredilemez, içerilemez ve tüketilemez. Sanal olarak var olmaya daima devam eder, diğer iktidarla birlikte yaşar ve kendinden önce gelen tüm anayasalara ve mevcut anayasa nezdinde geçerli olan anayasal kanun hükümlerine üstün gelir.*<sup>326</sup> Görüldüğü üzere yazar, aslî kurucu iktidarın görevini tamamladıktan sonra yok olmadığını düşünmekte ve türev kurucu iktidarla aynı anda ve sürekli şekilde var olmaya devam ettiğini iddia etmektedir. SCHMITT'in görüşünün kabul edilmesi halinde, aslî kurucu iktidarın türev kurucu iktidarla eşit seviyede olmadığı da kendiliğinden kabul edilmiş olacaktır. Zira aynı anda iki egemen iktidarın olması teorik olarak mümkün değildir. Eğer aslî kurucu iktidar egemense, türev kurucu iktidar değildir ve egemen iktidara tâbidir.

Bir başka anlatımla, anayasayı ilk kez koyan irade "herhangi bir dönemin kurucu iktidarı" değildir ve tüm diğer kurucu iradelerden farklıdır. Gerçekten de diğer tüm türev kurucu iktidarların birbirlerine karşı bir üstünlüğü bulunamaz. Hepsi eşit seviyededir. Zaten bu sayede bir türev kurucu iktidarın kabul ettiği işlem, başka bir türev kurucu iktidar tarafından değiştirilebilir veya ilga edilebilir. Ancak anayasayı koyan iktidar, ülkenin temellerini belirlemiştir ve kendinden sonra gelecek olan türev kurucu iktidarların yasallığını oluşturmuştur. Bu nedenle, varlıklarını kendine borçlu olan türev kurucu iktidarlara belirli sınırlar içerisinde hareket etmeyi emredebilir. Bunu da değişmez maddeler yoluyla yapar. Bu sınırları kabul etmeyen ve değişmez maddeleri değiştirmek isteyen türev kurucu iktidarların, aslî kurucu iradeyi ve onun eseri olan anayasa ile devleti tümünden reddetmesi ve yeni bir devlet kurma kabiliyetini göstermesi gerekmektedir. Çünkü söz konusu devleti kuran anayasa, bir bütündür ve aslî kurucu iktidarı elinde bulunduranların temel siyasal kararının ürünüdür.<sup>327</sup> Eğer bu kararın temel unsurları değişmişse artık yeni bir kararın alınması gerekmektedir. Çünkü bir anayasa, onu oluşturan ilkelerden ayrılamaz. Söz konusu ilkeler, o anayasa çerçevesinde hareket etmek isteyen herkesi bağlar.<sup>328</sup>

SCHMITT'in aslî kurucu iktidarın sürekli olarak var olmaya devam ettiği düşüncesine BEAUD karşı çıkmaktadır. Yazara göre, kurucu egemenlik, BODIN'in

<sup>326</sup> SCHMITT, *Théorie de la...*, s. 229. Vurgu SCHMITT'e aittir.

<sup>327</sup> SCHMITT, *a. g. e.*, s. 151.

<sup>328</sup> KLEIN, *Théorie et...*, s. 205.

düşüncesindeki prensin daimi egemenliği gibi değildir. “Kurucu egemenlik kendisini oluşturan kuruculuk eylemiyle birlikte tükenir ve söner. Bir başka deyişle anayasa, ne bir anayasa değişikliği ile, ve hatta ne başka bir kuruculuk eylemiyle ilga edilemez. İnsan iradesinin meyvesi olarak anayasa kurumsallaşır. Ancak anayasanın bu değişmezliği yalnızca kurucu eylemin değişikliğinin her zaman devrimci ve yasal olmayan bir biçim aldığına işaret eder. Bu yüzden kurucu egemenlik, anayasanın istikrarını ve dolayısıyla halkın egemenliğini amaçlayan hukuksal bir araç olarak karşımıza çıkar.”<sup>329</sup> Bu noktada belirtmek gerekir ki, kanaatimizce, yazarın anayasanın ilga edilemezliğinden kastı, anayasanın tümünden ortadan kaldırılamayacağıdır. Ancak anayasanın değiştirilebilir maddelerinde değişiklikler yapılabilir ve hatta bunlar ilga da edilebilir. Önemli olan anayasanın özünün ve varsa aslı kurucu iktidarın değişmez olarak belirlediği madde ve ilkelerin ilga edilmemesidir. Bu nedenle SCHMITT ve BEAUD’nun birbirine çok yakın bir görüş içerisinde olduğunu söylemek mümkündür.

(b) *Türev kurucu iktidarın anayasa koyucu iradeye saygı yükümlülüğü*

Fransız Devrimi’nin ardından genel kabul gören ve günümüzde de siyasal sistemler üzerinde belirleyici olan “millet egemenliği” kavramını ortaya atan SIEYES dahi, her ne kadar teorisiyle meclisin üstünlüğüne kapı açmışsa da, *Fragments Politiques* adlı eserinde yasaları kabul eden çoğunlukların dizginlenmesi gerektiğinden bahsetmiştir. Siyasal meşruiyet kavramını oybirliği üzerine kuran yazar, küçük topluluklarda dahi bunun her zaman sağlanmasının mümkün olmadığını kabul etmiş ve kararların çoğunlukla alınmasının bir zorunluluk olduğunu ifade etmiştir. Ancak bu çoğunluk, SIEYES’e göre, oybirliğinin tüm niteliklerini içinde taşımalıdır. Genel iradeyle çoğunluk iradesini birbirinden ayıran yazar, ikincisinin bir zorbalık haline gelebileceği tehlikesine vurgu yapmıştır. Bunu önlemek için anayasanın yasalara karşı üstünlüğünün kabul edilmesi gerektiğini yazar şu cümlelerle ifade etmiştir: “Basit çoğunluğun yapacağı her yasadaki önce basit çoğunluğa sahip yasama organını frenleyen bir oybirliği iradesi vardır. Bu fren ancak kuvvetlerin ayrılmasında ve bu kuvvetlerin yapısında bulunabileceğinden,

<sup>329</sup> BEAUD, *La Puissance*..., s. 455. Vurgular BEAUD’ya aittir.

*diyorum ki, kuvvetlerin ayrılığı ve yapısı, yani Anayasa (çünkü o bundan başka bir şey değildir), basit çoğunluk tarafından kabul edilen her yasadan önce gelen temel bir yasadır.*<sup>330</sup>

SIEYES, 20-21 Temmuz 1789 tarihli söylevinde dahi kurucu ve kurulu iktidar ayırımından bahsetmiştir. Bu söylevinde yazar, bir anayasa için önce bir kurucu iktidarın olması gerektiğini ve bu iktidarın görevinin de anayasa yapmak olduğunu ifade etmiştir. Hiçbir kuralla bağlı olmayan ve iktidarların en büyüğü ve en önemlisi olan söz konusu iktidar millet tarafından kullanılır. Kurucu iktidar, milletin iradesinden başka bir şey değildir. SIEYES tarafından “kurulu iktidarlar” olarak tanımlanan kamusal güçler anayasaya tâbidir çünkü onun tarafından var edilmişlerdir: “*Ayrım gözetmeksizin tüm kamusal güçler genel iradenin bir sonucudur; her şey halktan yani millettendir.*” Anayasa’nın görevi de, bireysel özgürlüğü korumak amacıyla kurulu iktidarları düzenlemek ve sınırlamaktır.<sup>331</sup>

Böylece SIEYES’e göre anayasa, millet iradesi tarafından oluşturulmuş bir metindir ve bu anayasa tarafından oluşturulmuş kurulu güçlerin (türev kurucu iktidarlar da buna dahildir) millet iradesine karşı gelmemek adına onun koyduğu sınırlamalara uyması gerekir. Bir başka deyişle, millet egemenliğinin ifadesi olan anayasa, bu anayasaya göre kurulacak olan iktidarların sınırlarını ve yetkilerini çizer ve halkın temsilcileri, egemenliğin gerçek sahibi olan milletin bu en temel iradesine uygun hareket etmek zorundadır.<sup>332</sup> Bu durumda, değişmez maddeler etrafında günümüzde yaşanan çatışmanın anayasa – millet iradesi çatışması (veya iddia edildiği gibi statüko – demokrasi çatışması) değil, kurucu millet iradesiyle parlamento iradesi arasındaki bir çatışma olduğu ortaya çıkmaktadır.

Ünlü Fransız hukukçu CARRE de MALBERG de ABD’deki anayasal düzenin en başından bu mantık çerçevesinde geliştiğini belirtmektedir. Yazara göre ABD’de kurucu egemen halk, anayasal hukuk düzenini kurarken uygun gördüklerini yasama organının yetki alanından çıkartabileceği gibi, ileride kanun yaparken onu şarta bağlayacak veya sınırlayacak önlemleri de alabilir. Bu yüzden Amerikalıların bakış açısında kurucu iktidarla yasama iktidarı sadece eşit olmayan niteliklerde değil, aynı

<sup>330</sup> Emmanuel SIEYES, *Des Manuscrits de Sieyès, 1773-1799*, sous la direction de Christine Fauré, Honoré Champion, Paris, 1999, ss. 492-493.

<sup>331</sup> SIEYES, “Motion sur...”, ss. 1004-1018.

<sup>332</sup> GÖZTEPE, “Anayasa Yargısı...”, s. 48

zamanda farklı doğalarda ve keskin şekilde ayırır.<sup>333</sup> Amerika’da Anayasa’nın kendisi genel iradenin bir ifadesi olarak kabul edilir. ABD’nin 1787 tarihli Anayasası’nın başlangıç kısmında yazar olarak halk gösterilmektedir, yani egemen olan. Sıradan yasalara gelince, onlar halkın eseri değildir; yasamanın, yani halk tarafından Anayasa’da kendisine bahşedilen yetkisini kullanan kurulu bir otoritenin ürünleridir. Böylece, en başından itibaren, egemenden kaynaklanan anayasayla, sadece bir otoriteden ibaret ve egemenliğe değil, yalnızca kendisine bahşedilmiş ve sınırlı bir yetkiye sahip meclislerin eyleminden kaynaklanan güncel yasama arasında keskin bir ayırım yapılmıştır.<sup>334</sup>

Bahsettiğimiz bu ayrıma çağdaş yazarlarda da rastlamaktayız. Örneğin BEAUD, anayasayı oluşturan halkın “egemen” niteliğine sahip tek iktidar olduğunu ve mevcut anayasada tanımlanmış –ve dolayısıyla sınırlanmış- bir “egemen” olamayacağından yola çıkarak bu egemen halkın anayasadan da üstün olduğunu ifade etmektedir.<sup>335</sup> Fransa’nın Avrupa Birliği’ne bazı egemenlik yetkilerini devretmesini gerektiren Maastricht Anlaşması’yla ilgili Anayasa Konseyi’nin vermiş olduğu 2 Eylül 1992 tarihli *Maastricht II* kararına ilişkin düşüncesinde BEAUD, kabul edilmesi halinde Fransa Anayasası’nda “esaslı değişiklik” yapacak bir anlaşmanın imzalanması için onayı sadece (aslı) kurucu iktidarın verebileceğini belirtmektedir. Çünkü bir anayasa, üzerine kurulduğu devletin yok olmasına müsaade edemez. Egemenlik, anayasanın değişmez unsurlarından biridir.<sup>336</sup>

ABD Yüksek Mahkemesi’nin 1803 tarihli ünlü *Marbury v. Madison* kararında da anayasayı ilk kez yazan kurucu halkın, sonraki yönetimlere çeşitli ilkeler dayatma hakkı olduğu ifade edilmiştir. “*Bu özgün hakkın<sup>337</sup> hayata geçirilmesi büyük bir çaba gerektirdiğinden, çok sık tekrarlanmamalıdır. Bu nedenle, söz konusu ilkeler temel kabul edilmelidir. Ve kaynaklandıkları otorite çok ender şekilde harekete geçtiği için sürekli olmak üzere yaratılmışlardır. Bu özgün ve üstün irade yönetimi şekillendirir*

<sup>333</sup> CARRE DE MALBERG, *La Loi...*, s.110.

<sup>334</sup> CARRE DE MALBERG, *a. g. e.*, s. 109.

<sup>335</sup> BEAUD, “Le Souverain”, s. 37.

<sup>336</sup> BEAUD, “La Souveraineté de...”, s. 1062. Buna karşın bazı yazarlar, anayasa normları arasında bir hiyerarşi yaratan bu yorumun, anayasallıktan ziyade bir meşruiyet sorunu olduğunu iddia etmektedir. Bknz: Thierry S. RENOUX, Michel de VILLIERS, *Code Constitutionnel*, Litec, Paris, 1994, s. 622.

<sup>337</sup> Aslı kuruculuktan bahsediliyor.

*ve farklı birimlere ilgili yetkilerini bahşeder. Bununla yetinebileceği gibi, söz konusu birimlerin aşamayacakları sınırlar da belirleyebilir.”*<sup>338</sup>

Anayasayı yazan kurucu halkın, kendinden sonra gelecek iktidarlara bazı sınırlamalar koyabilmesinin nedeni, yalnızca onun egemen olarak kabul edilmesidir. Bunun karşılığında türev kurucu iktidarın yükümlülüğü de onu oluşturan egemen gücün koyduğu kurallara saygı duymaktır; çünkü varlığını o egemen güce borçludur. ROBLOT-TROIZIER’ye göre “hiçbir şey, egemenlik niteliğinin gereği olarak tamamen sınırsız olan aslî kurucu iktidarı, anayasada, uluslararası kuralların tüm iç hukuk normlarından hatta anayasal değerdeki normlardan üstünlüğünü ifade ederek sınırlama getirmekten alıkoyamaz”.<sup>339</sup> Bu mantığın sonucu olarak, aslî kurucu iktidarın, egemen iradesiyle anayasada, kendinden sonra gelecek iktidarların değiştiremeyeceği kurallar belirleyebilme yetkisine sahip olduğunun kabul edilmesi gerekir.

MURSWIEK’e göre de, anayasa koyuculuk ile anayasa değişikliği arasında hiyerarşik bir farklılığın kabul edilmemesi halinde, değişmezliği düzenleyen kural, pozitif hukuk tarafından değişmezlik kapsamına alınmış olsa bile bu düzenlemenin anayasayı değiştirmeye yetkili kılınmış bir yasa koyucu tarafından ortadan kaldırılmasını engellemek mümkün olamaz. Çünkü anayasa koyuculuk ile anayasa değiştirmenin norm kuramı açısından eşit olduğunun varsayılması halinde, anayasayı değiştirme yetkisine sahip kılınan organ mantıken anayasa koyucunun yerini almış olacaktır. Her ikisi de gerek hiyerarşik yönden ve gerekse işlevsel yönden eşit durumda kabul edileceğinden, değişmezliği düzenleyen kuralın pozitif hukuk tarafından değişmezlik kapsamına alınmış olması, anayasa koyucunun kendini bağlaması anlamını taşıyacaktır. Ancak bir normu yaratan organın o normla kendini bağlaması mümkün değildir. Çünkü böyle bir normu tersine işlemle (*actus contrarius*) kaldırmak her zaman mümkündür. Bu nedenle, gerçek anlamda hukuksal yükümlülük, ancak başka hukuk sùjelerine karşı bir yükümlülüktür. Ve bu yükümlülüğün tek yanlı tesisi ancak bir alt-üst ilişkisi içinde mümkün olabilir. Başka

---

<sup>338</sup> Marbury v. Madison, s. 176, [http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0005\\_0137\\_ZO.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0005_0137_ZO.html) (07.05.2012 tarihinde ziyaret edildi.).

<sup>339</sup> Agnès ROBLOT-TROIZIER, *Contrôle de Constitutionnalité et Normes Visées par la Constitution Française –Recherches sur la Constitutionnalité par Renvoi*, Dalloz, Paris, 2007.

bir deyişle bir kural koyucunun başka bir kural koyucuyu sınırlandırabilmesi, ancak hukuk düzeninin ona daha üstün bir aşama tanımına bağlıdır.<sup>340</sup>

Sonuç olarak anayasa koyucu, gücü veya otoritesi, öz siyasal varlığın biçimi ve türüyle ilgili kapsayıcı ve somut karar alma, bir başka deyişle, bütüncül olarak siyasal birliğin varlığını belirleme seviyesine ulaşmış olan siyasal iradedir.<sup>341</sup> Oluşturduğu siyasal birliği bütüncül ve kapsayıcı şekilde tanımlayabilmesi, bu tanımın dışına çıkılmasını engelleme hakkını da anayasa koyucuya vermelidir. Zaten bu sayede anayasa koyucu, anayasal kanunların (anayasa değişikliklerinin) farklı bir usulle kabul edilmesi gerektiğini düzenleyebilmektedir.<sup>342</sup>

Aynı şekilde aslî kurucu iktidarı, anayasa maddesi olarak düzenlediği hükümler arasından bazılarının diğerlerinden daha önemli kabul etmekten ve buna bağlı olarak, bunların, diğer anayasal normlardan daha farklı ve zorlaştırılmış bir usulle değiştirilebileceğini düzenlemekten kimse alıkoyamaz.<sup>343</sup> Nasıl değişiklik usulünde zorluk derecesi değişebiliyorsa, nasıl değişiklik usulü mantıklı şekilde sınırlanabiliyorsa, bazı düzenlemeler değişiklik yapma yetkisinin dışında da tutulabilir<sup>344</sup>. Değişmez maddeler içeren bir anayasayı yazanlar söz konusu maddelerin, anayasanın çerçevesinin dışına çıkmadan değiştirilmesini engellemek istemiştir.<sup>345</sup> Bir başka deyişle, “sınırlama normu” tarafından “korunan” anayasal düzenlemelerin değiştirilmesi için geçerli hukuksal bir yöntem yoktur.<sup>346</sup> Türev kurucu iktidarın hukuk sınırları içerisinde değişmez madde ve ilkeleri değiştirmesi mümkün değildir, çünkü tek gerçek egemen olan aslî kurucu iktidar tarafından sınırlanmıştır. Yasama meclisinin yapabileceği tek şey, -demokratik olarak belirlendiği hallerde- kurucu halkın iradesinin yazıya dökülmüş hali olan anayasada kendi için belirlenmiş olan sınırlara saygı göstermektir. Aslî kurucu iktidarın

<sup>340</sup> Dietrich MURSWIEK, “Ungeschriebene Ewigkeitsgarantien in Verfassungen” (10.11.2008 tarihinde Bilkent Üniversitesi’nde düzenlenen toplantıya sunulan yayımlanmamış bildiri), <http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers/murswiek/ewigkeitsgarantie> (21.08.2012 tarihinde ziyaret edildi.), aktaran: SAĞLAM, “Anayasa ve...”, ss. 580-581.

<sup>341</sup> SCHMITT, *Théorie de la...*, ss. 211-212.

<sup>342</sup> BURCKHARDT, türev kurucu iktidarların anayasalardaki anayasa değişikliğini düzenleyen maddelerle bağlı olmadığını düşünmektedir. Bknz: BURCKHARDT Walther, **Kommentar des Schweizerischen Bundesverfassung vom 29 Mai 1874**, Stämpfli, Bern, 1905, s. 6 vd.; aktaran: CARRE DE MALBERG, **Contribution...**, t. II, s. 523, dipnot: 17.

<sup>343</sup> Xavier MAGNON, “Quelques Mots Encore à Propos des Lois de Révision Constitutionnelle: Limites, Contrôles, Efficacité, Caractère Opérateur et Existence. En Hommage au Doyen Louis Favoreu”, **Revue Française de Droit Constitutionnel (RFDC)**, no. 59, 2004, s. 604.

<sup>344</sup> Aynı yönde: SAĞLAM, “Anayasa ve...”, ss. 577-578.

<sup>345</sup> RIGAUX, **La Théorie des...**, ss. 232 ve 239.

<sup>346</sup> DEROSIER, “Enquête sur...”, s. 793.



demokratik olarak oluşmadığı hallerde ise yine anayasa mahkemesinin bu durumu belirlemesine ve buna dayanarak değişmez maddelerin hukuksal değerden yoksun olduğuna karar vermesine kadar değişmez ilan edilen anayasa hükümleri türev kurucu iktidarın sınırlarını belirlemeye devam edecektir. Ancak bu yönde verilmiş bir kararın ardından artık yasama, anti-demokratik şekilde belirlenen değişmez maddelerle bağlı olmayacaktır.

### *c. Değişmezlik ilkesi açısından türev kurucu iktidar*

Türev kurucu iktidar, adındaki “kuruculuk” sıfatına rağmen aslî kurucu iktidarın belirlediği anayasa tarafından kurulu bir iktidardır. Kuruculuk sıfatının kaynağı anayasada aslî kurucu iktidarın belirlediği şartlar altında ve sınırlar içinde değişiklik yapabilmesidir. Söz konusu sınırları değişmez maddeler çizmektedir.

#### (1) Türev kurucu iktidarın tanımı

Anayasalardaki değişmez madde ve ilkelerin temel amacı parlamentonun bazı anayasa değişikliklerini yapmasını engellemektir. Söz konusu madde ve ilkeler, anayasayı değiştirme iktidarının sınırlarını teşkil etmektedir. Anayasayı değiştirme iktidarı, genelde, türev kurucu iktidar terimiyle ifade edilmektedir. Zira anayasayı değiştirmeye yetkisi olan parlamento, hangi şartlar içerisinde çalıştığını gösteren anayasaya bağlı olan bir iktidar türüdür. Bu durumda, değişiklik yapma iktidarı şartsız değildir. Türev bir iktidardır.<sup>347</sup>

Dolayısıyla, yürürlükteki anayasanın kısmen değiştirilmesi veya anayasanın gösterdiği değiştirme yöntemiyle yapılan toptan bir değişiklik halinde anayasal düzende bir devamlılık olduğundan bu değişiklikleri yapan iktidara; bir başka deyişle, anayasal olarak anayasayı değiştirme yetkisiyle donatılmış devlet organlarına türev kurucu iktidar denmektedir.<sup>348</sup>

<sup>347</sup> George VEDEL, **Droit Constitutionnel**, Sirey, Paris, 1984, s. 113.

<sup>348</sup> Olivier DUHAMEL, Yves MENY, **Droit Constitutionnel**, 1<sup>e</sup> éd., PUF, Paris, 1992, s. 778.

Türkiye doktrininde yaygın olarak “tâli kurucu iktidar” olarak adlandırılan anayasayı değiştirme gücünün bir kurucu iktidar olup olmadığı özellikle Fransa’daki anayasa hukukçuları arasında tartışma konusu olmuştur.

TURPIN’e göre kurucu iktidar bir anayasa sayesinde ve onun çerçevesi içinde işlem yapabiliyorsa bu iktidara (bu anayasa tarafından) “kurulu” kurucu iktidar veya (bu anayasaya göre) “türev” kurucu iktidar ya da daha basit şekilde “değiştiren” iktidar adı verilir.<sup>349</sup>

Yukarıda türev kurucu iktidarın kuruculuk sıfatını sorgulayan yazarlar arasında sayılan DEROSIER, TURPIN’in ifade ettiği adlandırmalar arasında önemli farklar olduğu ve bunlardan yalnızca sonuncusunun doğru olduğu düşüncesindedir. Yazara göre anayasayı ancak belli kurallar çerçevesinde değiştirebilen iktidara “türev kurucu iktidar” denmesi doğru değildir; çünkü söz konusu iktidar anayasayı *kurmamaktadır*. Yalnızca anayasa tarafından bizzat öngörülmüş bir usulü temel olarak ve ona uygun şekilde onu değiştiren anayasal düzenlemeler üretmektedir. Yazara göre, “anayasa tarafından bizzat öngörülmüş bir usulü temel olarak ve ona uygun şekilde” tabiri, söz konusu iktidarın anayasanın kurallarına uymak zorunda olduğunu ve bu nedenle ne “kurucu”, ne “türev”, ne de “kurulu kurucu iktidar” olarak değil, ancak ve ancak “kurulu iktidar” olarak tanımlanabileceğini ortaya koymaktadır.<sup>350</sup> KUBALI da, anayasanın değiştirilmesine henüz değinmeden mevcut anayasa ile tesis edilen ve aralarında TBMM’nin de bulunduğu tüm devlet organlarını kurulmuş iktidar olarak tanımlamaktadır.<sup>351</sup> DEROSIER ise daha da ileri giderek, parlamentonun bir iktidar bile olmadığını, Anayasa’yı değiştirme “yetkisinden” bahsetmenin daha doğru olacağını ifade etmektedir.<sup>352</sup>

Yukarıdaki tartışmada ifade edilen görüşlerde haklılık payı olduğunu kabul etmekle birlikte, hem türev kurucu iktidar teriminin Türkiye’de oturmuş bir kavram olması, hem de anayasanın bazı maddelerini değiştirme ve hatta ilga edebilme

<sup>349</sup> TURPIN, **Droit**..., s. 81.

<sup>350</sup> DEROSIER, “Enquête sur...”, ss. 786-787.

<sup>351</sup> KUBALI, **Anayasa Hukuku**..., s. 96. Ancak ilerleyen sayfalarda KUBALI anayasayı değiştirme (tadil etme) yetkisini kullanan iktidara bu sefer “tâli kurucu iktidar veya tadil iktidarı” dendiğini söylemektedir. Bknz: KUBALI, **Anayasa Hukuku**..., ss. 100-101. Belli bir organın önce “kurucu değil de kurulmuş iktidar” olduğunu, ardından da aynı organın aynı zamanda “tâli de olsa bir kurucu iktidar” olduğunu söylemek, kanaatimizce, çelişkili ve kafa karıştırıcıdır. KUBALI’nın “tâli kurucu iktidar” terimi yerine sadece “tadil iktidarını” kullanmış olması en başta yaptığı kurucu ve kurulmuş iktidar ayırımına daha uygun düşerdi.

<sup>352</sup> DEROSIER, “Enquête sur...”, s. 787.

gücünün kuruculuk olarak kabul edilmesi gerektiğini düşündüğümüzden biz bu çalışmada anayasayı değiştirme işlemini yapan organ için “türev kurucu iktidar” terimini kullanmayı uygun bulmaktayız. Ancak belirtmemiz gerekir ki türev kurucu iktidar bizce de özünde kurulu bir iktidardır ve yukarıda açıkladığımız gibi, egemenliğin tek sahibi olan aslî kurucu iktidarın koyduğu sınırlara saygı göstermekle yükümlüdür. Türev kurucu iktidar yalnızca aslî kurucu iktidarın anayasayı tümünden değiştirme yetkisi tanınması halinde hukuk içinde kalarak ve anayasada belirtilen usûle ve kıstaslara uygun olarak yeni bir anayasa yazabilir.<sup>353</sup> Ancak bu durumda dahi, eski anayasa tarafından konulmuş kurullarla bağlı olduğu için egemen değildir ve dolayısıyla dilediği zaman aslî kurucu iktidar sıfatını alamaz.

Bu nedenle, bir anayasayı tümünden değiştirse de türev kurucu iktidar yeni anayasada değişmez madde veya ilke belirleyememelidir. Belirlemesi halinde bunların değişmezlik niteliği, kendinden sonra gelecek türev kurucu iktidarlar tarafından kaldırılabilir. Dolayısıyla, kanaatimizce, bir türev kurucu iktidar tarafından ilan edilen değişmezliğin hukuksal değeri bulunmamaktadır. Bu durum, türev kurucu iktidarı çevreleyen çeşitli sınırlardan biridir.

## (2) Türev kurucu iktidarın sınırları

Aslî kurucu iktidara hukuksal bir değer tanımayan ve bu nedenle aslî ve türev kurucu iktidar ayrımını kabul etmeyen pozitivist yazarlar olduğuna yukarıda değinmiştik. Türev kurucu iktidarın anayasanın içeriği bakımından hiçbir hukuksal sınırlamaya tâbi olmadığını düşünen bu yazarlara göre türev kurucu organ millete ait olan kuruculuk iktidarını, milletin temsilcisi olarak, dilediği gibi kullanmak hakkına sahiptir.<sup>354</sup> Örneğin ROBERT, türev kurucu iktidarın orijinal anayasanın içeriğini değiştirmekle ilgili tam bir özgürlüğe sahip olduğunu düşünmektedir.<sup>355</sup>

Ancak bu konuda KUBALI, türev kurucu iktidarın hukuken sınırsız olduğunu ileri süren pozitivist hukukçuların çelişkiye düştüğü kanaatindedir. Zira hukuksal

<sup>353</sup> Türev kurucu iktidarın anayasayı toptan değiştirmesine örnek olarak Fransa’da 1940 Anayasası veya İsviçre’de 1999 Anayasası gösterilebilir.

<sup>354</sup> KUBALI, *Anayasa Hukuku*..., s. 102.

<sup>355</sup> ROBERT, “La Forme...”, s. 362.

pozitivizme yani yürürlükteki hukuka bağlı oldukları halde türev kurucu iktidarı mevcut anayasa ile hukuken bağlı görmemeleri, yalnız fillî ve siyasal yönden bağlı olduğunu ileri sürmeleri kendi görüşlerine aykırıdır.<sup>356</sup>

Türev kurucu iktidarın, aynı aslî kurucu iktidar gibi egemen olduğu da iddia edilegelmiştir. Bu düşünceye göre anayasayı değiştirme iktidarının “türev” niteliği yalnızca organik ve şeklî açıdan geçerlidir; ancak maddî açıdan bakıldığında aslî kurucu iktidarla aynı seviyededir.<sup>357</sup> Örneğin CAN “*yasa yapılırken hukuksal referans anayasa olmakla birlikte, anayasa yapılır veya değiştirilirken hukukî referans yoktur*” demek suretiyle türev kurucu iktidarın sınırsız olduğunu iddia etmektedir.<sup>358</sup> Hemen görülebileceği üzere bu düşünce, anayasa değişiklikleri konusunda aslî ve türev kurucu iktidar ayrımı yapmamaktadır. Bu bakımdan, bu bakış açısına göre türev kurucu iktidarın anayasa değişikliği konusunda hiçbir sınırı yoktur ve dolayısıyla değişmez madde ve ilkeler gibi sınır çizmeye çalışan normların da hukuksal değeri bulunmamaktadır.

Hatta WINTERHOFF’a göre “*anayasa kuralları anayasanın lafzına aykırı biçimde geçerli kılınıyorsa, yapılan şey artık yeni bir anayasa yapımıdır. Buna hiçbir surette anayasa değişikliği denemez. Çünkü değişmezlik ilkesine aykırı anayasa normu, kaynağını yürürlükteki anayasadan almadığından aslî kurucu iktidar iradesidir. Yürürlükteki anayasadan türetilmemiş, aksine yaratılmıştır.*”<sup>359</sup> Dolayısıyla yazara göre türev kurucu iktidar anayasadaki kurallara uymak istemediği zaman kendini aslî kurucu iktidara dönüştürüp önündeki engeli kolayca aşabilir.

Kanaatimizce bu düşünce, anayasanın iktidarlar için engelleyici bir metin olduğu mantığını reddetmesi nedeniyle kabul edilemez bir düşüncedir. Yukarıda açıkladığımız üzere anayasa kavramının özünde iktidarın sınırlanması ve keyfiyetin önlenmesi amacı yatmaktadır. Ancak kolayca aşılabilecek sınırlar gerçek birer sınır teşkil etmediği için anayasanın varlık nedeni (*raison d’être*) yok olmaktadır. Bunun yanında, yazarın “dilediği zaman aslî kurucu iktidara dönüşebilen bir türev kurucu iktidar” düşüncesi, aslî ve türev kurucu iktidar arasındaki ayrımı anlamsız kıldığı için kendi içinde bir çelişki de barındırmaktadır. Madem türev kurucu iktidar kendi

<sup>356</sup> KUBALI, *Anayasa Hukuku*..., s. 103.

<sup>357</sup> VEDEL, *Droit*..., s. 90.

<sup>358</sup> CAN, *Kurucu İktidar*..., s. 254. Vurgu bize aittir.

<sup>359</sup> Christian WINTERHOFF, *Verfassung-Verfassungsgebung-Verfassungsänderung*, Mohr Siebeck Vlg., Tübingen, 2007, s. 480, aktaran: CAN, *a. g. e.*, s. 257.

iradesiyle dilediği zaman aslî kurucu iktidara dönüşebilmektedir, o zaman bu ayrımın işlevi nedir?

Kanaatimizce, türev kurucu iktidar sınırlı bir iktidardır ve aslî kurucu iktidarın değişmez olarak nitelediği madde ve ilkeleri ihlal etmesi mümkün değildir. Onlara saygı göstermekle yükümlüdür. Bu mantığın devamı olarak, değişmez madde ve ilkeler ancak ve ancak anayasanın ilk kez hazırlanması sırasında aslî kurucu iktidar tarafından konulabilir. Türev kurucu iktidar kendini aslî kurucu iktidar seviyesine yükselterek mevcut bir anayasal düzende yeni bir değişmezlik alanı yaratamaz.

*(a) Anayasa değişikliği usulünün değişmezliği tartışması*

Türev kurucu iktidarın anayasanın içeriğiyle ilgili istediği tüm değişiklikleri yapabileceğini savunmasına rağmen ROBERT dahi, bu durumun parlamentonun keyfi hareket etmesine olanak sağlayacağını düşünerek, söz konusu yetkinin ancak anayasa değişikliğine ilişkin hükümlere saygı çerçevesinde kullanılması gerektiğini düşünmektedir. Yazara göre “*hukuk devletinin bir gereği olarak kurucu iktidar şekil kurallarına ve konulmuş sınırlara saygı duymakla yükümlüdür.*”<sup>360</sup> Görüldüğü üzere yazar türev kurucu iktidarın yalnızca anayasa değişikliğine dair usülle bağlı olduğunu ifade etmekte, maddî anlamdaysa değişikliğin içeriğinin hiçbir şekilde denetlenemeyeceğini ve dolayısıyla değişmez madde ve ilkelerin gerçek sınır teşkil etmediğini iddia etmektedir.

Ancak ROBERT’in değişmez maddeleri türev kurucu iktidar için şekli bir sınır olarak kabul etmemesi, kanaatimizce, bir çelişkidir. Zira, anayasanın türev kurucu iktidarın anayasayı değiştirme yetkisini ve usulünü gösteren madde veya maddelerinin değişmez madde ve ilkeleri belirleyen madde ile birlikte düşünülmesi gerektiği kanaatindeyiz. Değişmez maddelerin varlık nedeni türev kurucu iktidara anayasa değişikliği konusunda sınır koymaktır ve bu nedenle anayasa değişikliğini düzenleyen normlarla birlikte düşünülmelidir. “Belli konularda değişiklik teklifinin yapılamaması” içeriğe ilişkin olduğu kadar şekli de bir sınırlamadır. Örneğin 1982 Türkiye Anayasası’nın 4. maddesi gibi bazı madde veya maddelere değişmezlik niteliği kazandıran hükümler de türev kurucu iktidarın anayasa değişikliği yetkisinin

---

<sup>360</sup> ROBERT, “La Forme...”, s. 362.

sınırlarını belirlemek yoluyla değişiklik yapma yetkisini düzenlemektedir. Kanaatimizce, bu ve diğer ülkelerdeki benzer maddelerdeki “değişiklik konusu edilemez” ifadesi de değişmezliğin aynı zamanda şekli bir sınır yarattığına işaret etmektedir.

Nitekim KUBALI da, türev kurucu iktidarın değiştirme yetkisini ancak kendine meşruluk kazandıran anayasanın sözü ve ruhu ile hukuken bağlı olmak şartıyla kullanabileceğini belirtmektedir.<sup>361</sup> Hatta MURSWIEK’e göre, bu nedenle, türev kurucu iktidar, anayasa değişikliği ile ilgili olarak kendini yetkili kılan normu değiştiremez. Bu kural ona, anayasada sadece “değişiklik yapma” yetkisi verir; dolayısıyla anayasanın bütünü üzerinde tasarrufta bulunamaz.<sup>362</sup> Bu mantığa göre, anayasanın nasıl değiştirilebileceğini gösteren madde veya maddeler de kendiliğinden değişmezlik niteliğine sahiptir.

Kanaatimizce bu görüş kabul edilebilir bir görüş değildir. Zira anayasanın açıkça değişmez niteliğe büründürmediği maddelerin yorum yöntemiyle değişmezliğe kavuşturulması anayasanın statikleşmesine neden olacaktır. Kaldı ki oluşacak yorum farkları nedeniyle değişmezlik gibi kesinlik gerektiren bir konuda tartışmalı ve müphem bir alan yaratılacaktır. Bu nedenle, belli bir mantığa oturduğunu kabul etmekle birlikte, anayasanın değişiklik usûlünü gösteren anayasa normlarının kendiliğinden değişmezlik niteliğini haiz olduğu düşüncesine katılmamaktayız.

*(b) Değişmez maddelere uyma yükümlülüğü*

Türev kurucu iktidarın en baştan sınırlı bir iktidar olduğu düşüncesine göre anayasayı değiştirme usûlü, anayasaya tâbi, dolayısıyla sınırlı bir yetkidir. Değiştirme iktidarının sınırlı olması gerektiği, Avrupa’daki çok sayıda anayasa mahkemesinin kararından önce doktrin tarafından savunulmuştur.<sup>363</sup> Türkiye’de de anayasa normları arasında bir hiyerarşi olmadığını düşünmesine karşın SAĞLAM’a göre türev kurucu iktidar değişmez maddeleri değiştirme yetkisini haiz değildir. Bu

<sup>361</sup> KUBALI, *Anayasa Hukuku...*, s. 105.

<sup>362</sup> Dietrich MURSWIEK, “Ungeschriebene Ewigkeitsgarantien in Verfassungen” (10.11.2008 tarihinde Bilkent Üniversitesi’nde düzenlenen toplantıya sunulan yayımlanmamış bildiri), <http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers/murswiek/ewigkeitsgarantie> (21.08.2012 tarihinde ziyaret edildi.), aktaran: SAĞLAM, “Anayasa ve...”, s. 587.

<sup>363</sup> BEAUD, “Maastricht et la...”, s. 14.

düşüncesini 1982 Anayasası'ndaki pozitif hükümlere dayandıran yazar, anayasa değişikliklerinin denetimini, teklif ve karar yeter sayısı ve ivedilik yasağı ile sınırlayan anayasa kuralının ancak türev kurucu iktidarın yetkisi çerçevesinde yapılabilecek anayasa değişiklikleri için geçerli olduğunu savunmaktadır.<sup>364</sup> Dolayısıyla yazar, öncelikle, türev kurucu iktidarı egemen olarak kabul etmemekte ve “yetkisi dahilinde yapması mümkün olmayan değişiklikler” kategorisi yaratmaktadır. Yazara göre “*söz konusu kategoriye giren hükümler Anayasa'nın değişmez maddeleridir. Türev kurucu iktidar tarafından bunlarla ilgili bir değişiklik yapılması halinde Anayasa'yla verilen yetki ve çizilen sınır aşularak Anayasa'nın değişmez nitelikteki kuralları ihlal edilmiş olacaktır. Bu durumda, değişikliğe ilişkin yasama işleminin, Anayasa'nın 4. ve 11. maddeleri uyarınca denetlenmesi, Anayasa Mahkemesi'nin yetki alanı içinde kalan ve aynı zamanda kaçınılması mümkün olmayan bir görevdir.*”<sup>365</sup>

Aynı şekilde Andrew ARATO da Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin hukuksal anlamda bir kurucu meclis olmadığını, çünkü 1982 Anayasası'nın (selefi olan 1961 Anayasası'nda olduğu gibi), değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez hükümler içerdiğini (4. madde ile güvenceye alınmış 1 ila 3. maddeler) ifade etmektedir. Yazara göre bu hükümlerin tamamı anayasanın değiştirilmesine ilişkin 175. madde kapsamı dışında bırakılmıştır.<sup>366</sup>

Aynı şekilde DUVERGER de anayasa değişikliği sınırlarının anayasayı değiştiren organı bağlayacağını düşünmektedir çünkü kaynağını aldığı anayasaya saygı göstermek zorundadır.<sup>367</sup> Paralel şekilde GÖZLER, türev kurucu iktidarın, aslı kurucu iktidar tarafından anayasada belirtilen sınırlara uymak zorunda olduğunu, aksi takdirde türev kurucu iktidarın kendi dayanağını yok edeceğini düşünmektedir. Ancak hukuk mantığında hiçbir iktidar bunu yapamaz. Eğer yaparsa “aslî” kurucu iktidara dönüşür. “Aslî” olabilmesi içinse kendi dayanağını, yaratıcısını yok etmesi, bir başka deyişle anayasanın dışına çıkması gerekir.<sup>368</sup> Fakat anayasanın dışına çıktığı anda artık türev kuruculuk sıfatı dahi olmayan fiilî bir iktidara dönüşür. Elbette bundan sonra değişmez maddeleri değiştirebilir ve yeni bir anayasa yazabilir;

<sup>364</sup> SAĞLAM, “Anayasa ve...”, s. 577.

<sup>365</sup> SAĞLAM, a. g. m., s. 578.

<sup>366</sup> ARATO, “Demokratik Anayasa...”, s. 35.

<sup>367</sup> Maurice DUVERGER, **Manuel de Droit Constitutionnel et de Science Politique**, 5<sup>e</sup> éd., PUF, Paris, 1948, s. 195; aktaran: GÖZLER, **Le Pouvoir de...**, t. I, s. 194.

<sup>368</sup> GÖZLER, a. g. e., s. 92.

ancak türev kurucu iktidar sıfatıyla değil, hukuk-dışı ve fiilî bir aslî kurucu iktidar sıfatıyla.

SAĞLAM'a göre, anayasa değişikliği sınırları içerisinde kalınarak anayasa koyuculuğu süjesinde değişiklik yapılamaz. Bu anlamda aslî kurucu iktidar ulustur. Anayasaya göre yasama işlevini yerine getirmek üzere seçilen ve değişmez kurallarla ve yetki normlarıyla anayasa değişikliği yetkisi sınırlanmış bulunan meclis, aslî kurucu iktidar görevini üstlenemez, ona ait bir yetkiyi kullanamaz.<sup>369</sup> Bunun gibi, kurucu iktidar yetkisi, bir anayasa değişikliği ile Avrupa Birliği organlarına da devredilemez. Çünkü aslî kurucu iktidarın anayasanın değiştirilmesine getirmiş olduğu yasakların aşılması halinde türev kurucu iktidar aslî kurucu iktidar halini alır ki bu durum hukuk dışı bir durumdur. Türev kurucu iktidarın anayasal yolları izleyerek aslî kurucu iktidar halini alması mümkün değildir. Aksi halde, hem yürürlükte olan anayasaya göre normal yasama faaliyetinde bulunan hem de onu ortadan kaldırmaya çalışıp yeni bir anayasa yapan meclis aynı tüzel kişilikte bir araya gelmiş olacaktır.<sup>370</sup>

VATTEL de, türev kurucu iktidarın millet tarafından konulan temel ilkeleri değiştiremeyeceğini şu şekilde ifade etmiştir: “*Millet, yasama iktidarını hükümdara veya bir meclise tek başına ya da hükümdara ve meclise birlikte kullanmak üzere bırakabilir; böylece bunlar yeni kanunlar yapma ve eski kanunları yürürlükten kaldırma hakkına sahip olur. Ancak acaba iktidarlara temel kanunlara kadar uzanmakta mıdır? Devletin anayasasını<sup>371</sup> değiştirebilirler mi? Koyduğumuz ilkeler bizi, eğer millet çok açık şekilde değiştirme iktidarı vermediyse, bu yasa-koyucuların yetki alanının o kadar uzağa gitmediği ve temel kanunların onlardan saklanması gerektiği tercihini yapmamıza yönlendirmektedir. Çünkü devletin anayasası istikrarlı olmalıdır ve onları ilk kez millet belirlediği ve daha sonra da yasama yetkisini bazı insanlara verdiği için temel kanunlar onların eylem alanı dışındadır. Zaten, söz konusu yasa-koyucuların iktidarı bu anayasadan kaynaklanmaktadır. Kendi*

<sup>369</sup> SAĞLAM, “Anayasa ve...”, s. 585. Yazara göre, aynı şekilde, kurucu iktidar yetkisi, bir anayasa değişikliği ile Avrupa Birliği organlarına da devredilemez.

<sup>370</sup> Gülşah YALÇIN GÜLER, “Anayasa Değişiklikleri, Kurucu İktidarlara ve Meşruiyet”, **Sayıştay Dergisi**, S. 66-67, <http://dergi.sayistay.gov.tr/icerik/der6667m2.pdf> (Ziyaret edildiği tarih: 20.12.2012), s. 38.

<sup>371</sup> VATTEL'in burada “anayasa” kelimesinden kastettiğinin, anayasanın özünü oluşturan maddeler olduğunu düşünmekteyiz.



*yetkilerinin dayanağını yok etmeden onu değiştirmeleri nasıl mümkün olabilir ki?*<sup>372</sup> Dikkat edileceği üzere yazar “millet” kavramını yalnızca anayasanın ilk kez yazıldığı an için kullanmakta ve böylece yasa-koyucunun iradesiyle millet iradesi arasında bir ayırım gözetmektedir. Bu açıdan VATTEL’in Amerikan bakış açısına yakın olduğu söylenebilir.

Nitekim ESMEIN, daha 20. yüzyılın başında, parlamentonun egemen kabul edilmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Fransa Millet Meclisi’nin kurucu iktidar olduğunu kabul etmekle birlikte yazar, bu iktidarın ancak anayasa tarafından belirlenmiş ölçüler ve şartlar altında kullanılabileceğini belirtmiştir. Anayasada belirtilen bu görevlendirmenin dışında Millet Meclisi sıfatsız ve yetkisizdir.<sup>373</sup> Bir başka deyişle, parlamento da anayasa tarafından var edilen bir organdır ve anayasal düzenleme olmaksızın hiçbir yetkisi ve sıfatı bulunmamaktadır. Buna bağlı olarak yetki ve sıfatı da anayasa tarafından belirlendiği şekildedir. Parlamento kendi iradesiyle bu çerçevenin dışına çıkamaz.

Özellikle katı anayasalarda anayasayı değiştirme usûlünün yasa-koyucunun işini zorlaştırdığı ve bu nedenle bir sınır teşkil ettiği düşünülse bile bu çerçevede asıl aşılamayacak sınır değişmez maddelerle çizilendir.

Türev kurucu iktidarın değişmez maddelerle sınırlı bir iktidar olduğunu düşünen yazarların kanaati, değişmez nitelikteki temel anayasa ilkelerinin bir anayasa normunda belirlenmesinin, ancak anayasayı değiştirme yetkisinin yazılı olmayan sınırları bulunduğu varsayımı ile mümkün olabileceği yönündedir.<sup>374</sup> Bir başka deyişle, eğer bir anayasada değişmez madde bulunuyorsa bu, türev kurucu iktidarın, açıkça yazılmamış da olsa, anayasayı değiştirme konusunda belli sınırları olduğunun en baştan kabul edilmesini gerektirir.

CANİKLİOĞLU’na göre de türev kurucu iktidarlar anayasanın değişmez maddeleri üzerinde değişiklik yapamaz. *“Çünkü adı üzerinde, tâlî kurucu iktidar yetkisini anayasadan almıştır ve anayasada kendisine gösterilen kurallar içinde bu yetkiyi kullanabilir ancak. ‘Yeni bir anayasa yazıyorum’ diye yola çıkan bir iktidarın*

<sup>372</sup> Aktaran: ESMEIN, *Eléments de...*, s. 506.

<sup>373</sup> ESMEIN, *a. g. e.*, ss. 980-981.

<sup>374</sup> Dietrich MURSWIEK, “Ungeschriebene Ewigkeitsgarantien in Verfassungen” (10.11.2008 tarihinde Bilkent Üniversitesi’nde düzenlenen toplantıya sunulan yayımlanmamış bildiri), <http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers/murswiek/ewigkeitsgarantie> (21.08.2012 tarihinde ziyaret edildi.), aktaran: SAĞLAM, “Anayasa...”, s. 575.

*yapacağı şey, yeni anayasayı yapmak değil, (sadece) anayasa üzerinde kapsamlı veya kısmî bir takım değişiklikler yapmaktır.”*<sup>375</sup>

Sonuç olarak diyebiliriz ki, türev kurucu iktidar anayasanın çizdiği sınırlar içinde hareket etmesi gereken bir siyasal iktidardır. Aslî kurucu iktidar tarafından yapılmış olan anayasa ve onun lafzı ve ruhuyla bağlıdır. Kuruculuk yetkisi mutlak olmayıp sınırlıdır.<sup>376</sup> Kurucudur çünkü anayasanın bazı maddelerini değiştirebilmekte ve hatta ilga edebilmektedir. Ancak bunu yaparken anayasanın kendine vermiş olduğu yetkiyi ve sınırları aşamaz. Dolayısıyla türev kurucu iktidar pozitif hukukla bağlıdır ve bu nedenle egemen değildir.<sup>377</sup>

Türev kurucu iktidarların anayasa tarafından belirlenen yetki sınırlarını aşarak kendini aslî kurucu iktidar yerine koyması hali anayasaya karşı hile olarak kabul edilmelidir. Anayasaya karşı hile, kısaca, türev kurucu iktidarın sınırlılığının, anayasadaki usullerden yararlanılmak suretiyle ihlal edilmesi demektir. Bu durum, GÖZLER’in ifadesiyle “hile-i şer’iyye” teşkil eder. Çünkü “*burada, anayasanın yasakladığı bir sonuca anayasanın diğer bir maddesinden yararlanarak ulaşılmaktadır. Bilindiği gibi, hil-i şer’iyye hukukun genel ilkeleri gereğince himaye edilemez.*”<sup>378</sup>

Bu nedenle, anayasanın ihlal edilmesini engellemek amacıyla kurulmuş olan anayasa mahkemesinin böyle durumlarda devreye girmesi ne demokrasiye bir müdahale, ne de millet iradesinin iptalidir; bilakis, anayasanın üstünlüğünün korunması için kendisine yüklenen görevi yerine getirmesi anlamını taşır. Nasıl ki anayasaya aykırı kanunların anayasanın üstünlüğü ilkesi çerçevesinde iptal edilmesi gerekmektedir, anayasa tarafından belirlenmiş sınırları ihlal eden bir anayasa değişikliğinin de iptal edilmesinden başka bir çözüm yoktur. Ancak bu iki iptal hali arasında anayasa mahkemesinin görev yüklediği özne bakımından fark bulunmaktadır. Bir yasayı anayasaya aykırı bularak iptal eden anayasa mahkemesi işi, bir anayasa değişikliği yapmak üzere türev kurucu iktidara, bir anayasa

<sup>375</sup> **Anayasa’nın Değiştirilemez...**, s. 36.

<sup>376</sup> KUBALI, **Anayasa Hukuku...**, s. 101.

<sup>377</sup> BEAUD, “Maastricht et la...”, s. 16.

<sup>378</sup> GÖZLER, **Kurucu İktidar**, s. 142.

değişikliğini iptal eden anayasa mahkemesi ise işi aslî kurucu iktidara havale etmektedir.<sup>379</sup>

*(c) Türev kurucu iktidarın değişmez madde yaratamaması*

Yukarıda açıkladığımız üzere değişmez madde ve ilkeler ancak ve ancak aslî kurucu iktidarlar tarafından belirlenebilir. Türev kurucu iktidarlar, adları üzerinde, aslî kurucu iktidardan türedikleri ve hiyerarşik olarak daha alt seviyede yer aldıkları için onun egemenliğine saygı duymak ve koyduğu sınırlara uymakla yükümlüdür. Görüldüğü üzere, değişmezlik kurumunun var oluş mantığı gereği, değişmez madde ve ilkeyi belirleyen ve ona uymak zorunda olan iktidarlar arasında hiyerarşik bir fark olmalıdır. Bu durumda karşımıza çıkan soru, mevcut değişmez madde ve ilkeleri değiştiremeyen veya kaldıramayan türev kurucu iktidarın kendinin değişmez madde veya ilke belirleyip belirlemeyeceğidir.

ONAR, 1949 tarihli Federal Almanya Anayasası'nın değişmez nitelikteki 20. maddesine 1968 yılında direnme hakkının eklenmesini örnek göstererek 1982 tarihli Türkiye Anayasası'nın 4. maddesinde yeni değişmez maddeler tanımlanabileceğini iddia etmektedir.<sup>380</sup> ÖZBUDUN da aynı şekilde, bir gerekçe göstermeksizin, 1982 Türkiye Anayasası'nda değişmezliği belirleyen 4. maddenin türev kurucu iktidar tarafından yeni değişiklik yasakları getirilecek şekilde değiştirilebileceğini öne sürmektedir.<sup>381</sup>

Bizim bu iddialara cevabımızsa kesin bir şekilde “hayır”dır. Zira ifade ettiğimiz gibi değişmez madde ve ilkeler hiyerarşik olarak alt seviyedeki bir iktidarın sınırlarını çizer. Oysa bir türev kurucu iktidar, kendinden sonra gelecek türev kurucu iktidarların üstü değildir. Bu nedenle önceki türev kurucu iktidar anayasa değişikliği yoluyla bir değişmez madde veya ilke belirlediğini iddia etse bile, kendiyile eşit seviyedeki sonraki türev kurucu iktidar bu değişmez madde veya ilkeyle bağlı değildir; onları değiştirebilir veya kaldırabilir. GÖZLER de “*yalnızca aslî kurucu iktidar anayasa değişikliği iktidarının işleyişine sınır koyma yetkisine sahiptir*”

<sup>379</sup> KLEIN, *Théorie et...*, s. 205.

<sup>380</sup> ONAR, *1982 Anayasasında...*, s. 18.

<sup>381</sup> ÖZBUDUN, *Türk Anayasa...*, s. 175.

diyerek türev kurucu iktidarın değişmez madde koyamayacağını belirtmektedir.<sup>382</sup> Aynı şekilde CAN da “*talî kurucu iktidar tarafından yapılacak bir değişikliğin sonraki bir talî kurucu iktidar için neden değiştirilemez olması gerektiğini gerektirendirmek mümkün değildir. Çünkü talî kurucu iktidarlar sadece asli kurucu iktidarın iradesiyle bağlıdır*” demek suretiyle türev kurucu iktidarın değişmez madde tesis edemeyeceğini ifade etmektedir.<sup>383</sup>

Federal Almanya Anayasası’nın değişmez nitelikteki 20. maddesine 1968 yılında yapılan değişiklikle eklenen 4. fıkrasının bu duruma bir istisna yarattığı iddia edilebilir. Ancak, değişmezliği sağlayan 79/3. madde yakından incelendiğinde yalnızca değişmez maddelerin içeriğinin daraltılmasını yasakladığı görülmektedir. Zira yasak 1. ve 20. maddelere “dokunmak” veya bunları “etkilemek”<sup>384</sup> eylemlerini kapsamaktadır. Söz konusu maddelere yeni hükümler eklemek, daha önce değişmez ilan edilen hükümleri “etkilemeyecektir”. Nitekim GRIMM de Federal Almanya Anayasası’nda 1. ve 20. maddelerin ilga edilmesinin veya içeriklerinin azaltılmasının yasaklandığını düşünmektedir.<sup>385</sup> Dolayısıyla 1968’de yapılan değişiklikle aslında “değişmez hükümler” değiştirilmemiştir. Daha önce olmayan bir hüküm değişmez nitelikteki 20. maddeye eklenmiştir.

Fakat direnme hakkını içeren bu hüküm, yukarıda açıkladığımız şekilde, her ne kadar değişmez ilan edilmiş bir madde içerisinde bulunsa da, bir türev kurucu iktidar tarafından konulmuş olması nedeniyle, onunla eşit seviyedeki diğer türev kurucu iktidarları bağlayıcı olmamalıdır. Bu nedenle Federal Almanya Anayasası’nda 1968 yılında yapılan değişiklikle yeni bir değişmez hüküm eklenmemiştir, sadece değişmez hükümlerin “yanına” diğer türev kurucu iktidarlar tarafından değiştirilebilir bir hüküm eklenmiştir. Bu durum, değişmez maddelerin diğer hükümlerinin bağlayıcılığını etkilemez.

Türev kurucu iktidar tarafından belirlendiği iddia edilebilecek bir değişmez madde örneği daha bulunmaktadır. Üstelik bu örnek çok daha eski tarihlidir. O da Fransa’da 1884 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle belirlenen ve halen yürürlükte

<sup>382</sup> GÖZLER, *Le Pouvoir de...*, t. I, s. 364.

<sup>383</sup> CAN, *Kurucu İktidar...*, s. 183.

<sup>384</sup> Almanca orijinalinde “berührt”.

<sup>385</sup> Dieter GRIMM, “The Basic Law at 60 – Identity and Change”, *German Law Journal*, vol. 11, no. 1, 2010, [http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol11-No1/PDF\\_Vol\\_11\\_No\\_01\\_33-46\\_GG60\\_Grimm.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol11-No1/PDF_Vol_11_No_01_33-46_GG60_Grimm.pdf) (20.11.2013 tarihinde ziyaret edildi.), s. 34.

bulunan 1958 Anayasası'nın 89. maddesinde de korunan “yönetimin cumhuriyetçi yapısının değişiklik konusu yapılamayacağına” dair anayasa maddedir. Ancak 1884'teki değişikliğe yakından bakıldığında yapılanın bir türev kurucu iktidar işlemi değil, aslı kurucu iktidar işlemi olduğu hemen fark edilmektedir.

Bazı Anayasa değişiklikleri siyasi rejimin gidişatında dönüm noktaları yaratabilir. Fransa'da Üçüncü Cumhuriyet döneminde 14 Ağustos 1884 tarihinde yapılan değişikliklerle “Cumhuriyet'in cumhuriyetçi hale getirilmesi” bunlardan biridir.<sup>386</sup> Söz konusu değişiklik aynı anda yürürlükte olan üç anayasal metne bir değişmez madde eklenmiştir. “Cumhuriyet'in cumhuriyetçi hale getirilmesi” ve “aynı anda yürürlükte bulunan anayasal metinler” ifadeleri nedeniyle hemen fark edileceği üzere o sırada Fransa'da anayasal anlamda olağanüstü bir durum yaşanmaktadır.

Söz konusu değişikliğin öncesine gidildiğinde, yukarıda ayrıntısını aktardığımız üzere, cumhuriyetçiler ve monarşistler arasında önemli bir siyasi çekişmenin olduğu görülmektedir. Fransa'da 1881 yılında yapılan genel seçimlerin ve 1882 yılında yapılan Senato seçimlerinin ardından her iki mecliste de cumhuriyetçiler monarşistlere göre büyük bir sayısal üstünlük sağlamıştır. Buna dayanarak cumhuriyetçiler, cumhuriyet rejiminden yeniden monarşiye dönülmesini engellemek adına 14 Ağustos 1884'te bir anayasa değişikliği yaparak hükümetin cumhuriyetçi yapısının değişiklik konusu yapılamayacağını ve kraliyet ailesi mensuplarının cumhurbaşkanlığı yapamayacağına dair bir düzenlemeyi Anayasa'ya yerleştirmiştir.<sup>387</sup>

Değişmez maddenin yürürlükteki anayasalara bir türev kurucu iktidar konumunda çalışmakta olan bir meclis tarafından yerleştirilmesi eleştiri konusu olmuştur. İlk kez DUGUIT tarafından getirilen bu eleştiriye göre, “(14 Ağustos 1884 tarihli) düzenleme değiştirme iktidarına sahip bir millet meclisinde oylanmıştır, ve (...) bu sebeple, başka bir değiştirme iktidarına sahip bir meclis tarafından değiştirilebilir veya kaldırılabilir. (...) Bu sebeple, madem ki söz konusu metin var olduğu sürece millet meclisi yönetim şeklini değiştiremiyor, yapacağı şey düzenlemeyi kaldırmaktır. Bir kere değişmezliği düzenleyen maddeyi kaldırdı mı,

<sup>386</sup> Pierre PACTET, **Institutions Politiques Droit Constitutionnel**, 16<sup>e</sup> éd., Armond Colin/Masson, Paris, 1997, s. 74.

<sup>387</sup> PACTET, **a. g. e.**, s. 283.

*yönetim şeklini son derece anayasal bir şekilde değiştirebilir.*<sup>388</sup> Bir başka deyişle yazar, “bir organın koyduğu bir düzenlemeyi aynı seviyedeki bir organ değiştirebilir” kuralından yola çıkarak türev kurucu iktidar tarafından anayasaya yerleştirilen düzenleme bir değişmez madde olsa dahi başka bir türev kurucu iktidarın söz konusu düzenlemeyi değiştirebileceğini ifade etmiştir.

Ancak duruma yakından bakıldığında, Fransa'nın 1875 tarihli “anayasal kanunları”nın aslında gerçek bir anayasa teşkil etmediği anlaşılmaktadır. Zira söz konusu kanunlar Fransa için belli bir rejim dahi öngörmemektedir. 1884 yılının Ağustos ayında kabul edilen değişiklikler ise, yönetimin cumhuriyetçi yapısını değiştirmeyi yasaklamanın ötesinde, ikinci maddesinde önceki kralların ve NAPOLEON'un soyundan gelenlerin devlet başkanı seçilmesini önlemesi ve üçüncü maddesinde Senato'nun aristokratik yapısıyla ilgili düzenlemelerin kaldırmasıyla somut hukuksal sonuçlara yol açmıştır.<sup>389</sup> Bu nedenle, söz konusu değişiklik ikili bir komut içermektedir. Bunlardan ilki, gelecekteki parlamentoların kurucu iktidarın kararıyla bağlı olması ve yetkisinin maddî olarak sınırlanmış olmasıdır. Çoğu hukukçunun düşüncesinin aksine, bir türev kurucu iktidar 1884 tarihli kanunun ikinci maddesini hukuken (anayasal olarak) değiştiremez. Monarşinin yeniden benimsenmesi, bundan böyle, ancak devrimci bir değişiklik biçimini alır. İkinci olarak da, bu değişiklik sayesinde 1875 Anayasal Kanunları bir anayasaya dönüşmüştür. Bu nedenle, 1884 değişikliği, III. Cumhuriyet'in aslî kurucu eylemi olarak yorumlanmalıdır.<sup>390</sup> Bir başka deyişle, 1884 tarihli değişikliği yapan Fransa Meclisi bir türev kurucu iktidar değil, aslî kurucu iktidardır. Değişikliği 1875 Anayasal Kanunları'ndaki usule uygun şekilde yapmış olması tamamen kendi isteğinden kaynaklanmıştır.

---

<sup>388</sup> Léon DUGUIT, *Traité de Droit Constiutionnel*, t. IV, 3<sup>e</sup> éd., s. 540; aktaran: BEAUD, *La Puissance...*, ss. 370-371.

<sup>389</sup> BEAUD, *a. g. e.*, s. 382.

<sup>390</sup> BEAUD, *a. g. e.*, s. 383.

## 2. Değişmez madde ve ilkeleri belirleyebilecek tek güç olarak aslî kurucu iktidar

Yukarıda aslî ve türev kurucu iktidar ayrımında bahsettiğimiz üzere bir anayasadaki değişmez maddelerin ancak tek egemen güç olarak kabul ettiğimiz aslî kurucu iktidar tarafından belirlenebileceğini düşünmekteyiz. Ancak bu noktada aslî kurucu iktidarın nasıl oluştuğu ve meşruiyeti çok önemli bir tartışma konusudur. Zira demokratik olmayan bir yöntemle oluşmuş bir anayasa-koyucu ve bu anayasa-koyucu tarafından halkın yeni anayasada değiştirilmesini istemediği temel ilkelere dair iradesini yansıtmak yerine bu iradeyi baskı altına almak ve toplumu şekillendirmek amacıyla belirlenmiş değişmez maddeler, anayasalardaki değişmezlik kavramının gerçek anlamından sapmasına neden olacaktır. Aslî kurucu iktidarın demokratik şekilde oluşması halinde ise bu sefer, bu anayasa-koyucu tarafından belirlenen değişmez maddeler anayasal demokrasinin ve insan haklarının temel güvencelerinden biri haline gelecektir.

### *a. Toplum sözleşmesinin çağdaş yorumunda değişmez maddelerin yeri*

Anayasa kavramı, sözleşmecî yazarlar tarafından bir devlete ihtiyaç duyan insanların kendi aralarında yaptıkları bir anlaşma olarak kabul edilmektedir. John LOCKE ve Thomas HOBBS'un eserlerinde karşımıza çıkan ve doğal yaşama döneminden çıkışı sağlayan sözleşme kavramı, doğal yaşama döneminde yaşayan insanların çeşitli gerekçelerle kendi aralarında anlaştıkları bir kurallar bütünüdür ve bir üst kurum olarak devleti kurmuştur. Dolayısıyla söz konusu toplum sözleşmesi yoksa, devlet de yoktur. Ancak “çağdaş toplum sözleşmesi” olarak kabul edilen anayasaların, içerdikleri temel hak ve özgürlükler listesi ve güvenceleriyle kamu gücüne sınır çizmesine bağlı olarak, vatandaşlarla devlet arasındaki bir sözleşme olmaya da evrildiği düşünülebilir. Bu nedenle denebilir ki, bugünkü anlamında anayasalar hem vatandaşların kendi aralarında, hem de devletle yaptıkları bir sözleşmedir. Bu anlamda, anayasalar üç tarafı olan modern toplum sözleşmeleridir. Ancak taraflardan biri olan devlet sözleşmeyi yazan değil, sadece uygulayan bir

konumdadır. Aslî anayasa-koyucu olan her zaman halktır ve halk, egemen güç olarak, devlete ve kurulu organlarına geçemeyecekleri bazı sınırlar koyabilir.

(1) “Modern toplum sözleşmesi”nde değişmez maddelerin hukuksal değeri

Anayasanın bir demokrasi unsuru olarak hukuk düzenindeki yerini alması 20. yüzyıl içerisinde olmuştur. Bunun öncesinde de anayasaların iktidarları sınırlamak suretiyle insan haklarını korumak gibi bir görevlerinin olduğu düşünülmeyle birlikte bunu uygulamaya geçirecek kurumların yokluğunda bu “görev” bir temenniden öteye gidememiştir. Anayasanın iktidarları gerçek anlamda sınırlayabilmesi ve demokrasinin bir güvencesi haline gelebilmesi tarihsel bir sürecin sonunda gerçekleşmiştir.

*(a) Tarihsel süreçte yöneten – yönetilen ilişkilerinin gelişimi ve sözleşme kavramı*

Yönetenin mutlak bir iktidara sahip olması gerektiği ve hiçbir kuralla bağlı olmadığı düşüncesi yüzyıllar boyunca Avrupa’da hâkim düşünce olmuştur. Tanrısal iktidarın yeryüzüne indirilmesinin bir sonucu olan bu düşünce yapısının en önemli yazarlarından ilki Niccolo MACHIAVELLI’dir. *Il Principe* (Prens/Hükümdar) adlı eserinin XVII. bölümünde yazar hükümdara, sevilme ve dolayısıyla meşruiyet kazanmaktansa korkulmayı tercih etmesini önermektedir. Olgunluk ve ihtiyat tavsiyesinde bulunsa da MACHIAVELLI, gerektiği zaman hükümdarın halkına karşı zalim olması gerektiğini ifade etmektedir. İnsanların kaypak ve güvenilmez olduğunu düşünen yazar, iyi bir hükümdar örneği olarak zalimliğiyle ünlü ANNIBAL’ı örnek göstermektedir.<sup>391</sup> Görüldüğü üzere 16. yüzyılın başında henüz bir yöneten-yönetilen ilişkisinden değil, yalnızca yönetenin yönetenler üzerindeki egemenliğinden bahsedebiliriz.

<sup>391</sup> Niccolo MACHIAVELLI, **Hükümdar**, Sosyal Yayınlar, 5. basım, İstanbul, 1998, ss. 185-191.



16. yüzyılın bir diğer yazarı olan Jean BODIN üzerindeki MACHIAVELLI etkisi gözle görülür boyuttadır. BODIN’de de Prens’in iktidarı mutlaklıktır. Bu mutlaklık, yalnızca tüm siyasal gücün onun bünyesinde toplanmasından kaynaklanmaz. Aynı zamanda yönetilenlerle hiçbir şekilde anlaşma veya karşılıklılığa dayanan bir ilişki içerisine girmemesinden de kaynaklanır.<sup>392</sup> Burada önemli olan *yasa* ile *sözleşmeyi* karıştırmamaktır. İlki, ikincisinden farklı olarak, Prens’i bağlamamasına karşın diğerlerini bağlayabilir: “*Yasayla sözleşmeyi karıştırmamak gerekir; çünkü yasa, iktidarda olan tarafından oluşturulur ve tüm yönetilenleri bağlasa da iktidarı bağlamayabilir. Fakat sözleşme Prens ve yönetilenler arasındadır ve her iki tarafı da karşılıklı olarak bağlar. Taraflardan biri, karşı tarafın zararına olacak şekilde ve onun rızasını almadan sözleşmeye aykırı davranamaz.*”<sup>393</sup> Bu nedenle BODIN, Prens’in sözleşme yapmaması ve yönetilenleri muhatap almaması gerektiğini yazarken senenin 1583 olduğunu hatırlamak gerekir. Ancak yazdıklarından, dolaylı da olsa, önemli bir sonuç ortaya çıkar: Bir kez sözleşme yapıldıysa artık iktidar, sözleşmenin diğer tarafı olan yönetilenlerin rızasını almadan onda değişiklik yapamaz.

Aynı şekilde Thomas HOBBS da John LOCKE’un etkisiyle etkisi artan liberalizm, özgürlük ve monarşi karşıtlığına karşı mutlak egemenliği savunmuştur. Yazmış olduğu *Leviathan* adlı eserde parlamentoyu destekleyenlerin yaymış olduğu özgürlük kuramına şiddetli şekilde saldırmıştır. Ancak özgürlük kavramına da temelden karşı çıkamayan HOBBS, mutlakliğin yarattığı korku düzeninin özgürlükle bağdaştığını kanıtlama gayreti içerisindedir. Yazara göre korku ve özgürlük birbiriyle tutarlı iki kavramdır.<sup>394</sup> Dolayısıyla HOBBS, mutlak iktidarın kişilerin iradelerini sakatlayacak şekilde korku yaratmasını ve böylece sınırsız bir yetki alanına sahip olmasını olumlulamakta ve desteklemektedir. Bu durumda halk, iradesi korkular aracılığıyla yönlendirilen ve söz hakkı olmayan bir kitleye dönüşmektedir.

Aydınlanma’nın ve klasik liberalizmin öncülerinden kabul edilen John LOCKE ise toplumun güven üzerine kurulu olduğunu düşünmektedir. Bu yüzden, yönetenin

<sup>392</sup> Cladine LELEUX, *La Démocratie Moderne*, Cerf, 1997, Paris, ss. 11-12.

<sup>393</sup> Jean BODIN, *Les Six Livres de la République (1583)*, Le Livre des Poches, no. 4619, 1993, ss. 123-124.

<sup>394</sup> Quentin SKINNER, “Devletler ve Yurttaşların Özgürlüğü”, in *Devletler ve Yurttaşlar*, derleyen: Quentin SKINNER ve Bo STRÅTH, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 8-9.

sözleşmenin tarafları yerine hareket ettiğini kabul etmez. Yazara göre yöneten, vücudunda ve kişiliğinde canlandırdığı halkı temsil eden birisi değildir; ona sadece, belli bir süreliğine temsil görevi verilmiştir. LOCKE'un bu düşüncesi, HOBBS'daki mutlak iktidar egemenliğinin halka aktarılmasını sağlar: “*Yöneticiler yetkilerini ve haklarını kaybettiğinde veya görev süreleri dolduğunda üstün güç halka geri döner ve halk egemen sıfatıyla hareket etme ve yasama kuvvetini yürütme hakkına sahip olur. Halk, isterse, yeni bir yönetim belirleyerek, tamamen üstüne almış olduğu üstün gücü onun ellerine de teslim edebilir.*”<sup>395</sup> Dolayısıyla, sözleşmenin işlevi yöneticinin seçilebilmesi için gerekli ortamı sağlamaktır. Yönetici, sözleşmeye dayalı şekilde çalışan bir memurdan daha fazlası değildir ve görevi de sözleşmedeki şartlara uygun şekilde halka hizmet etmekten ibarettir.

John LOCKE, ROUSSEAU'nun tersine, halkı birleşik bir bütün olarak gösterme gayreti içerisinde değildir; içindeki “çoğunluğun” siyasal yapıyı belirleme görevine sahip olduğu bir insan topluluğu olarak tanımlar.<sup>396</sup> ROUSSEAU ise, biraz da egemenliği monarktan alıp tamamen halka verebilmek için, halkı bir bütün olarak görmektedir. Yazar bireylerin varlığını reddetmemekte ancak, yalnızca güçlerini birleştirdikleri ölçüde yeni bir kuvveti yaratabileceklerini düşünmektedir: “*Yeni güçler yaratamamaları ama var olanları birleştirip yönetebilmeleri nedeniyle insanların, varlıklarını korumak için, direnişi etkisiz hale getirebilecek, onları harekete geçirecek ve onların uyum içinde hareket etmesini sağlayacak bir güç toplamını bir araya getirmekten başka çareleri yoktur.*”<sup>397</sup> Böylece, bir toplum sözleşmesiyle bir araya gelen bireyler tek bir vücut haline gelerek halkı oluşturur ve egemenliği eline alır. ROUSSEAU'nun teorisinde yönetici bir sınıf yoktur. Egemenlik, ona sahip olan halk tarafından doğrudan uygulanmalıdır. Öyle ki yazar, halkın ülke yönetimi için temsilciler belirlemesini “ülkeyi satmak” olarak tanımlamaktadır.<sup>398</sup>

ROUSSEAU, hangi gerekçeyle egemenlik devredilemiyorsa, aynı nedenle temsil de edilemeyeceğini düşünmektedir. Yazara göre “*egemenlik temel olarak genel iradede oluşur irade hiçbir şekilde temsil edilemez: Ya aynı iradedir, ya da*

<sup>395</sup> John LOCKE, *Traité du Gouvernement Civil (1690)*, çev. D.MAZEL, Garnier-Flammarion, 1992, no. 408, s. 583, aktaran: LELEUX, *La Démocratie...*, s. 20.

<sup>396</sup> LELEUX, *a. g. e.*

<sup>397</sup> ROUSSEAU, *Contrat Social...*, s. 247.

<sup>398</sup> ROUSSEAU, *a. g. e.*, s. 305.

*başkasıdır; ortası yoktur. Bu nedenle halkın vekilleri onun temsilcisi olamaz; hiçbir nihaî karar alamaz. Halkın bizzat imzalamadığı bütün yasalar geçersizdir; bunlar yasa değildir.*”<sup>399</sup> Ancak bilindiği üzere, doğrudan demokrasinin kalabalık toplumlarda sağlıklı şekilde işleyemeyeceğini kabul eden yazar, emredici vekâlet sistemiyle vekillerin iradelerini bağlamış ve halkın çoğunluğunun görüşünün genel iradeyi oluşturmasını sağlamaya çalışmıştır.

Kanaatimizce egemenliğin tek sahibi olan aslî kurucu iktidarın oluşumunda ROUSSEAU’nun öngördüğüne benzer bir doğrudan demokrasinin etkili olması gerekir. Madem ki anayasa modern bir toplum sözleşmesidir, o halde anayasayı yazan toplumun yeni anayasanın yazımına azamî şekilde katılması bir zorunluluktur. Günümüzün teknoloji ve iletişim şartlarında bunu sağlamak her zamankinden daha kolaydır. Söz konusu şartların sağlanabilecekken sağlanmadığı bir anayasa yazımı sürecinde halkın kurucu iradesi gasp ediliyor demektir. Bu da, yeni anayasada yer alacak değişmez maddelerin anti-demokratik şekilde belirlenmesi anlamını taşır.

*(b) Günümüz siyasal düzeninde anayasanın ve değişmez madde ve ilkelerin demokratikleştirici rolü*

Anayasa uzun yıllar boyunca yalnız devletin kuruluşunu sağlayan belge olarak kabul edilmiştir. Nitekim anayasa kelimesinin Batı dillerine *constitution* olarak geçen kökeni Latince “kurmak” (“*constituo*”) ya da “kuruluş” (“*constitutio*”) anlamına gelen sözcüklerdir.<sup>400</sup> Buna bağlı olarak “anayasa” sözcüğünün, “bir ülkede geçerli olan tüm siyasal kurumları kuran, hukuksal çerçevelerini oluşturan, onların tümüne temel ve dayanak oluşturan ve tüm bu kurum ve kuralların üzerinde yer alan belgeyi ya da kurallar bütünü” ifade ettiği düşünülmüştür.<sup>401</sup> Görüldüğü üzere ilk başlarda anayasa kavramı devlet odaklı bir kavramken, temel hak ve özgürlüklerin anayasa ile düzenlenmesi ve böylece iktidarın sınırlanması için anayasa yargısının kullanılması fikri tarihsel olarak daha sonra doğmuştur.

<sup>399</sup> ROUSSEAU, a. g. e., s. 306.

<sup>400</sup> ODER, *Avrupa Birliği’nde...*, s. 27.

<sup>401</sup> BATUM, *99 Soruda...*, ss. 1-2.

Uzun yıllar boyunca anayasa kavramı yalnızca 1789 Temel Haklar Bildirgesi'nin 16. maddesinin ikinci kısmıyla düşünülmüştür: “*Anayasa kuvvetler ayrılığıdır*”. Elbette vatandaşların birinci kuşak temel hak ve özgürlükleri unutulmamıştır ancak bunlar kuvvetler ayrılığının doğal bir sonucudur. Kuvvetlerin bireylerin siyasal özgürlüklerini en iyi şekilde sağlayacak şekilde ayrılması hem doktrinin hem de anayasa yargısının temel hedefidir. Özgürlüklerin aleyhine olan kurumsal dengesizliklere hep bu formül çerçevesinde çözümler aranmıştır: Kuvvetlerin sert veya yumuşak ayrılığı ya da kuvvetlerin işbirliği. Ancak kuvvetler ayrılığı ilkesi üzerine kurulu her rejimde yürütme erki her zaman öne çıkmış ve anayasanın oluşturmaya çalıştığı dengeyi bozmuştur. Anayasaları birbirinden farklı olan Portekiz'den İsveç'e, İspanya'dan Almanya'ya, İngiltere'den Avusturya'ya her ülkede zafer kazanan çoğunluğun şefi normatif iktidarın sahibi olmuştur. Yürütmenin başı sıfatıyla her şeye o karar vermiş, bakanlarına ve milletvekillerine aynı disiplini dayatmış ve parlamentoyu siyasal isteklerinin onaylanma odasına dönüştürmüştür. İşte bu yüzden anayasanın, vatandaşların siyasal özgürlüklerinin ve demokrasinin güvencesi olarak kuvvetler ayrılığı olduğu yönündeki geleneksel düşüncenin yerini başka bir anayasa düşüncesi almıştır.<sup>402</sup>

Günümüzde artık çoğu hukukçu anayasayı, toplumsal güçlerin arasında vardıkları uzlaşmanın sonucu olan siyasal bir metinden ziyade hükümleri bağlayıcı olan ve ihlali halinde hukuksal sonuç doğuran hukuksal bir belge olarak görmektedir.<sup>403</sup> Biz de, en azından değişmez madde ve ilkeler konusunda bu tanıma katılmaktayız. Anayasa, siyasal bir toplum sözleşmesi olmanın ötesine geçerek, özellikle II. Dünya Savaşı'nın ardından anayasa yargısının güçlenmesiyle birlikte, ihlali yaptırımı bağlanan bir belgeye dönüşmüştür. Artık günümüzde anayasa adını verdiğimiz kurallar bütünü “toplum-devlet ikilemini, bu ikilemi belirleyen tüm kurum ve kuralları, kavramları biçimlendiren, hukuksal çerçevesini çizen” bir belge olarak tanımlanmaktadır.<sup>404</sup>

Bu durum, aynı zamanda, anayasaların günlük hayata etki eden belgeler olmasına da neden olmuştur. Anayasa kavramı artık sadece teorik değeri olan bir metin değil, aynı zamanda siyasal etkinlikler üzerinde gerçek ve bağlayıcı etkiler

<sup>402</sup> Dominique ROUSSEAU, *Droit du Contentieux Constitutionnel*, 7<sup>e</sup> éd., Montchrestien, Paris, 2006, ss. 490-491.

<sup>403</sup> D. ROUSSEAU, *a. g. e.*, s. 482.

<sup>404</sup> BATUM, *99 Soruda...*, 2009, s. 7.

üreten normatif bir değerdir.<sup>405</sup> Nitekim gerçekten de, yalnızca kanunların anayasaya uygunluk denetiminin yapılması dahi siyasal hayatta son derece önemli bir etki oluşturmaktayken, bir de değişmez maddeler aracılığıyla anayasa değişikliğine ilişkin kanunların anayasallık denetiminin yapılması çeşitli ülkelerin siyasal ve hukuksal yapısı üzerinde derin etkiler bırakmaktadır. Örneğin değişmez maddelerle ilgili yargısal denetim Fransa’da yerinden yönetimlerin yapısı, Almanya’da Avrupa Birliği’ne entegrasyon süreci ve Türkiye’de eğitim hakkı üzerinde belirleyici etkilerde bulunmuştur.

“Anayasa: kuvvetler ayrılığı” düşüncesinin artık güncelliğini yitirmiş olması bizi, bu konuda, 1789 Haklar Bildirgesi’nin 16. maddesinin ilk kısmına yeni bir anlam vermeye davet etmektedir. Bu anlam da şudur: “Anayasa: hakların güvencesi”. Vatandaşların siyasal özgürlüklerinin korunması, kamu kuvvetlerinin en iyi şekilde düzenlenmesinden değil, vatandaşların, yöneticilerin saygı göstermek zorunda oldukları özgürlüklerinin sıralandığı bir belgenin oluşturulmasından geçer. Demokrasiyi güçlendirmek için anayasa metninin, yöneticilerin statülerinden çok yönetilenlerin haklarıyla ilgilenmesi; kamu kuvvetlerindense vatandaştan yola çıkması ve bahsetmesi gerekir.<sup>406</sup> Anayasa artık yalnızca kurumlar arasındaki ilişkilerin tanımı değil, daha çok vatandaşla devlet arasındaki ilişkilerin tanımıdır. Günümüzde anayasa, güvencesi devlet organlarının cezalandırılması düzeneğinin harekete geçirilmesiyle sağlanan bir haklar bildirgesidir.<sup>407</sup>

Ancak elbette yöneticiler, dilerse ve gerekli çoğunluğu elde ederse vatandaşların anayasada yazan haklarını anayasada belirtilmiş olan usûle uymak suretiyle değiştirebilir veya kaldırabilir. Genelde Afrika ülkelerinde ama dünyanın başka yerlerinde de yöneticilerin çıkarlarını engelleyen hak ve özgürlükler karşısında takındıkları tutum budur. Bu olumsuz durumu engellemek ve anayasanın temel hak ve özgürlüklerin ve demokrasinin güvencesi bir belge olarak işlev görebilmesini sağlamak adına bazı ülkelerde değişmez maddeler devreye girmektedir. Değişmez madde ve ilkeler, anayasa mahkemesinin desteğiyle, ne kadar büyük bir çoğunluk elde ederse etsin parlamento çoğunluğunun ülkenin temel ilkelerini, temel hak ve özgürlükleri ve demokrasiyi yok etmesini engelleyici bir rol üstlenebilmektedir.

<sup>405</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du...*, s. 482.

<sup>406</sup> D. ROUSSEAU, *a. g. e.*, s. 491.

<sup>407</sup> D. ROUSSEAU, *a. g. e.*, s. 492.

## (2) Aslî kurucu halkın değişmez maddeleri belirleme hakkı

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere değişmez madde ve ilkeleri belirleme yetkisi ancak ve ancak aslî kurucu iktidarındır. Türev kurucu iktidar değişmez maddelerle bağlıdır ve yeni değişmez madde veya ilke yaratamaz. Buna karşın, kanaatimizce, aslî kurucu iktidarın belirlediği değişmez madde ve ilkelerin hukuksal değeri ve bağlayıcılığı, günümüz demokrasi anlayışının zorunlu bir sonucu olarak, söz konusu madde ve ilkelerin meşruyetiyle yakından ilgilidir. Bir anayasadaki değişmezlik iki şekilde meşru olabilir: (1) Aslî kurucu iktidarın demokratik şekilde oluşması ve çalışması (2) Değişmez maddelerin halkın gerçek iradesiyle belirlenmesi veya bir kez belirlendikten sonra halk tarafından benimsenmesi

(a) *Aslî kurucu iktidarın meşruyetinin değişmezliğe etkisi*

Aslî kurucu iktidarın hukuk dışında oluştuğunu kabul eden görüşe göre aslî kuruculuğun, hukuksal değil siyasal bir durum olması nedeniyle, hukuka aykırı olması imkânsızdır. Dolayısıyla, bunun sahibinin kim olacağı meselesi de hukuk dışında halledilecek bir meseledir. Anayasa yapma yetkisinin monarkın veya milletin elinde olması, onu *daha hukuksal* hale getirmez.<sup>408</sup> Bu önerme pozitivist bakış açısıyla bakıldığında doğrudur ancak aslî kuruculuğun ortaya çıkardığı metnin hukuksal değerinin kökenine bağlı olarak belirlendiği düşüncesini reddetmektedir. Zira bir monarkın keyfi iradesiyle ortaya koyduğu bir anayasa ve değişmez madde ve ilkelerin o monark öldükten sonra hâlâ bağlayıcı olup olmayacağı hukuksal bir tartışmadır. Ancak demokratik bir aslî kurucu tarafından hazırlanan bir anayasa ve değişmez maddeler böyle bir tartışmaya sebep olmaz. Dolayısıyla aslî kurucu iktidarın demokratik olup olmaması, kendi için hukuksal bir etki doğurmasa da, eseri olan anayasanın hukuksal değeri üzerinde etkilidir.

Fransa'da 1792 Anayasası'nı kabul eden Konvansiyon'un ilk kararıyla ortaya çıkan düşüncüyü savunanlar ise anayasanın nasıl ve kim tarafından hazırlandığına

---

<sup>408</sup> EROĞUL, *Anayasayı Değiştirme...*, s. 28. Vurgu EROĞUL'a aittir.

değil, nasıl kabul edildiğine vurgu yapmıştır: “*Halk tarafından kabul edilenden başka anayasa olamaz.*”<sup>409</sup> Görüldüğü üzere Konvansiyon üyelerine göre, eğer bir anayasa halk tarafından kabul edilmediyse hiçbir hukuksal değeri yoktur. Anayasanın modern bir toplum sözleşmesi olduğu düşünüldüğünde bu önermenin haklılık payı olduğu ortadadır. Ancak söz konusu önerme, halk tarafından hazırlanmayıp, halk tarafından kabul de edilmemiş olan fakat daha sonra halk tarafından benimsenmiş olan anayasaları “hukuksal değeri olan anayasaların” dışında tutmaktadır. Oysa Almanya’nın 1949 Anayasası gibi, dış güçlerin etkisiyle hazırlanıp parlamento kararıyla yürürlüğe girmesine karşın, içeriği ve uygulamasıyla halk tarafından benimsenen anayasaların hukuksal değerinin bulunduğunu kabul etmek gerekir. EROĞUL’un da ifade ettiği gibi, “*uygulanacağı toplum bunu kabullendikten sonra, anayasanın şu veya bu şekilde vazedilmesine hiçbir hukuksal engel yoktur.*”<sup>410</sup>

Bunun yanında, söz konusu önerme, çok önemli başka bir ihtimali göz ardı etmektedir: Anayasanın kabul ediliş sürecinde halk iradesi sakatlanmış olabilir. Yapılan referandumda yüksek oranda kabul oyu çıkması acaba gerçekten o anayasanın halk tarafından kabul edildiği anlamını taşır mı?

KUBALI’ya göre yeni bir anayasanın, yeni demokratik bir hukuk düzeninin kaynağı olan devrimci ve aslî kurucu iktidarlar, genel olarak milletin onaylaması ile fiilen de demokratik bir nitelik kazanmakta, yalnız maddî bakımdan değil, formel bakımdan da hukuksallaşmakta, yani yasallık da kazanmakta ve böylece zaten var olan hukuksallığı yasallıkla tamamlanmaktadır.<sup>411</sup> Dolayısıyla yazar anayasanın yasallık kazanması için referandumda kabul edilmesini yeterli görmektedir. Ancak kanaatimizce bir anayasanın yasallık kazanması kadar, bir toplum sözleşmesi olduğunu göz önünde bulundurursak, demokratik meşruiyete sahip olması da önem arz etmektedir. Zira yasallık kanun devletinin bir gereği iken meşruiyet, demokrasinin de olmazsa olmaz şartlarından olan hukuk devletinin bir gereğidir. Nitekim tarih referandumda kabul edilip yasallık kazanmasına karşın meşruiyet ve dolayısıyla uygulama tartışmalarına maruz kalan nice anayasayla doludur.

---

<sup>409</sup> Jean GICQUEL, “*Démocratie Continue et Référendum*”, in **La Démocratie Continue**, sous la direction de Dominique ROUSSEAU, Bruylant-LGDJ, 1995, s. 149.

<sup>410</sup> EROĞUL, **Anayasayı Değiştirme...**, s. 28.

<sup>411</sup> KUBALI, **Anayasa Hukuku...**, s. 100.

Oysa aslî kurucu iktidarın demokratik olarak oluşması ve meşru kabul edilmesi, ortaya çıkardığı anayasanın ve dolaylı olarak içeriğindeki değişmez madde ve ilkelerin meşruiyetinin sağlanması açısından son derece önemlidir. Halkın, meşru olmayan bir aslî kurucu iktidar tarafından hazırlanmış bir anayasa ve/veya meşru olmayan bir şekilde belirlenmiş değişmez madde ve ilkelerle bağlı olmasını beklemek siyasal olarak olduğu kadar hukuksal olarak da doğru değildir.

Aslî kurucu iktidarın hukuk dışı yollarla, örneğin Türkiye örneğinde olduğu gibi bir hükûmet darbesi sonucu ortaya çıkması, söz konusu aslî kurucu iktidarın, yasal olmamasının yanında meşruiyetinin sorgulanmasına da yol açacaktır. Çünkü bir fiilî iktidar başta düşünce hürriyeti olmak üzere, demokratik hürriyetlere saygılı değilse, başarılı olsa da, meşru değildir. Yapılan hareketin başarısı, hukuksallığı ve meşruluğu ile aynı şeyler değildir.<sup>412</sup>

Buna karşın KUBALI'ya göre, bir darbe veya devrim hareketi anayasa dışında, onu çiğneyerek yapılmış bir hareket olduğu için yasallıktan mahrum ise de kanunların ve anayasanın üstünde yer alan bir hak ve adalet fikrine dayandığı takdirde meşru kabul edilebilir.<sup>413</sup> Bir başka deyişle, yazara göre, darbe veya devrimlerin yasal olmadığı kesindir; ancak bazı anayasa-üstü ilkelere uymaları halinde meşru oldukları düşüncesi oluşabilir. Bu nedenle, hukuk dışı yollarla iktidarı ele geçiren güçler, yeni anayasa yazımını yapabilmek ve böylece yeni düzeni tesis edip ona saygı duyulmasını sağlamak amacıyla hukuk dışı yollara başvurmak zorunda olmalarını çeşitli şekillerde gerekçelendirme gereğini duymaktadır. Örneğin, 12 Eylül 1980 darbesini gerçekleştiren komuta kademesi darbe öncesindeki dönemde kuvvetler ayrılığının uygulamada çatışmaya dönüştüğünü, cumhurbaşkanlığı seçimi için boşa zaman harcadığını, koşulları dikkate almayan salt hukuk savunucularının yıkılacak devletin enkazı altında kalacağını söylemiştir.<sup>414</sup> Ancak elbette meşruiyet yalnızca var olan tehlikelerin sıralanmasıyla değil, hukuka ve halkın gerçek iradesine uygun şekilde hareket etmekle kazanılır. Aksi takdirde bu sefer kurulan devletin yıkılan hukuk ve demokrasi ilkelerinin enkazı altında kalması muhtemeldir.

<sup>412</sup> KUBALI, a. g. e., ss. 99-100.

<sup>413</sup> KUBALI, a. g. e., s. 99. Yazarın ifadesi “meşrudur” şeklindedir.

<sup>414</sup> ÖZSOY, 1982 Anayasası'nın..., s. 42.



(b) *Değişmezlik açısından demokratik asli kurucu iktidarın önemi ve 1982 Anayasası*

Bir anayasal düzenin varlığından bahsedilebilmesi için bazı şartların bulunması gerekir. EASTON'ın *equilibrium* adını verdiği dengeyi oluşturan söz konusu şartlar iktidarın göreceli de olsa eşit bir şekilde dağıtılmasıyla oluşur ve böylece hiçbir grup diğerleri üzerinde egemenlik kuramaz. Grup iktidarlari açısından karşılıklı bir sınırlamaya neden olması nedeniyle iktidarın bu şekilde dağıtılması hukukun üstünlüğünün ve özgürlüğün temelini oluşturur.<sup>415</sup>

Kanaatimizce, anayasal düzen için gereken iktidarın eşit şekilde dağıtılması zorunluluğu aslı kurucu iktidarın bünyesinde de aranmalıdır. Zira aslı kurucu iktidar da kendi içerisinde bir düzene sahiptir ve bu düzenin demokratik olabilmesi için aslı kurucu iktidarı oluşturan hiçbir grubun diğerleri üzerinde egemenlik kurmaması gerekir. Demokrasi, hangi teorik noktadan hareket edilirse edilsin, aslı kurucu iktidarın mümkün olduğu ölçüde halkın katılımıyla kullanılmasını gerektirmektedir.<sup>416</sup> Aynı şekilde modern anayasacılık anlayışı da bir anayasanın meşru olabilmesi için halkın desteğini sağlamış olması gerektiği önermesi üzerine kuruludur.<sup>417</sup>

Aksi takdirde aslı kurucu iktidar kendi içinde demokratik düzeni sağlayamamış olacağından, oluşturduğu anayasal düzenin meşru olup olmadığı konusunda şüphe ortaya çıkacaktır. Bu da, varsa, anayasa içindeki değişmez maddelerin meşruiyetini etkileyecektir.

Anayasanın demokratik şekilde oluşturulmadığı, dolayısıyla toplumsal bir sözleşme üzerine inşa edilmemiş devletlerde anayasa metinlerine en çok fiilî iktidarı halkın çoğunluğuna karşı kullanan elitler ihtiyaç duymaktadır. Bu nedenle, söz konusu ülkelerde anayasacılık hareketleri devlet ve siyasal iktidarın özgürlükler lehine sınırlandırılması mücadelesinin bir ifadesi değildir. Tarih, anayasaların çoğunun genelde egemen güçlerin özgürlük mücadelecilerine ve topluma karşı koymalarını sağlayacak “üstün hukuksal bir zırh” işlevine sahip olduğunu

<sup>415</sup> David EASTON, *The Political System – An Inquiry into the State of Political Science*, 2<sup>nd</sup> ed., Alfred A. Knopf Inc., New York, 2003, s. 293.

<sup>416</sup> KUBALI, *Anayasa Hukuku*..., s. 98.

<sup>417</sup> BROOKE, *Constitution-Making*..., s. 7.

göstermektedir.<sup>418</sup> Bu nedenle, anti-demokratik bir aslî kurucu iktidarın, tamamen anti-demokratik usullerle yapmış olduğu bir anayasaya bazı değiştirilmesi yasak hükümler koyması da, demokratik şekilde oluşmuş türev kurucu iktidarın iradesinin anti-demokratik bir güç tarafından bağlanması anlamına gelmektedir. Ancak anti-demokratik güçlerin, demokratik iradenin üzerine çıkarılması demokratik felsefeyle bağdaşmaz.<sup>419</sup>

Anti-demokratik anayasa yapımı sürecine en doğru örnek, kanaatimizce, 1982 Türkiye Anayasası'nın yapım sürecidir. 1982 Anayasası'nın hazırlanış ve kabul edilmiş sürecindeki hiçbir uygulama, demokratik anayasa yapıcılığı kurallarıyla bağdaşmaz. Bu süreçte, görece de olsa serbest faaliyette bulunan partilerden, sivil toplumdan, kamuoyunun sağlıklı bilgilendirilmesi amacından ve sınırlı da olsa demokratik yöntemlerle oluşturulan meclislerden eser yoktur. 12 Eylül ardından beş general tamamen keyfi şekilde hareket etmiş, üstelik seçimin plebisiter niteliği nedeniyle (anayasa kabul edildiğinde Evren'in de Cumhurbaşkanı seçilmiş sayılması) evet oylarının Evren'e mi yoksa Anayasaya mı verildiği de anlaşılammıştır.<sup>420</sup> Elbette ki böyle bir plebisit oylamasının demokratik meşruluğu sağlamak için yeterli sayılması mümkün değildir.<sup>421</sup>

12 Eylül 1980 tarihli hükümet darbesinin ardından yeni anayasayı yazmak üzere kurulan Kurucu Meclis'in askerlerden ve sivillerden oluşan iki kanadı vardır. Millî Güvenlik Konseyi adını alan askerî kanat, organik kanunlar gibi anayasa yapımında da son sözü söyleme yetkisine sahiptir. Danışma Meclisi adı verilen sivil kanadın yegâne görevi askerlerin onayına sunulmak üzere taslaklar hazırlamaktır.

<sup>418</sup> CAN, **Kurucu İktidar...**, s. 32. Vurgu CAN'a aittir.

<sup>419</sup> KÜÇÜK, "Yeni Anayasa Yapımı...", s. 221. Yazar, bu düşüncesinin hemen ardından, anayasayı yapan aslî kurucu iktidarın demokratik olması halinde dahi gelecek nesillerin kendi kaderleri hakkında söz söylemesinin kısıtlanmasını demokratik kabul etmenin mümkün olmadığını ifade etmekte ve türev kurucu iktidarın iradesinin aslî kurucu iktidar tarafından bağlanması halinde bu ikincisinin "ilahî/tanrısal" bir güç haline getirileceğini ifade etmektedir. Bknz: KÜÇÜK, a. g. m.. Yazarın bu düşüncesine katılmamız mümkün değildir zira, değişmez maddeler aracılığıyla gelecek nesillerin bağlanması konusunu yukarıda incelememiş olmamız nedeniyle yeniden ayrıntılarına girmemekle birlikte, değişmez maddeler aracılığıyla bağlanan türev kurucu irade yalnızca ülkenin temel ilkeleriyle ilgili olandır. Ülkeyi kuran iradenin bunu belirleme yetkisinin olması doğal kabul edilmelidir. Anayasanın değişmez maddeler dışında kalan diğer tüm hükümleri ise, usul kurallarına uyulmak suretiyle değiştirilebilir. Eğer yazarın belirttiği gibi aslî kurucu iktidar ilahlaştırılmış/tanrılaştırılmış olsaydı anayasa, aynı kutsal bir kitap gibi, hiçbir unsuru değiştirilemez bir metin olarak kabul edilmeliydi. Oysa öyle değildir.

<sup>420</sup> SEVİNÇ, "Anayasaların Doğumu:...", s. 27.

<sup>421</sup> ÖZSOY, **1982 Anayasası'nın...**, s. 70.

Kanunlar ve anayasa konusunda son sözü Millî Güvenlik Konseyi'nin söyleyecek olması kamuoyunda rahatsız edici bulunmuştur.<sup>422</sup>

Biraz daha ayrıntılı şekilde bakacak olursak, 2485 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 2. bendinde Danışma Meclisi'nin ilk toplantısından itibaren en geç bir ay içinde 15 üyeden oluşan bir Anayasa Komisyonu seçeceği öngörülmüştür. Anayasa Komisyonu'nun görevi, yeni anayasanın taslağını hazırlayarak Danışma Meclisi Genel Kurulu'na sunmaktır. Genel Kurul, Anayasa Komisyonu'ndan gelen taslağı görüşüp ve gerekli değişiklikleri yapıp metni Millî Güvenlik Konseyi'ne sunacaktır. Dolayısıyla sivillerin görevi yalnızca askerlere bir taslak sunmakla sınırlıdır. Bu taslak üzerinde sınırsız şekilde değişiklik yapmak Kurucu Meclis'in askerî kanadı olan Millî Güvenlik Konseyi'nin yetkisi dâhilindedir.<sup>423</sup> Siviller, bir kez taslak kendi ellerinden çıktıktan sonra artık metinde değişiklik yapma yetkisini kaybetmektedir.

Danışma Meclisi İçtüzüğü'nün 29. ve 30. maddeleri uyarınca Anayasa Komisyonu çalışmaları kamuoyuna kapalıdır. Ancak toplantılara Danışma Meclisi ve Millî Güvenlik Konseyi üyeleri, Bakanlar Kurulu üyeleri, Millî Güvenlik Konseyi Genel Sekreteri ile Genel Sekreterlik ve hükümet temsilcileri girebilmektedir. Bu sayılan kişilerin toplantılar sırasında yalnızca söz alabilecekleri, değişiklik önergesi veremeyecekleri ve oy kullanamayacaklarına yönelik düzenleme ise demokratik kıstasları sağlamanın çok uzağındadır. Zira metin zaten kendi önüne gelecek olan ve bu metinde istediği değişikliği müzakereye gerek kalmadan değiştirebilecek olan Millî Güvenlik Konseyi üyelerinin Anayasa Komisyonu'nda değişiklik önergesi vermesine gerek yoktur. Nitekim Millî Güvenlik Konseyi, daha sonra önüne gelen taslak metinde önemli değişikliklere gitmiş, Anayasa'nın 2. ve 3. maddelerinin de değişmez olmasına karar vermiş, değişmez maddelerin atıf yaptığı başlangıç kısmını da, kendi dünya görüşü çerçevesinde bütünüyle değiştirmiştir.

<sup>422</sup> ÖZSOY, a. g. e., s. 80.

<sup>423</sup> 29 Haziran 1981 tarihli ve 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanun'un 26. maddesinin ilk fıkrasına göre "Danışma Meclisinin, Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanan ve Genel Kurulca kabul edilen Anayasa metni, Millî Güvenlik Konseyince aynen veya değiştirilerek kabul edilir ve Resmî Gazete ile yayımlanır." Görüldüğü üzere Millî Güvenlik Konseyi'ne Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanan metin üzerinde değişiklik yapmak konusunda herhangi bir sınır öngörülmemiştir. Bknz: Tarhan ERDEM, **Anayasalar ve Belgeler 1876 - 2012**, Doğan Kitap, İstanbul, 2012, s. 283.

12 Eylül 1980 hükümet darbesinin ardından askerler iktidarı doğrudan ellerinde tutmayı sakıncalı görmüşler; fakat kendi düzen anlayışlarını yaptıkları Anayasa'yla hâkim kılmışlar, ara dönem içinde çıkardıkları çok sayıda kanunla hukuk anlayışlarını Türkiye'nin gerçeği haline getirmişlerdir.<sup>424</sup> Bunun en bariz örneği olarak, 1982 Anayasası'nın hazırlık aşamasında Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu, 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi yalnızca birinci maddenin (devlet şeklinin cumhuriyet olduğu yönündeki düzenleme) değiştirilemeyeceğini kabul etmiş ancak MGK madde sayısını üçe çıkarmıştır.<sup>425</sup> Bir başka deyişle askerî kanat, Kurucu Meclis'in sivil kanadı olan Danışma Meclisi'nin iradesine aykırı şekilde, kendi keyfî iradesini değişmez maddeler olarak Anayasa'ya yerleştirmiş ve böylece türev kurucu iktidarların kendi anlayışlarından çıkmasını engellemeye çalışmışlardır.

TANÖR'ün belirttiği üzere, bir anayasa, belli çıkarların<sup>426</sup> korunduğu, tek yanlılığın, subjektivizmin ve keyfiliğin hâkim olduğu bir metinse, o zaman anayasanın katılığının sağlanması olumlu bir anlama gelemez.<sup>427</sup> Bu halde, yukarıda demokratikleşmenin bir unsuru olarak savunduğumuz değişmezlik kavramı tam tersi şekilde anti-demokratik tahakkümün bir aracına dönüşecektir. Nitekim 1982 Anayasası örneğinde dönüşmüştür.

1982 Anayasası taslağına yapılan anti-demokratik müdahalenin ardından başlanılan referandum süreci de meşruiyet sağlamaktan oldukça uzaktır. Zira zaten halk tarafından seçilmeyen bir "Kurucu Meclis"<sup>428</sup> tarafından hazırlanan ve Anayasa Komisyonu görüşmeleri sırasında dahi halkın katılımı engellenen bir anayasa taslağının halkoyuna sunulması sırasında da pek çok anti-demokratik kısıtlama söz konusu olmuştur. Referanduma gidilen süreçte taslağın özgürce tartışılması engellenmiş<sup>429</sup>, referandumda olumlu bir sonuç çıkması halinde cumhurbaşkanı sıfatını kazanacak olan Kenan Evren'in Anayasa taslağı üzerine yaptığı konuşmaların eleştirilmesi yasaklanmıştır.<sup>430</sup> Bu nedenle "tartışma" ortamı sağlanamamış<sup>431</sup> halk

<sup>424</sup> ÖZSOY, **1982 Anayasası'nın...**, s. 63

<sup>425</sup> SEVİNÇ, "Anayasaların Doğumu:...", s. 34.

<sup>426</sup> 1982 Anayasası özelinde, hükümet darbesini yapan generallerin çıkarları.

<sup>427</sup> TANÖR, **İki Anayasa**, s. 149.

<sup>428</sup> TANÖR, üyelerinin belirlenmesinde hiçbir seçimin söz konusu olmadığı söz konusu organa "meclis" denmesinin doğru olmadığını haklı şekilde belirtmektedir. Bknz: TANÖR, **a.g.e.**, s. 91.

<sup>429</sup> 70 sayılı MGK kararı.

<sup>430</sup> 71 sayılı MGK kararı, md. 2.

<sup>431</sup> TANÖR, **İki Anayasa**, ss. 94-95.

tek yanlı bir devlet kampanyasına maruz bırakılmış<sup>432</sup> ve vereceği oyla ilgili düşüncesini özgürce oluşturamamıştır. Öyle ki, yaşanan anti-demokratik oylama sürecini protesto etmek adına oy vermeyi reddetmek dahi cezaî yaptırıma bağlanmıştır.<sup>433</sup>

Üstelik referandumun ardından anayasa taslağının kabul edilmemesi halinde nasıl bir sürece girileceği açıklanmamış ve bu yüzden halkın belirsizlik karşısındaki korkuya karşı referanduma evet oyu vermesi -üstü kapalı bir tehditle- teşvik edilmiştir. Ayrıca anayasa oylaması ile cumhurbaşkanlığı makamı için yapılan “plebisit” birleştirilmiş, seçmen tek bir oyle hem Anayasa, hem de cumhurbaşkanıyla ilgili karar vermek durumunda bırakılmıştır.<sup>434</sup>

Bunlara ek olarak oylama sırasında kullanılan hayır oyunun renginin oy zarfının dışından görünür şekilde belirlenmiş olması oyun gizliliği ilkesini ihlal etmiş ve askerî bir düzen altında, askerlerin açıkça belli bir yönde oy kullanılmasını teşvik ettiği bir ortamda, yaşanan insan hakları ihlallerini gören vatandaşın oyunu serbestçe kullanması neredeyse imkânsız hale gelmiştir.

Bu şartlar altında, yapılanın bir referandum değil, otoriter bir fiilî iktidarın kendini meşrulaştırmak amacıyla hazırladığı bir plebisit olduğu çok açıktır.<sup>435</sup> Bir halkoylaması yapılmış olması ve bu oylamada da çok yüksek bir oranda fiilî iktidarın istediği yönde oy verilmiş olması meşruiyet sağlamak için yeterli kabul edilemez. Hiçbir yönüyle demokratik olmaması nedeniyle 1982 Anayasası'nın kabulü sonucunu doğuran halkoylaması, ne 12 Eylül 1980 hükümet darbesiyle kurulan askerî rejime, ne de söz konusu rejimin yönetici organı olan Millî Güvenlik Konseyi'nin iradesini yansıtan Anayasa'ya meşruiyet sağlayamamıştır.

TANÖR'ün ifade ettiği gibi, gerçek bir demokrasiye geçişi sağlamaktan çok, hâkim gücü (1982 Anayasası örneğinde askerî gücü) ya da “kuvvetli adam”ın konumunu meşrulaştırmak ve sürdürmek için yapılan anayasaların katılığı, bu anayasalar sözde halkoylamasıyla kabul edilmiş bile olsalar, Batı anayasacılığının özü olan siyasal liberalizmi korumaya değil, otoritarizmi ve militarist vesayetin

<sup>432</sup> TANÖR, *a.g.e.*, s. 96; ÖZSOY, *1982 Anayasası'nın...*, ss. 100-101.

<sup>433</sup> 2707 sayılı Anayasa'nın Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun, md. 12.

<sup>434</sup> TANÖR, *İki Anayasa*, s. 95.

<sup>435</sup> Aynı yönde: ÖZSOY, *1982 Anayasası'nın...*, s. 99.

devamını sağlamaya yarar.<sup>436</sup> Bu nedenle, 1982 Anayasası'nın değişmez maddelerinden askerî iradenin sonucu olanların siyasal liberalizm ve demokrasinin tesisi amacıyla değil, otoriter yapının devamının sağlanması amacıyla değişmezlik niteliğine sahip kılındığının kabul edilmesi gerekir. Bu durum, söz konusu maddelerin yapımı aşamasında ve daha sonraki uygulama sırasında meşruiyet zemininin bulunmadığını ortaya koymaktadır. 1982 Anayasası'nın ikinci ve üçüncü maddelerinin halen gündemdeki birçok tartışmaya konu olmasının nedeni de, kanaatimizce, budur.

Sonuç olarak, 1982 Anayasası'nın yapılışında, kendi uygun gördüğünün dışında hukuk kuralı ile bağlı olmayan fiilî bir güç söz konusudur. Bu güç, kendi dünya görüşünü yansıtan bir anayasa yapma yetkisini kendinde bulmuştur.<sup>437</sup> Ancak, yukarıda sayılan nedenlerle, bu gücün dünya görüşünü yansıtan 1982 Anayasası'nın ne girdi, ne de çıktı meşruiyeti vardır. Bu nedenle, yalnızca göstermelik olarak hukuksal süreçlere uygun şekilde onaylanan 1982 Anayasası'nın yeni hukuk düzenini kurmuş olduğu kabul edilse dahi, bünyesinde yer alan değişmez maddelerden, askerî otoriter iktidarın keyfî iradesi tarafından kabul edilen ikinci ve üçüncü maddenin türev kurucu iktidarlara bağlamaması gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü anayasalardaki değişmezlik kurumunun asıl amacı olan demokrasi ve insan haklarının güvencesi olma niteliği söz konusu maddelerde bulunmamaktadır. TANÖR'ün de ifade ettiği üzere, “*Anayasa'nın 2. maddesi ve bu maddenin gönderme yaptığı Başlangıç bölümü (ilk haliyle) Anayasa'nın otoriter ve anti-liberal siyasal felsefesini oluşturmuştur. (...) Bu nitelikteki ilkeler topluluğuyla bir ülkenin yakın ve uzak geleceğinin dondurulmak ve ipotek altına konmak istenmesi, gelişme ve insan aklına saygı gibi kavramlar açısından da gayet haksız ve zorakî bir dayatmadır.*”<sup>438</sup> 1982 Anayasası'nın söz konusu hükümleri demokratik iradenin baskı altına alınması ve belli bir toplum mühendisliği amacıyla ve yalnızca askerî iradenin isteği doğrultusunda değişmez ilân edilmiştir. Bu nedenle, değişmezlik kurumunun özüne aykırı bir durum teşkil ettiklerinden, değişmezlik niteliğinden de yararlanmamaları gerektiğini düşünmekteyiz.<sup>439</sup>

<sup>436</sup> TANÖR, *İki Anayasa*, s. 149.

<sup>437</sup> ÖZSOY, *1982 Anayasası'nın...*, s. 59.

<sup>438</sup> TANÖR, *İki Anayasa*, ss. 151-152.

<sup>439</sup> Türkiye Sanayici ve İşadamları Derneği'nin (TÜSİAD) “Yeni Anayasa Yuvarlak Masa Toplantıları Dizisi”nin ardından yayınlamış olduğu “Yeni Anayasanın Beş Temel Boyutu” başlıklı raporunun

Ancak buna karar verebilecek olan elbette ki Türkiye Anayasa Mahkemesi'dir. Mahkeme, değişmezlikle ilgili davalarda girdi meşruiyeti olmayan Anayasa'nın 2. ve 3. maddesini çıkıktı ve sınama meşruiyeti testine tâbi tutmalı ve bu meşruiyete de sahip olmadığını düşündüğü ilkeleri değişmezlik kapsamından çıkartmalıdır.

Bu durumda, değişmezlik gibi sonuçları itibariyle önemli bir niteliğe sahip maddelerden hangilerinin meşru olduğunu ve buna bağlı olarak gerçek bir dokunulmazlıktan yararlandığını nesnel şekilde ortaya çıkarmak son derece önemli bir iş haline gelmektedir. Zira yukarıda bahsettiğimiz gibi değişmez madde ve ilkelerin belirsiz değil, aksine son derece kesin ve tartışmasız olması gerekmektedir. Bu, hem anayasa mahkemesinin siyasal saiklerle vereceği kararlar aracılığıyla yargıçlar hükümetine yol açmasını engellemek, hem de ülkenin kurucusu olan halk iradesinin düzgün şekilde ortaya konması için bir zorunluluktur.

### *b. Değişmez maddelerin hukuksal değeri ve meşruiyet ilişkisi*

Max WEBER'in göstermiş olduğu üzere, meşruiyetin genel olarak kabul edilen nedenleri geleneksellik, karizmatiklik ve akılcılık gibi çok farklı önermelerden kaynaklanmaktadır. Meşruiyeti, sosyolojik anlamda "otoriteye tâbi olanlarca beslenen inanç" olarak tanımlayan WEBER'e göre hiçbir iktidar tek bir meşruiyet tipine dayanmamaktadır.<sup>440</sup> Bununla birlikte, çağdaş Batı şartlarında meşruiyet neredeyse tamamen *kurumsal düzenlemelere güven* alanına yerleşmiştir. Söz konusu düzenlemelerin, yönetim süreçlerinin yönetilenlerin açık tercihlerine genel olarak cevap vermesini (*girdi meşruiyeti*) ve/veya yürütülen siyasetin yönetilenlerin ortak

---

ikinci kısmı olan "eş koordinatörlerin yorum ve değerlendirmeleri" bölümünde eş koordinatörler Prof.Dr. Ergun ÖZBUDUN ve Prof.Dr. Turgut TARHANLI da, "Türkiye için asıl önemli husus" olduğu gerekçesiyle yeni anayasada da "Türkiye Devleti bir cumhuriyettir" ifadesinin değişmez madde olarak korunmasını, bunun dışındaki maddelerin değişmezlik kapsamından çıkarılmasını talep etmiştir. Bknz: TÜSİAD, **Yeni Anayasa Yuvarlak Masa Toplantıları Dizisi: Yeni Anayasanın Beş Temel Boyutu**, s. 42, [http://www.tusiad.org/\\_rsc/shared/file/YENI-ANAYASA-YUVARLAK-MASA.pdf](http://www.tusiad.org/_rsc/shared/file/YENI-ANAYASA-YUVARLAK-MASA.pdf) (Ziyaret edildiği tarih: 20.12.2012). Özellikle siyasal partilerden gelen tepkiler üzerine TÜSİAD bu görüşün kendi görüşleri olmadığını, talebin yalnızca Prof.Dr. Ergun ÖZBUDUN ve Prof.Dr. Turgut TARHANLI'yı bağladığını açıklamıştır.

<sup>440</sup> TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, ss. 118-121.

problemlerine genel olarak etkin çözümler üretmesini (*çıktı meşruiyeti*) sağlaması beklenmektedir.<sup>441</sup>

Demokrasinin birçok tanımı olsa da, “demokratik meşruiyetten” bahsedildiğinde referans *yöneten otoritenin* işlemlerinin gerekçelendirilmesi için kullanılacak nedenler olmalıdır.<sup>442</sup> Bu işlemleri iki boyutlu şekilde düşünmemiz gerekir çünkü EASTON’ın eserinde<sup>443</sup> işaret ettiği gibi, bir siyasal sistemin girdileri ve çıktıları bulunmaktadır.<sup>444</sup> Girdiler, çevreden gelen talepler ve desteklerdir. Çıktıların siyasal sistemin talepler hakkında aldığı karar ve eylemlerdir.<sup>445</sup> Yöneten otoritenin işlemleri sonucunda oluşan söz konusu girdi ve çıktılar meşru şekilde gerekçelendirilebiliyorsa demokratik meşruiyetten bahsetmemiz mümkündür.

Demokratik meşruiyetin oluşması için gereken iki zorunlu unsur olan “girdi meşruiyeti” ve “çıktı meşruiyeti” kavramlarının kökeni Fritz SCHARPF’in eserleridir. Avrupa Birliği’ndeki demokratik meşruiyeti inceleyen yazar “girdi temelli” meşruiyeti halkın siyasal katılımıyla, “çıktı temelli” meşruiyeti ise Avrupa Birliği kurumlarının halk için etkin yönetim olanaklarıyla ilgili olarak kullanmıştır.

Konuyu değişmez madde ve ilkeler özelinde incelediğimizde *yöneten otorite* bu madde ve ilkeleri hazırlayan ve kabul eden otoritedir ve en azından girdi veya çıktı meşruiyetine ve hatta mümkünse her iki meşruiyete birden sahip olmalıdır. Çünkü bir değişmez madde veya ilkenin hukuksal değerini belirleyen meşruiyet, o değişmez madde veya ilkeyi hazırlayan ve kabul eden otoritenin kendinin ve işleminin meşruiyetiyle yakından ilgilidir.

Meşruiyet konusunun en başında belirtmek gerekir ki, benzerlik veya farklılık temel kriteri ne olursa olsun demokratik meşruiyetin zorunlu ön şartının vatandaşlar tarafından paylaşılan bir “biz kimliği”<sup>446</sup> olduğu açıktır.<sup>447</sup> Zira meşruiyete dair

---

<sup>441</sup> Fritz W. SCHARPF, “Problem-solving Effectiveness and Democratic Accountability in the EU”, **MPIfG working paper**, no. 03/1, 2003, <http://hdl.handle.net/10419/41664> (16.07.2013 tarihinde ziyaret edildi.), s. 4. Vurgu SCHARPF’a aittir.

<sup>442</sup> Fritz W. SCHARPF, “Interdependence and Democratic Legitimation”, **MPIfG working paper**, no. 98/2, 1998, <http://hdl.handle.net/10419/41689> (16.07.2013 tarihinde ziyaret edildi.), s. 3. Vurgu SCHARPF’a aittir.

<sup>443</sup> EASTON, **The Political...**

<sup>444</sup> Fritz W. SCHARPF, “Economic Integration, Democracy and the Welfare State”, **MPIfG working paper**, no. 96/2, 1996, <http://hdl.handle.net/10419/41702> (16.07.2013 tarihinde ziyaret edildi.), s. 3.

<sup>445</sup> TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, s. 121.

<sup>446</sup> Norbert ELIAS, “Wandlungen der Wir-Ich-Balance”, in **Die Gesellschaft der Individuen**, Suhrkamp, Frankfurt/M, 1987, ss. 207-315; aktaran: SCHARPF, “Interdependence and...”, s. 7.



SCHARPF'in yukarıda bahsettiğimiz normatif tanımlarının kökeni Abraham LINCOLN'ün demokrasiye ilişkin ünlü *dictum*'udur<sup>448</sup>: Halkın halk tarafından halk için yönetimi. Halkta bir bütünlük ve “biz” bilincinin oluşmadığı hallerde yöneten otoritenin (değişmez madde ve/veya ilkeleri belirleyen ve uygulayan otoritenin) işlemlerinin meşruiyet kazanması da mümkün olmayacaktır.

Meşrulaştırıcı nedenler, kişisel çıkarları aksi yönde olsa bile bireylerde bu bağlayıcı kararlara topluca uymak konusunda *ahlâkî bir görev* yaratan nedenler olmalıdır.<sup>449</sup> Öyle ki, değişmez madde veya ilkenin içeriğini doğru bulmayan kişiler dahi şayet söz konusu madde veya ilkenin meşru olduğunu kabul ediyorsa bunu değiştirmeye çalışmayacaktır. Kabul etmek gerekir ki, uyma yönündeki böyle bir ahlâkî görev bilincini ancak hazırlanmış veya uygulama aşamasında demokratik kurallara uyulan değişmez madde ve ilkeler yaratabilir.

Değişmez maddelerin ancak demokratik aslı kurucu iktidar yani bizim “kurucu halk” olarak adlandırdığımız katılımcı süreç sonucunda belirlenmesi halinde meşru kabul edilebileceğini düşünmekteyiz. Bu meşruiyet türü, SCHARPF'in ifadesiyle girdi meşruiyetine tekabül etmektedir. Kanaatimizce, olağan şartlarda, günümüzdeki iletişim imkânları ve demokratik anlayış gereğince bundan sonra belirlenecek değişmez madde ve ilkeler için başka türlü bir meşruiyetin geçerli olması mümkün değildir. Bu, değişmez maddelerin belirlenmesinde yeni bir durumdur. Kaynağı da vatandaş katılımının 1990'lardan itibaren uluslararası anlamda siyasal bilimler gündemine yeniden dâhil olmasıdır. Bu süreçte vatandaşların en ön sırada siyasal karar alım sürecini etkileyecek şekilde siyasal alana katılma hakkı kazandığı birçok örnek yaşanmıştır.<sup>450</sup> Bu örneklerin en başında Güney Afrika ve İspanya ve günümüzde de İzlanda'da yaşanan<sup>451</sup> anayasa yazım süreçleri gelmektedir. Yaşanılan bu örneklerle bireyselleşmenin artışı ve toplumsal dönüşüm de eklenince sonuç,

<sup>447</sup> SCHARPF, a. g. m., s. 7.

<sup>448</sup> Vivien A. SCHMIDT, “Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Input, Output and ‘Throughput’”, **Political Studies**, vol. 61, 2013, [http://astrid-online.com/Riforma-de/Studi-e-ri/Schmidt\\_Pol-Studies\\_1\\_2013.pdf](http://astrid-online.com/Riforma-de/Studi-e-ri/Schmidt_Pol-Studies_1_2013.pdf) (16.07.2013 tarihinde ziyaret edildi.), s. 4.

<sup>449</sup> SCHARPF, “Interdependence and...”, s. 3. Vurgu SCHARPF'a aittir.

<sup>450</sup> Mijke BOEDEL TJE, Juul CORNIPS, “Input and Output Legitimacy in Interactive Governance”, **NIG Annual Work Conference working paper**, Rotterdam, 2004, <http://repub.eur.nl/res/pub/1750/NIG2-01.pdf> (16.07.2013 tarihinde ziyaret edildi.), s. 1.

<sup>451</sup> 2008'de küresel ekonomik krizin ağır şekilde etkilediği İzlanda'da 2011 yılında kitlesel katılımı yeni bir anayasa yazılmasına karar verilmiştir. Halktan rastgele belirlenen bir komite taslağı şekillendirmiş, bu sırada tüm İzlanda vatandaşları internet üzerinden taslağı katkıda bulunabilmiştir. (320 bin nüfuslu İzlanda'da internete erişim oranı %94'tür.)

değişmez maddeleri de içine alacak şekilde, siyasal alandaki her seviyedeki kararın artık hiyerarşik bir süreç içerisinde değil, katılımcı ve yatay bir süreç sonucunda alınması gerektiği düşüncesinin yerleşmesidir.<sup>452</sup>

Ancak bu durum, daha önce yazılmış ve halen yürürlükte bulunan anayasalardaki bir değişmez madde veya ilkenin sırf kurucu halk tarafından belirlenmemesi nedeniyle meşru olmadığı ve bu nedenle de hukuksal değeri haiz olmadığı sonucunu doğurmamalıdır. Zira hem “kitlekaynaklı”<sup>453</sup> anayasa yazımı son derece yeni bir olgudur, hem de olağanüstü şartlar altında ve demokratik olmayan aslı kurucu iktidarlar tarafından belirlenmiş olmasına karşın, yine SCHARPF’ın ifadesiyle, “çıktı meşruiyetine” sahip değişmez madde ve ilkelerin bulunduğu ve bunların da en az girdi meşruiyetine sahip değişmez madde ve ilkeler kadar hukuksal değere sahip olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Bunlara ek olarak, uzun yıllar boyunca kullanılması sonucu gelenekselleşen ve artık toplum tarafından benimsenmiş hale gelen değişmez madde ve ilkeler de bulunmaktadır. Söz konusu değişmezlik zaman içerisinde gelişen bu meşruiyet sonucunda hukuksal değer kazanmaktadır. Bunların meşruiyetini de “sınama meşruiyeti” olarak adlandırmayı<sup>454</sup> uygun bulmaktayız.

### (1) Girdi meşruiyeti

Girdi temelli meşruiyet geleneği Yunan *polis*’indeki ve Fransız Devrimi’ndeki katılımcı demokrasi idealiyle şekillenir ve başlangıç noktası, Rousseau’cu bir bakış açısıyla, ortak çıkarın halkın “genel iradesiyle” eşitlenmesidir. Ancak günümüz şartlarında bunun meşruiyet için yeterli olmadığı genel olarak kabul edilmiştir. Eğer yeterli olsaydı meşruiyet, yürütülecek siyasetin belirlenmesine yönetilenlerin doğrudan katılımını veya yönetenlerin halkın toplu tercihlerine cevap verebilmesini

<sup>452</sup> Aynı yönde bkz: BOEDELTE, CORNIPS, “Input and Output...”, ss. 2-3.

<sup>453</sup> Anayasa’nın yoğun toplumsal katılımı yazılması hallerinde kullanılan İngilizce “*crowdsourced*” teriminin Türkçe karşılığı olarak önerilmiştir.

<sup>454</sup> “Sınama meşruiyeti” terimi Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 26.06.2012 tarihinde düzenlenmiş olan Genç Anayasa Hukukçuları etkinliğinde tez konusuyla ilgili olarak yapmış olduğumuz sunumun ardından değerli görüşlerini paylaşan Hocam Prof.Dr. Bertil Emrah ODER’a aittir.

azami seviyeye çıkararak kurumlar aracılığıyla sağlanabilirdi.<sup>455</sup> Buna karşın, çoğunluğun iradesinin genel irade olarak algılanarak hayata geçirilmesi meşruiyet için yeterli olmasa da özü itibariyle girdi meşruiyeti “halkın iradesini” siyasal kararlara dönüştüren *düzeneklere* dayanmaktadır. Eğer söz konusu düzenekler halk tarafından “demokratik” veya “iyi” olarak değerlendiriliyorsa girdi meşruiyetinin oluştuğu söylenebilir.<sup>456</sup>

Girdi meşruiyetinde “halkın yönetimi” topluluğu bağlayan kararların ilgili vatandaşların tercihlerinin özgün ifadesinden kaynaklanmasını zorunlu kılar. Bir diğer deyişle yönetim, öz-yönetim anlamına gelir ve halkın rıza göstermesi beklenir; çünkü yasalar dışarıdan bir irade tarafından dayatılmaktansa bizzat vatandaşlar tarafından belirlenmektedir.<sup>457</sup> Dolayısıyla girdi meşruiyeti siyasal kararların, doğrudan veya dolaylı olarak, vatandaşların özgün tercihlerinden kaynaklanmasını gerektirir. Bu nedenle yönetimler her zaman yönetilenlere hesap verir konumda olmalıdır.<sup>458</sup> Halk, iradesinin yönetime yansıyor yansımadığını denetleyebilmeli, yansımadığını düşündüğü zamanlarda çeşitli demokratik yollarla müdahale edebilmelidir. Bu durumda, yine Rousseau’cu bir bakış açısıyla, temsilciler yalnızca halkın iradesini yansıtan bir aracıya indirgenir ve emredici vekâlet benzeri bir görevlendirmeyle işlev görür.

Tercihlerin belirlenmesi konusunda vatandaşlar arasında herhangi bir ayrım gözetilmemeli ve mümkün olan en üst düzeyde eşitlik her zaman korunmalıdır. Çünkü girdi temelli meşruiyet ancak katılım sürecinin tarafsızlık kistasıyla bulunduğu kapsamda ortaya çıkmaktadır.<sup>459</sup> Aslî kurucu iktidarın katılımcı demokratik bir yolla oluşması ve yaratılan anayasanın toplumsal adalet, özgürlük ve güvenlik yargularıyla örtüştüğü durumda anayasa yalnızca yasallığın değil, meşruiyetin de ölçütü haline gelmektedir.<sup>460</sup>

Girdi meşruiyetinin arzu edilen sonuçlarına ulaşabilmek için etkileşimli siyaset sürecinde tarafsızlık kistası yerine getirilmeli ve tüm yurttaşların eşit bir “dinlenme” şansı olmalıdır. Bu, etkileşim süreçlerinin yalnızca vatandaşların etkileşim sürecine

<sup>455</sup> SCHARPF, “Problem-solving...”, s. 4.

<sup>456</sup> BOEDELTE, CORNIPS, “Input and Output...”, s. 4. Vurgular BOEDELTE ve CORNIPS’e aittir.

<sup>457</sup> SCHARPF, “Interdependence and...”, s. 3. Vurgu SCHARPF’a aittir.

<sup>458</sup> SCHARPF, “Economic Integration...”, s. 3.

<sup>459</sup> BOEDELTE, CORNIPS, “Input and Output...”, s. 1.

<sup>460</sup> CAN, **Kurucu İktidar...**, s. 127.

katılabilmesi için eşit bir şansa sahip olacak şekilde değil, aynı zamanda tüm katılımcılar arasında etki edebilme fırsatlarının da eşit olarak dağıtılmasını sağlayacak şekilde düzenlenmesini gerektirir.<sup>461</sup> Aksi takdirde halkın bir kesimi katılma ve dinlenme eşitliğinden yararlanamayacak ve bu kesimde “biz” kimliği oluşmayacaktır. Toplumdan dışlandığını ve soyutlandığını düşünen söz konusu toplumsal kesimin oluşan genel iradenin sonucu olarak kabul edilecek değişmez madde ve ilkeleri benimsemesi ve meşru kabul etmesi de bu nedenle mümkün olmayacaktır.

Girdi meşruiyeti kavramının temelinde yatan genel irade ve doğrudan demokrasi gibi kavramlar Jean-Jacques ROUSSEAU’nun teorisine gönderme yapsa da girdi temelli meşruiyet gerekçelerinin çağdaş savunucuları, Rousseau’cu geleneğin totaliterlik potansiyelinin farkına vardıklarından 19. yüzyıl liberalizmine ve onun “müzakereci demokrasi” vurgusuna dönüş yapmıştır.<sup>462</sup> Girdi meşruiyetinin temel unsurlarından vatandaşların tercihlerinin belirlenme süreci ancak karşılıklı müzakere ve etkileşim yoluyla mümkündür. 21. yüzyıl demokrasisinde en fazla desteklenen kavramlardan olan “etkileşimli yönetim”<sup>463</sup> taraftarlarına göre toplumun farklı unsurları arasındaki etkileşim önemli bir meşruiyet kaynağıdır. Buna bağlı olarak, günümüzdeki anlamıyla girdi temelli demokratik bir meşruiyetin sağlanabilmesi için *düzenleme ve usullerin* vatandaşların tercihleriyle siyasal kararlar arasında bir bağ kurması gerekmektedir.<sup>464</sup>

Siyaset üretiminde etkileşim vatandaşların tercihleriyle kamusal politikalar arasında kurduğu bu bağın ötesinde toplumsal dışlamayı da azaltacaktır.<sup>465</sup> Böylece anayasanın ve değişmez maddelerin benimsenmesi kolaylaşacak, anayasada beklenen bütünleştirici rol hayata geçmiş olacaktır. Aksi halde ise, toplumsal olarak dışlanmış kesimler her zaman anayasa ve değişmez madde ve ilkelerin kendilerine “dayatılan” anti-demokratik normlar olduğunu öne sürebilecektir. Bu halde anayasa ve değişmez madde ve ilkeler toplumun üzerinde uzlaştığı ve bütünlüğünü

---

<sup>461</sup> BOEDELTE, CORNIPS, “Input and Output...”, s. 9. Ancak elbette çağdaş devletlerde nüfusun çokluğu nedeniyle her yurttaşın siyaset üretim sürecine eşit şekilde katılması ve sürece etki etmesi her zaman mümkün olmayabilir. Bu hallerde etkileşim sürecine katılan grubun yurttaşların tümünü temsil edecek şekilde belirlenmiş olması da etkileşim sürecinin tarafsız kabul edilmesinde yeterli olacaktır. Bknz: BOEDELTE, CORNIPS, a. g. m., s. 10.

<sup>462</sup> SCHARPF, “Problem-solving...”, s. 4. Vurgu SCHARPF’a aittir.

<sup>463</sup> *Interactive governance*

<sup>464</sup> BOEDELTE, CORNIPS, “Input and Output...”, s. 2.

<sup>465</sup> BOEDELTE, CORNIPS, a. g. m., s. 9.

sağladığına inandığı normlar olmaktan çıkıp, tersine bir etkiyle, ayrışmaya ve sosyolojik gerginliklere yol açabilecektir.<sup>466</sup>

Bu nedenle, yeni bir anayasa yazım sürecinde mutlaka anayasada değiştirilmesi yasak hükümlerin var olması isteniyorsa, tam serbest tartışma ve konuşma ortamında meseleler tartışıldıktan sonra, yeni baştan halkın serbest iradesi ile vereceği karar neticesinde ulaşılabilecek mutabakatla söz konusu yasakların belirlenmesi gerekir.<sup>467</sup>

Sonuç olarak girdi meşruiyeti olağan şartlarda, seçimle oluşan “çoğunlukçu” temsil kurumları tarafından belirlenen yasa ve kuralların oluşturulma süreçlerindeki toplumsal katılımın niteliğine gönderme yapmaktadır.<sup>468</sup> Buna bağlı olarak, değişmez madde ve ilkelerin belirlenmesi ancak aslı kurucu iktidar eliyle olabileceğinden bunlar için girdi meşruiyetinin anlamı belirlenmeleri sürecinde toplumun tüm kesimlerinin tarafsız ve eşit şekilde yazım sürecine katılması ve etki etmesidir. Bunun için etkileşimli ve müzakereci bir üretim süreci yaratılmalı ve böylece toplumun hiçbir kesimi kendini dışarıda bırakılmış hissetmemelidir. Ancak bu şekilde değişmez madde ve ilkeler bir baskı ve dayatma değil, bütünleştirici ve hak ve özgürlük güvencesi kuralları olarak kabul edilebilir ve hukuksal değer kazanabilir.

Tarafsız, eşitlikçi ve demokratik bir aslı kurucu iktidar ancak halkın yoğun ve etkin katılımıyla oluşabilir. Yeni bir anayasada yazım sürecinde değişmez madde ve ilkeleri belirlemeye yetkili tek organ olarak kabul ettiğimiz bu tür bir aslı kurucu iktidarı “kurucu halk” olarak adlandırmaktayız.

Bilindiği üzere meşruiyet tarihsel olaylardan, siyasal konjonktürden ve diğer birçok olgudan etkilenen ve zamanla değişim gösteren sosyolojik bir kavramdır.

---

<sup>466</sup> Girdi meşruiyeti için gereken demokratik tartışma süreçlerinin uygulamada nasıl işleyeceğine dair bir öneri için bkz: BOEDELTE, CORNIPS, a. g. m., ss. 10-12.

<sup>467</sup> KÜÇÜK, “Yeni Anayasa Yapımı...”, s. 234. Ancak belirtmemiz gerekir ki, katıldığımız bu düşünce, yazarın tüm makalesi boyunca öne sürdüğü anayasalarda değişmez madde olmaması gerektiği, gelecek nesillerin -yazarın ifadesiyle- bu tür “dogma”larla bağlı olamayacağı ve bir anayasada değişmez madde varsa da bunun parlamentoya dönük yalnızca bir temenniden ibaret olduğu yönündeki savıyla açık bir çelişki içerisindedir. Zira madem ki değiştirme yasaklarının hiçbir hukuksal bağlayıcılığı yoktur, bu yasakların halk tarafından ve mutabakatla kabul edilmesinin de bir önemi yoktur. Çünkü bir normun halk tarafından mutabakatla kabul edilmiş olması onun hukuksal bağlayıcılığıyla değil, olsa olsa meşruiyetiyle ilgilidir ve bunun da hukuksal değil, sosyolojik bir kavram olduğu herkesin malumudur. Ancak yazar, makalesi boyunca savunduğu “anayasalarda değişmez madde olmamalıdır, varsa da temenniden ibarettir” tezini son 3-4 sayfada bir kenara bırakmanın ötesinde sonuç kısmından hemen önce, yeni bir anayasa için bir değişmez madde önermekten de kendini alamamıştır: “Cumhuriyet, demokrasi ve hukuk devletini öngören hükümler değiştirilemez.” Bknz: KÜÇÜK, a. g. m., s. 236.

<sup>468</sup> SCHMIDT, “Democracy and...”, s. 4.

Dolayısıyla toplumdan topluma değişiklik gösterir. Yukarıda belirttiğimiz üzere değişmez maddelerin hukuksal değerinin olabilmesi için demokratik bir aslı kurucu iktidar tarafından belirlenmesi veya kabul aşamasının sonrasındaki süreçte meşru kabul edilmesi gerekmektedir. Hem meşruiyetin zamanla değişken bir kavram olduğunu ifade edip hem de değişmezliğin kesinlik arz etmesi gerektiğini iddia etmemiz bir çelişki gibi gözükabilir. Ancak iddiamız, içerisinde değişmez madde ve/veya ilke bulunan dünyanın tüm anayasalarında değişmezlik meşruiyetinin bazı ortak değerlerinin bulunduğudır. Buna bağlı olarak çalışmamızın bu bölümünde, değişmez maddelerin “otoritarizmin ve militarist vesayetin devamını sağlamaya” yarayan araçlar olarak kullanılmasını engellemek ve değişmezlik kurumunun demokrasi ve insan haklarının güvencesi olarak kullanılmasını zorunlu kılacak evrensel kıstaslar belirlemek suretiyle değişmez maddelerle ilgili meşruiyetin nesnel ve hukuksal dayanaklarını ortaya koymaya çalışacağız.

Değişmez madde ve ilkelerin meşru kabul edilebilmesi ve buna bağlı olarak hukuksal değer kazanabilmesi için öncelikle bunları belirleme yetkisinin tek sahibi olduğunu iddia ettiğimiz “demokratik kurucu halk” kavramının tanımlanması gerekmektedir.

*(i) Değişmez maddelerin tek meşru kaynağı olarak “kurucu halk” kavramı*

ROUSSEAU’ya göre halkın çoğunluğunun oluşturduğu genel irade her zaman haklıdır ve her zaman kamu çıkarını gözetir.<sup>469</sup> Dolayısıyla genel iradenin aksi yönünde oy kullanmış olan azınlıklar haksızdır ve kamu çıkarını değil, kendi çıkarlarını gözetenlerdir. Görüldüğü üzere ROUSSEAU’nun yarattığı siyasal düzende azınlık olmak çoğunluğun iradesine boyun eğmeyi gerektirir. Bu durumun günümüz demokrasi anlayışıyla uyuşmadığı açıktır.<sup>470</sup> Zira sınırlanmamış çoğunlukların azınlık haklarını ihlal ettiği tarihsel deneyimlerle sabittir. Bu nedenle modern demokrasilerde çoğunluklar despotlaşmaya karşı çeşitli yöntemlerle sınırlanmış durumdadır.

<sup>469</sup> ROUSSEAU, *Contrat Social...*, s. 256.

<sup>470</sup> Ancak elbette ünlü yazarın çoğunluğun asla toplumun çıkarının aksine hareket etmeyeceğini bir faraziye olarak kabul ettiğini ve dolayısıyla gerçekçi değil, teorik bir önermede bulunduğunu dikkate almaktayız.

Nitekim toplumsal iradenin çoğunluk ve azınlık olarak ikiye bölündüğünü düşünen SIEYES de, denetlenemeyen bir çoğunluğun azınlığa karşı, tiranlaşmayabileceksede en azından despotlaşacağını ifade etmektedir. Ancak yazara göre, insanların bir arada bulunmasının amacı bu olamaz; bu da, basit çoğunluklarca yapılan kanunların öncesinde, basit çoğunlukları frenleyen ve tiran ve despot olmalarını engelleyen bir ortak iradenin var olduğunu ispatlamaktadır. SIEYES'e göre, bu ortak ve ilkel irade, aynı zamanda, birlikte yaşamının temelidir veya ona öncüllük eder.<sup>471</sup> Bu ifadelerden çıkan sonuç, kanaatimizce, kanunları yapan basit çoğunlukların da üzerinde, onları sınırlayan bir iradenin olduğu ve o anayasada ifade edildiğidir. Çünkü anayasa sadece çoğunluğun değil, toplumu oluşturan tüm bireylerin ortak iradesini ortaya koyan ve birlikte yaşamının temelini oluşturan bir sözleşme olarak kabul edilmektedir.

İktidar, kuruluş ve otorite birbirlerine bağlı kavramlardır. İktidar, birlikte yaşamının kurucu anlaşması tarafından kendine bahşedilenden daha fazla bir otoriteye sahip değildir.<sup>472</sup> Anayasa halkın kurucu gücünün ifadesidir ve kurucu halk iradesinin yetkisine sahiptir; buna karşın, olağan yasa meclisin ve seçmenin olağan gücünü ifade eder ve onun yetkisine sahiptir. Anayasa, olağan yasayı bağlar ve ona rehberlik eder.<sup>473</sup> Eğer anayasa tüm organların uyması gereken bir metinse, genel iradeyi nasıl ifade edebileceği anayasada belirtilmiş olan yasamanın da ona uygun davranması gerekir. Aksi takdirde, yapılan kanunlar anayasaya aykırı olur ve genel iradeyi ifade etmiş sayılamaz.

Ancak parlamentonun kanun yaparken anayasayla bağlı olduğunu söylemek tek başına ihlalleri engellemeyecektir. Anayasanın ihlal edilmesi ancak etkin bir anayasallık denetimiyle mümkün olabilir. Kanunlar için yapılması gereken denetimin anayasadaki değişmez maddelerin ihlal edilmesine karşı anayasa değişikliğine ilişkin kanunlar için de yapılması tek egemen olan kurucu halkın iradesinin üstünlüğünün bir gereğidir.

Söz konusu egemen halk, bugün yaşamakta olan halktan farklıdır. Tam olarak kimlerden oluştuğunun açık şekilde ortaya konulması bağlayıcı egemen iradenin ne

<sup>471</sup> SIEYES, *Des Manuscrits*..., s. 492.

<sup>472</sup> Maurice-Luce PAVIA, "Démocratie Continue et Volonté Générale", in *La Démocratie Continue*, sous la direction de Dominique ROUSSEAU, Bruylant-LGDJ, Paris, 1995 s. 144.

<sup>473</sup> RAWLS, *Siyasal*..., s. 265. Mehmet Fevzi BİLGİN tarafından yapılan çeviride "anayasa" yerine "yüce yasa" ve "kurucu halk" yerine de "yüce Halk" terimleri kullanılmıştır.

olduğunun ortaya konabilmesi için zorunludur. Fransa Anayasası'nın başlangıç kısmında 1789 İnsan Hakları Beyannamesi'ne gönderme yapılmasından kaynaklanan gerekçelerle Fransa Anayasa Konseyi'ne göre “*egemen halk, 1789'dan bu yana vardır ve Bildirge'de tanımlandığı şekliyle temel hak ve özgürlüklere ve millî egemenlik ilkelerine bağlıdır*”.<sup>474</sup> Her ne kadar Konsey “vardır” dese de, söz konusu “egemen halk”ın bir varsayım olduğu açıktır ve bu nedenle de “günümüzde yaşayan halkla” karıştırılmaması gerekir.<sup>475</sup> Bu noktada yukarıda yaptığımız millet–halk arasındaki tartışmaları hatırlamakta yarar görüyoruz. Çünkü görüldüğü üzere Konsey'in gönderme yaptığı “egemen halk” TURPIN'in ve diğer yazarların “millet” kavramıyla benzeşmektedir.

BEAUD ise aslî kurucu iktidarı kullanan kurucu halkı somut bir kitle olarak kabul etmektedir. Yazar egemen halkı anayasayı ilk kez yazan insan topluluğu olarak kabul etmekte ve “*(anayasayı) kuranların, ölmüş olsalar bile, kendilerinden sonra gelenleri sınırlayabileceğini*” belirtmektedir.<sup>476</sup> Üstelik yazara göre, egemen halk devlet gibi bir soyutlama değildir. “*Söz konusu halk, siyasal kaderini kurucu referandum aracılığıyla eline alan ve kendini ifade eden seçmen kitesidir.*”<sup>477</sup> Dolayısıyla, bizim de katıldığımız şekilde BEAUD, türev kurucu iktidarı bağlayan egemen iradenin sahibini bir dönem yaşamış, anayasayı yazmış ve bu yolla ülkeyi kurmuş ve bunun karşılığında da –şimdi ölmüş olsa bile- kendisinden sonra gelecek olan türev kurucu iktidarların iradesini sınırlama yetkisine sahip olmuş gerçek insanlar olarak tanımlamaktadır.

Michel TROPER ise türev kurucu iktidarın karşı çıkamayacağı iradenin “şu an yaşamayan bir kitleye” ait olmasını bir sorun olarak görmektedir. Zira şu an hayatta olmayan bir halkın iradesinin ne olduğunun ortaya konması gerekmektedir ki türev kurucu iktidar sınırlarını bilebilsin.

Yazarın bu haklı itirazı bizi anayasa mahkemesinin yeni rolüne taşımaktadır. Şöyle ki, TROPER'e göre “*kurucu halkı yaşamayı elinde bulunduran halkla karşılaştırsak çok esash bir sorunla karşılaşırız: Bunlardan ikincisi asla gerçek*

<sup>474</sup> Fransa Anayasa Konseyi'nin 9 Mayıs 1991 tarihli ve CC 91-290 numaralı kararı.

<sup>475</sup> Marcel GAUCHET, **La Revolution des Pouvoirs. La Souveraineté, le Peuple, le Représentation, 1789-1799**, Gallimard, “Bibliothèque des Histoires”, 1995, s. 50.

<sup>476</sup> BEAUD, **La Puissance...**, s. 451.

<sup>477</sup> BEAUD, “Le Souverain”, s. 39. Vurgu BEAUD'ya aittir.



*anlamda egemen olamaz çünkü ölümlerden oluşan bir halka tâbidir.*<sup>478</sup> Yasama organının zaten egemen olmadığını yukarıda açıklamıştık. Ancak bu “ölülerden oluşan bir halka tâbi olmasından” değil, kaynağını teşkil eden anayasayla sınırlı olmasından kaynaklanmaktadır. Anayasayı yazan halk ölmüş olabilir ancak eseri olan ve yasama organının hukuksal dayanağını da teşkil eden anayasa halen yürürlükte dir. Zira anayasalar sadece o sırada yaşayan halk için değil, devletin varlığı süresince yürürlükte olmak üzere yazılır. Aksi takdirde her yaşayan kuşak için yeni bir anayasa yazılması yoluna gidilmelidir ki bu durumun anayasanın var oluş mantığıyla uyumlu olmayacağı açıktır. Buna bağlı olarak, bir devletin hangi şartlar altında var olmaya devam edeceğini, hangi ilkelerin yok olması halinde devletin de yok olacağına karar verme yetkisi de bu nedenle kurucu halka ait olmalıdır.

TROPER’in yorumu “kurucu halk” ve “güncel halk” (ya da “yasamayı elinde bulunduran halk”) arasındaki ayrımın iki özne arasındaki irade bağlantısına gönderme yaptığını ima etmektedir. Ancak TROPER’e göre böyle bir bağlantı mümkün değildir; çünkü *“bunlardan sadece ‘güncel halk’ (ya da ‘yasamayı elinde bulunduran halk’) kendini ifade edebilme yeteneğine sahiptir. Tabii eğer anayasa mahkemesi ‘ölü halk’ adına egemenliği ifade etmeyi kabul etmezse”*.<sup>479</sup> Çalışmamızın ikinci kısmında ayrıntısıyla inceleyeceğimiz üzere modern anayasal demokrasilerde anayasa mahkemesinin bir rolü de anayasayı koyan kurucu halkın iradesinin sözcülüğünü yaparak güncel halkla irade bağlantısı kurmaktır. Çünkü anayasal demokrasi düalisttir: Kurucu gücü olağan güçten, halkın anayasasını da yasaam meclislerinin olağan yasasından ayırır. Parlamento üstünlüğü reddedilir. Anayasa mahkemesi, bu düalist yapıya uyarak anayasanın korunmasını sağlayan kurumsal araçlardan biridir.<sup>480</sup> Bu nedenle TROPER’in mümkün olmadığını ifade ettiği bağlantının kurulabileceğini ve hatta günümüzde artık kurulmuş olduğunu düşünmekteyiz.

BLACHER’in ifade ettiği gibi, Fransa Anayasa Konseyi’nin 23 Ağustos 1985 tarihli kararında kullandığı formülle söylersek, madem ki *“genel irade ancak anayasaya saygı çerçevesinde ifade edilebilir”*, o halde yasamayı elinde bulunduran

<sup>478</sup> Michel TROPER, “Quelques Remarques A Propos de l’Analyse de Dominique Rousseau”, in **La Légitimité de la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel**, sous la direction de Guillaume DRAGO, Bastien FRANÇOIS, Nicolas MOLFESSIS, Economica, 1999, s. 378.

<sup>479</sup> BLACHER, **Contrôle de...**, s. 188.

<sup>480</sup> RAWLS, **Siyasal...**, ss. 266-267.

halkın iradesinin anayasaya saygı gösterip göstermediğini ondan daha üst seviyedeki bir iradenin denetlemesi gerekecektir. Bu da ancak kurucu halkın iradesi olabilir. Onun ifade edilmesi görevi ise, söz konusu denetimi yapabilecek tek organ olan Anayasa Konseyi'nindir. Bu anlamda, Parlamento'da ezici bir çoğunlukla kabul edilen yasaların dahi anayasa yargısı tarafından iptal edilebilmesini sağlayan kurucu halk adına ve onun koyduğu ilkeler çerçevesinde denetim yapıyor olmasıdır.<sup>481</sup>

Aynı mantık ABD'nin kuruluşundan bu yana hâkim olmuştur. Yüksek Mahkeme 1803 yılında verdiği ünlü *Marbury v. Madison* kararında anayasaların, aslı kurucu iktidarın sahibi olan halkın siyasal iradesini ve kurduğu siyasal sistemin temel ilkelerini ortaya koyduğunu ve iktidarı kullanan organların yetkilerini çizdiğini belirtmektedir. Bu yetki dağılımını güvence altına almak için anayasa koyucu sıfatıyla halk (başka bir deyişle kurucu halk), yazılı bir anayasa yapma yolunu seçmiştir. Bu nedenle de yasamanın anayasaya aykırı işlemlerinin geçersiz olması da esas olmalıdır.<sup>482</sup>

Sonuç olarak diyebiliriz ki, Dominique ROUSSEAU'nun altını çizdiği gibi, “kurucu ilkeler, açıklandıkları tarihsel ana sıkışıp kalan ‘şeyler’ değildir.”<sup>483</sup> Bilakis değişmez madde ve ilkeler olarak karşımıza çıkan bu ilkeler, bir devletin temellerini oluşturması nedeniyle o devlet var olduğu sürece varlığını devam ettirmesi ve bu nedenle korunması gereken ilkelere dir. Söz konusu anayasal ilkeleri yorumlayarak anayasa yargıcı, yaşayan halkla zaman-ötesi halkın<sup>484</sup> daha önce koyduğu ilkeler arasında bir köprü kurmakta ve anayasal ilkeleri açıklamak suretiyle “güncel halkla” ve onun temsilcileriyle, “zaman-ötesi halkın” koymuş olduğu kurucu ilkeleri uyumlu hale getirerek egemenin “temsilcisi” niteliğine kavuşmaktadır.<sup>485</sup>

Anayasa mahkemesinin kurucu halkın temsilcisi ve sözcüsü olma rolüne çalışmamızın ikinci bölümünde daha ayrıntılı şekilde değineceğiz. Burada

<sup>481</sup> BLACHER, *Contrôle*..., s. 189.

<sup>482</sup> *Marbury v. Madison*, ss. 176-177, [http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0005\\_0137\\_ZO.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0005_0137_ZO.html) (07.05.2012 tarihinde ziyaret edildi.).

<sup>483</sup> Dominique ROUSSEAU, “La Démocratie Continue. Espace Public et Juge Constitutionnel”, *Le Débat*, no. 96, 1997, s. 87.

<sup>484</sup> Eugène ROSTOW, “The Democratic Character of Judicial Review”, *Harvard Law Review*, vol. 66, 1952, s. 197. Bizim bu çalışma kapsamında “kurucu halk” olarak adlandırdığımız kavram aslında iradesinin yaşadığı zamanın ötesine de etki etmesi nedeniyle “zaman-ötesi halk” olarak da adlandırılabilir. Bu nedenle ROSTOW’un adlandırmasını aynen kullanmakta sakınca görmedik.

<sup>485</sup> BLACHER, *Contrôle de*..., ss. 190-191.

bahsetmemizin sebebi TROPER'in iddiasının aksine, kurucu halkın iradesinin soyut bir varsayım olmaktan çıkarak somut hale getirilebileceğini ve bu nedenle güncel halkın türev kurucu iktidar iradesinin tek egemen olan kurucu halkın iradesiyle sınırlanabileceğini ortaya koymaktır.

Ancak bunun kadar önemli bir başka konu kurucu halkın niteliğidir. Aslı kurucu iktidarın demokratik şekilde oluşmaması halinde bir kurucu halkın varlığından bahsedilemez. Bu halde, türev kurucu iktidarı sınırlayan değişmez madde ve ilkelerin demokratikleştirici ve insan haklarını güvence altına alıcı işlevi sekteye uğramakta ve aksine yasama organı için keyfi sınırlamalar oluşturarak güncel halkın iradesinin demokrasiye aykırı şekilde sakatlanmasına neden olmaktadır. Yeni anayasadaki değişmez maddelerin insan hakları ve demokrasiyi koruyan düzenlemeler olarak hukuksal bir değere sahip olabilmesi için kurucu halkın demokratik şekilde oluşmuş ve işlemiş olması gerekir.

*(ii) Kurucu halkın demokratik olarak oluşma zorunluluğu*

Aslı kurucu iktidarın ortaya çıkabileceği çeşitli olasılıkların bulunduğunu yukarıda ifade etmiştik. Yeni bir ülkenin kurulması veya bir ülkenin bağımsızlığının kazanılmasından sonra olduğu gibi bir devrim veya darbe sonrasında da aslı kurucu iktidarla karşılaşılabilir. 20. yüzyılın sonunda başlayan ve günümüzde de örnekleri artarak görülen yeni bir tür anayasa yazım süreci de hukuk düzeninde bir kesinti oluşmaksızın yaşanan yeni anayasa yazımı sürecidir. Sayılan bu kuruculuk halleri arasında anayasa koyma yetkisi açısından işlevsel olarak bir fark yoksa da yaratılan yeni anayasanın meşruiyeti ve gerçek bir toplumsal sözleşme olup olmaması açısından aslı kurucu iktidarın niteliğinin belirleyici olduğunu düşünmekteyiz. Buna bağlı olarak, kanaatimizce, bir anayasanın içinde yer alan değişmez madde ve ilkelerin hukuksal değeri de aslı kurucu iktidarın demokratik olup olmamasına bağlıdır.

Günümüzde, değişmez madde ve ilkeleri de kapsayacak şekilde, anayasa maddeleri üzerinden anayasa yargısına daha fazla önem ve yetki verilmesine yönelik en önemli eleştirilerden bir tanesi anayasa koyucu iktidarın niteliğiyle ilgilidir. Bu eleştiriye göre anayasalardaki insan haklarıyla ilgili maddelerin varlık nedeni siyasal

elitlerin kendilerini koruma görevini anayasa mahkemesine vermiş olmasıyla ilgilidir. Şöyle ki, örneğin HIRSCHL'e göre, “*anayasaya uygunluk denetimi yetkisinin bir yargı organına verilmesi, son dönemde anayasalara ayrıntılı hak bildireleri eklenmiş olmasıyla yakından ilgilidir. Hem temel haklara anayasa metinlerinde yer verilmesi, hem de anayasa yargısının bu hakları korumak üzere benimsenmesinin temel nedeni, insan haklarının korunması konusundaki idealist düşünce değil, konularını tehlikede gören egemen siyasal elitlerin, onu anayasal güvencelerle sağlamlaştırma istekleridir. Yazara göre, seçmen kütlesindeki desteklerinin zayıflamakta olduğunu gören ve temel değerlerini ve çıkarlarını çoğunlukçu demokrasi mekanizmalarının belirsizliklerine terk etmek istemeyen siyasal elitler, bu çıkarların korunmasını daha kolay etkileyebileceklerini ümit ettikleri anayasa yargısına bırakmayı tercih etmişlerdir*”.<sup>486</sup> HIRSCHL'in belirttiği siyasal elitlerin “temel değerleri” ve “çıkarları” ifadeleri değişmez maddeler gibi parlamenter çoğunlukların dokunamayacağı bir alanı işaret etmektedir. Dolayısıyla yazara göre, değişmez madde ve ilkeler ile bunların ihlal edilmesini engelleyen anayasallık denetimi anayasal düzeni halkın belirlemesinden korkan siyasal elitlerin kendilerini güvenceye alma mekanizmasından başka bir şey değildir.

Kabul etmek gerekir ki HIRSCHL'in düşüncesinde doğruluk payı bulunmaktadır. Elbette her anayasa ve her değişmez madde için aynı durumun geçerli olduğunu iddia etmek mümkün değildir ancak anayasalardaki değişmez madde ve ilkelerin demokratik olmayan yollarla elde edilmiş olan anayasa-koyuculuk yetkisinin kötüye kullanılması yoluyla belirlenebileceği bir gerçektir. Bunun en açık örneklerinden biri 1982 Türkiye Anayasası'nın ikinci ve üçüncü maddelerinin anayasa-koyucu organın sivil kanadının<sup>487</sup> iradesinin dışında ve hatta ona karşı şekilde değişmez ilân edilmesidir. Ancak HIRSCHL'in düşüncesine tümünden katılmamız da mümkün değildir zira bu durumda Federal Almanya Anayasası'ndaki insanlık onurunu ve temel insan haklarını koruyan değişmez maddelerin de toplumsal iradeyi baskı altında tutmak için kullanıldığını kabul etmemiz gerekir. Oysa II. Dünya Savaşı'nda yaşanan acıların bir daha yaşanmasını engellemek amacıyla parlamento çoğunluklarını sınırlamayı hedefleyen söz konusu

---

<sup>486</sup> Ran HIRSCHL, **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**, Harvard University Press, Cambridge, 2007, s. 50.

<sup>487</sup> Gözden kaçırmamak gerekir ki aslı kurucu iktidarın bu kanadı da halkın iradesiyle değil, askerlerin iradesiyle oluşturulmuştur.

maddeler siyasal elitlerin çıkarlarını değil, bilakis, siyasal elitlerin kişisel ve keyfi iradelerine karşı halkı koruma işlevi görmektedir. Federal Almanya Anayasası'nın değişmez nitelikteki bir başka maddesi olan 20. madde de insan haklarına dayanan bu düzeni yıkmaya çalışanlara karşı halkın direnme hakkını düzenleyerek aslında bunu vurgulamaktadır.

Ancak, kanaatimizce, HIRSCHL'in haklı eleştirisi dikkate alınmalı ve kurucu halkın anayasa çalışmalarına doğrudan katılması ve etkili olması sağlanmalıdır. Kaldı ki anayasa-koyan iktidarın demokratik olması gerektiği 19. yüzyıldan beri ileri sürülen bir görüştür. Örneğin BORGEAUD daha 1893 yılında modern bir anayasayı, “*millet tarafından yapılan ve devleti iktidarın kötüye kullanımına karşı korumaya adanmış temel yasa*” olarak tanımlamaktadır.<sup>488</sup> Görüldüğü üzere yazar, anayasa tanımının en temel unsurlarından biri olarak millet tarafından yapılmış olmayı göstermektedir. Millet tanımı soyut bir kavram olduğuna ve bir varsayımın somut bir anayasa yazması mümkün olmadığına göre, yazarın kastettiğinin bizzat halk tarafından ve katılımcı yollarla yapılmış bir anayasa olduğu kanaatindeyiz. Yazarın, 19. yüzyıldaki demokrasi anlayışı içerisinde “millet”ten kastının “milletin temsilcileri” olabileceği de bir ihtimal olmakla birlikte bunun günümüzde artık yeterli olmadığını düşünmekteyiz. Zira çağımızdaki demokrasi anlayışına göre, BEAUD'nun ifade ettiği gibi, “*aslî kurucu iktidar temsilciler aracılığıyla değil, yalnızca halk tarafından ve doğrudan kullanılabilir*”.<sup>489</sup> Çünkü bir devletin kurulması aşamasında toplumun her bireyinin eşit söz sahibi olması gerekir. Bu, anayasanın modern bir toplum sözleşmesi olmasının zorunlu bir sonucudur. Günümüzün iletişim ve ulaşım teknolojileri halkın her bireyinin anayasanın yazımına katılımını mümkün kılmaktadır. Dolayısıyla katılımcı bir yazım süreci seçeneğinin tercih edilmemesinin hiçbir haklı gerekçesi olamaz.

EASTON'ın *equilibrium* olarak adlandırdığı dengenin, bir anayasal sistemin var olabilmesi için şart olduğundan yukarıda bahsetmiştik. Dengenin sağlanabilmesi için iktidarın toplumsal gruplara dağıtılması gerekir. Ancak bu dağıtım rastgele değil, olabildiğince eşit olmalıdır. Çünkü sadece iktidarın olabildiğince eşit dağıtıldığı

---

<sup>488</sup> Charles BORGEAUD, *Etablissement et Révision des Constitutions en Amérique et en Europe*, Paris, 1893, s. 29, aktaran: KLEIN, *Théorie et...*, s. 10.

<sup>489</sup> BEAUD, “La Souveraineté de...”, s. 1048.

dengeye anayasal *equilibrium* adı verilebilir. Zira ancak iktidarın mümkün olan en eşit şekilde dağıtıldığı hallerde özgürlük sağlanabilir.<sup>490</sup>

Aynı durumun anayasanın yazım süreci için de geçerli olmaması için hiçbir neden yoktur. Zaten modern anayasacılık anlayışı da, yeni anayasanın meşru olabilmesi için, demokrasiden ödünç aldığı fikirlerle, anayasa taslağının yazım sürecine halkın katılımının sağlanmasını gerektirmektedir.<sup>491</sup> Hatta tersinden söylersek, özgürlüklere saygı gösteren bir anayasa ancak farklı toplumsal gruplar arasında iktidarın dağıtıldığı ve böylece iç dengesi sağlanmış aslî kurucu iktidarlar tarafından hazırlanabilir. Çünkü aksi takdirde anayasa-koyucu iktidarın içerisinde yer almayan toplumsal grupların talep ettiği düzenlemeler yeni anayasaya yansımazdır. Bu da toplumsal barışı ve buna bağlı olarak özgürlükler rejimini olumsuz yönde etkileyecektir. Bir anayasadaki değişmez maddeler anti-demokratik usullerle, toplumsal oya dayanmaz, toplumsal sözleşme anlamında bir anayasa yapılmaz anayasaya konulmuş ise, bunun neticesi toplumsal çatışmaların körüklenmesidir.<sup>492</sup>

Sonuç olarak, anayasalardaki değişmezlik kurumunun anlamına ve değişmez madde ve ilkelerden beklenen demokratik yapının ve insan haklarının sürekliliğini sağlama işlevine zarar veren bu tür durumların yaşanmaması için anayasa-koyucu iktidarın demokratik şekilde oluşması bir zorunluluktur. Bu nedenle, değişmez maddelerin hukuksal değer taşıyabilmesi için kurucu halkın iradesi olabildiğince doğrudan şekilde anayasaya yansımaları ve yeni anayasa ile kurulan yeni devletin değişmez nitelikleri demokratik şekilde belirlenmelidir.

## (2) Çıktı meşruiyeti

Demokrasi, hükümetlerin aldığı siyasal kararların vatandaşların topluca önemsedikleri hedefleri etkili şekilde yerine getirememesi ve tehlikeleri bertaraf edememesi halinde boş bir ritüele dönüşecektir.<sup>493</sup> Çünkü demokratik meşruiyet

<sup>490</sup> EASTON, *The Political...*, s. 296.

<sup>491</sup> BROOKE, *Constitution-Making...*, s. 7.

<sup>492</sup> KÜÇÜK, “Yeni Anayasa Yapımı...”, s. 222.

<sup>493</sup> SCHARPF, “Economic Integration...”, s. 3.

ancak demokratik kurumların etkin çıktılar üretebildiği ölçüde mevcuttur.<sup>494</sup> Değişmezlik konusunda çıktı meşruiyeti, değişmez madde ve ilkelerin kendilerinden beklenen şekilde toplumsal uzlaşmayı ve bütünlüğü sağlayan normlar olarak kabul edilmesi halinde söz konusudur. Toplumun tüm kesimleri tarafından benimsenen ve bir birlik ve ortaklaşma alanı olarak görülen değişmez madde ve ilkeler, toplumun temelini oluşturan normlara dönüşecektir. İşte bu durumda söz konusu normların çıktı meşruiyetine sahip kabul olduğu kabul edilmelidir.

Çıktı temelli meşruiyette “halk için yönetim” bağlayıcı kararların vatandaşların ortak çıkarına hizmet etmesini zorunlu kılar.<sup>495</sup> Bir başka deyişle, nasıl ki girdi meşruiyeti için yöneten otoritenin işlemlerinin ayırım yapmadan toplumun tüm kesimlerinin ortak genel iradesini yansıtması bekleniyorsa, çıktı meşruiyeti için de yöneten otoritenin yaptığı işlemin sonucunun toplumun tüm kesimlerinin genel çıkarına olması gerekmektedir. Burada vurgu, çoğunluğun yönetsel yetkilerinin azınlıkların ve bireylerin aleyhinde kullanılması tehlikesine karşı koruma sağlayacak ve bu yetkilerin, yöneticilerin ve çevrelerindeki özel çıkarları için değil, vatandaşların ortak çıkarları için kullanılmasını temin edecek kurumsal düzenlemelerdedir. Söz konusu kurumsal düzenlemeler bireysel hakların anayasal güvencelerini, bağımsız bir yargıyı ve “denge ve fren” mekanizmalarının diğer yöntemlerini kapsamaktadır.<sup>496</sup>

Çıktı temelli bir meşruiyete ulaşmak için çıktının yüksek seviyeli yetkinliğine ihtiyaç duyulmaktadır.<sup>497</sup> Söz konusu yetkinlik, yukarıda girdi meşruiyetinin bir gereği olarak bahsettiğimiz vatandaşlar arası etkileşimle sağlanabilir. Çünkü vatandaşların siyasal karar alma süreçlerine katılımı daha iyi ve daha etkin siyasal çıktılar yaratacaktır.<sup>498</sup> Dolayısıyla aslında girdi ve çıktı meşruiyeti birbirinden bağımsız şekilde düşünülmemesi gereken, birbirlerini besleyen iki kavramdır. Girdinin meşru olması, çıktının da meşru olma olasılığını yükseltecektir.

Buna karşın, küçük bir olasılık da olsa, bazı hallerde girdi meşruiyetinden mahrum olan değişmez madde ve ilkelerin çıktı meşruiyetine sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Bu olasılığın hayat bulabilmesi ancak ve ancak demokratik olmayan

<sup>494</sup> BOEDELTE, CORNIPS, “Input and Output...”, s. 14.

<sup>495</sup> SCHARPF, “Interdependence and...”, s. 3. Vurgu SCHARPF’a aittir.

<sup>496</sup> SCHARPF, a. g. m., s. 4. Vurgu SCHARPF’a aittir.

<sup>497</sup> BOEDELTE, CORNIPS, “Input and output...”, s. 1.

<sup>498</sup> BOEDELTE, CORNIPS, a. g. m., s. 4.

aslî kurucu iktidarın ürettiği sonucun demokratik olmasına bağlıdır. Nitekim, her ne kadar aslî kurucu iktidar bazı yazarlar tarafından hukuk dışı ve yalnızca fiilî bir iktidar olarak kabul edilse de, aslî kurucu iktidarın hukuksallığını meşruluğuna bağlayan yazarlar da mevcuttur. Örneğin KUBALI, hükûmet darbelerinde ortaya çıkan aslî kurucu iktidarın yasal olmadığını kabul etmekle birlikte “saikinde, mevzuunda ve gayesinde şahsî olmayan, objektif olan, kamunun iyiliğini ve ahlâk ve hukukun egemenliğini gerçekleştirmeyi hedef tutan” hareketlerin hukuksal, ahlâkî ve meşru olduğunu savunmaktadır.<sup>499</sup> Buna bağlı olarak, bu tür bir hareket tarzına sahip olan bir aslî kurucu iktidarın belirlediği değişmez madde ve ilkelerin de hukuksal, ahlâkî ve meşru olduğu kabul edilmelidir.

Bu durumun en önemli örneklerinden biri Federal Almanya Anayasası'nın 79/3. maddesiyle belirlenen değişmezliktir. Bilindiği üzere, II. Dünya Savaşı'nın hemen ardından yazılan 1949 tarihli Almanya Anayasası'nın yazım süreci demokratik denemeyecek bir süreçtir. Almanya halkının hiçbir şekilde yazım sürecine dâhil edilmemesi ve yürürlüğe girişi için II. Dünya Savaşı'nı kazanan İtilaf Devletleri'nin onayına ihtiyaç duyulması sürecin anti-demokratik yapısını açıkça ortaya koymaktadır. Buna bağlı olarak çoğu yazar, 1949'daki gerçek iktidarın Almanya halkı değil, işgal güçleri olduğunu düşünmektedir.<sup>500</sup> İtilaf Devletleri'nin savaşa ve milyonlarca insanın ölümüne neden olan nazizm benzeri faşist akımların bir daha iktidara gelememesi ve gelmeleri halinde dahi anayasal hakları ihlal edememeleri için buldukları hukuksal çözüm Anayasa'daki insan haklarına ve devletin yapısına dair bazı maddelerin değişikliğini yasaklamak olmuştur. Görüldüğü üzere Almanya'da değişmezlik kurumunun kaynağı kurucu halk değil, dış güçlerdir. Ancak buna karşın hem Nazi yönetimi nedeniyle, hem de Nazi yönetiminin neden olduğu büyük savaş nedeniyle ağır kayıplar veren Almanya halkı, bir daha aynı acıları yaşamamak için getirilen söz konusu anayasa değişikliği yasaklarını kabul etmiş ve benimsemiştir. Günümüze kadar bu yasakların kaldırılması için herhangi bir girişim yaşanmamış ve temel hak ve özgürlüklerle devletin federal yapısı tüm toplumun üzerinde ortaklaştığı ve birlik bilinci yaratan unsurlar olagelmıştır. Buna bağlı olarak Federal Almanya Yüksek Mahkemesi de değişmezlik kurumunu gözeten ve koruyan bir rol üstlenmiş ve son olarak,

<sup>499</sup> KUBALI, *Anayasa Hukuku*..., s. 99.

<sup>500</sup> KLEIN, *Théorie et...*, s. 110.



çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntısıyla ele alacağımız Lizbon Kararı olarak bilinen kararda da uygulamıştır.

Sonuç olarak denebilir ki çıktı meşruiyeti, olağan şartlarda, yasa ve kuralların sorun çözme niteliğiyle ilgilidir ve bunu sağlamak üzere çeşitli kurumsal düzeneklere sahiptir.<sup>501</sup> Buna bağlı olarak değişmez madde ve ilkeler açısından çıktı meşruiyeti ancak toplumda bütünlük fikri yaratan, üzerinde uzlaşma sağlanabilmiş, devletin temel değerlerini işaret eden ve çoğunlukların keyfi işlemlerine karşı hak ve özgürlükleri güvence altına alan madde ve ilkeler için geçerli olabilir. Değişmez madde ve ilkeler yoluyla bu etkileri yaratacak olan kurumsal düzenek ise anayasa maddelerini demokratik bakış açısıyla yorumlama yetkisi olan anayasa mahkemesidir.

### (3) Sınama meşruiyeti

Genel olarak EASTON ve SCHARPF'in düşüncelerine katılmakla birlikte değişmezlik kurumu bakımından girdi ve çıktı meşruiyeti teorisinin eksik kaldığını düşünmekteyiz. Yukarıda aktardığımız üzere, kanaatimizce, günümüzde artık yeni bir anayasanın yazılması ve içerisinde değişmez madde ve ilkelerin belirlenmesi işinin ancak o ülkedeki şartların el verdiği ölçüde en yoğun ve etkin şekilde hayata geçecek bir halk katılımıyla gerçekleşmesi halinde bir meşruiyetten söz edilebilir. Bu da çağdaş demokrasi anlayışı uyarınca, girdi meşruiyetinin değişmez madde ve ilkelerin hukuksal olarak değer kazanabilmesi için olmazsa olmaz bir kural haline geldiği anlamına gelmektedir.

Ancak bu, 20. yüzyılda girdi meşruiyeti olmaksızın kabul edilip yürürlüğe girmiş anayasalardaki değişmez maddelerin hukuksal değerden mahrum olduğunu kabul ettiğimiz anlamına gelmemektedir. Nitekim hemen yukarıda bahsettiğimiz şekilde girdi meşruiyetini haiz olmayan ancak çıktı meşruiyetine sahip değişmez madde ve ilkeler de mevcuttur. Buna ek olarak, kanaatimizce, oluşturulduğu anda çıktı meşruiyeti elde edememiş olmasına karşın zaman içerisinde benimsenmiş ve üzerindeki uzlaşma sağlanmış değişmez madde ve ilkeler de hukuksal değere

---

<sup>501</sup> SCHMIDT, "Democracy and...", s. 4.

sahiptir. Bu değişmez madde ve ilkelerin meşruyeti yapılma veya sonuçlanma aşamasında değil, uzun yıllar boyunca yaşanan uygulamanın sonucunda oluşmuştur.

Zaman içerisinde meşruyet kazanan anayasal normlara öncelikle değişmez maddeler dışından örnekler verilebilir. Örneğin bir anayasa değişikliği, usulen sakat şekilde kabul edilmiş olsa dahi bir kez kabul edildikten sonra yaygın şekilde kullanılması ve kullanılırken sorgulanmaması ile meşruyet kazanabilir. Değişmez madde niteliğine sahip olmayan ancak kullanımında süreklilik sağlanarak meşru hale gelmiş anayasa normuna en açık örnek Fransa'nın 1958 Anayasası'nda 1962 yılında gerçekleştirilen değişiktir. Cumhurbaşkanı Charles de GAULLE tarafından 28 Ekim 1962 tarihinde Fransa Anayasası'nın 89. maddesinde belirtilen usule aykırı şekilde düzenlenen referandumda Fransa Cumhurbaşkanı'nın genel oyla seçilmesine yönelik bir anayasa değişikliği %62,3 oy oranıyla kabul edilmiştir. DUVERGER'ye göre referandumun olumlu şekilde sonuçlanması temel bir usulsüzlüğün üstünü örtmüştür.<sup>502</sup> Anayasa değişikliğinin önde gelen muhaliflerinden François MITTERAND dahi "89. maddeyle birlikte, halk tarafından sürekli ve onaylanmış uygulama da artık bir değişiklik yöntemi olarak kabul edilebilir"<sup>503</sup> diyerek uygulamanın sürekliliğinin usulsüzlüğü önemsizleştirdiğine işaret etmiştir. Fransa Anayasa Konseyi de yapılan iptal başvurusunu, değişikğin halkoyuyla kabul edilmesi ve dolayısıyla millet egemenliğinin doğrudan ifade edilmiş olması gerekçesiyle reddetmiştir.<sup>504</sup>

KLEIN, 1962 değişikliğini ve buna bağlı olarak MITTERAND'ın söylemini iki unsurla açıklamıştır: İlki, MITTERAND'ın "sürekli uygulama" söyleminden çıkan "geleneksel" gerekçedir. İkincisi ise, "halk tarafından onaylanmış uygulama" söyleminden çıkan "meşrulaştırıcı" gerekçedir. Bu söylem, yazara göre, DUVERGER'nin düşüncesini ikinci bir seviyeye yükseltmiştir. Bu ikinci seviye, halk tarafından meşrulaştırma fikri içerisinde köklenmektedir. Bir başka deyişle,

<sup>502</sup> Maurice DUVERGER, **Les Constitutions de la France**, PUF, 11<sup>e</sup> éd., Paris, 1987, s. 110.

<sup>503</sup> **Pouvoirs**, no: 45 (Nisan 1988), aktaran: KLEIN, **Théorie et...**, s. 85.

<sup>504</sup> Fransa Anayasa Konseyi'nin 62-20 DC numaralı ve 06.11.1962 tarihli kararı, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1962/62-20-dc/decision-n-62-20-dc-du-06-novembre-1962.6398.html> (23.07.2013 tarihinde ziyaret edildi.).

değişiklik süreci usulsüzlükle sakatlanmış olsa da, halkın onaylaması söz konusu usulsüzlüğü örtmektedir.<sup>505</sup>

EROĞUL da meşruiyetin sonradan kazanılabileceğini göstermek için aynı örneği vermektedir. Yazara göre De GAULLE hukuk dışı bir işlem yapmış ve Anayasa'yı *asli* kurma yetkisini kullanarak halka<sup>506</sup> değiştirtmiştir. Bu böyle olmakla beraber, Fransız düşünürlerin çoğunluğu bu değişikliğin memleket hayrına olduğu görüşündedir.<sup>507</sup> Bu yüzden halk cumhurbaşkanının genel oyla seçilmesi sürecini hem referandumda kabul etmiş, hem de zamanla benimsemiş ve uygulamıştır. Günümüzde Fransa siyasi sisteminin en önemli niteliklerinden birini cumhurbaşkanının halk tarafından genel oyla belirlenmesi oluşturmaktadır.

Aynı meşruiyet kazanma yönteminin bütün bir anayasa ve değişmez madde ve ilkeler için de gerçekleşebileceği kanaatindeyiz. Örneğin 1949 tarihli Almanya Anayasası'nın yapım sürecinde işgal güçlerinin varlığından kaynaklanan bir demokrasi açığı bulunsa da Anayasa demokratik meşruiyet dışında yer alan hiçbir organa yer vermeyerek, bütün siyasi işleyişi evrensel demokratik ilke ve kurumlara dayandırdığından süreç içinde bu açığı kapatabilmiştir.<sup>508</sup> Bu nedenle denebilir ki, ne yapımı aşamasında ne de kabul sürecinde halkın hiçbir katılımının olmadığı, Anayasa'yı hazırlayan temsilcilerin de özgür iradelerini ortaya koyamadığı 1949 Anayasası, içerdiği değişmez maddelerle birlikte büyük bir demokratik açıkları yürürlüğe girmiş ve ancak içeriğin ve uygulamanın demokratikliği sayesinde bir meşruiyet kazanmıştır.

1921 tarihli Türkiye Anayasası'nda yapılan 29.10.1923 tarihli anayasa değişikliği yoluyla ilan edilen cumhuriyet rejiminin de, o günkü şartlar altında ne girdi, ne de çıktı meşruiyetinden faydalanmadığı düşünülebilir. Girdi meşruiyetinin olmamasının nedeni, anayasa değişikliğinin yapıldığı 1923 yılında Cumhuriyet'in kurucusu Mustafa Kemal Atatürk dışında ne yönetici sınıfta ne de toplumsal kesimlerde güçlü bir cumhuriyetçi hareketin olmamasıdır. Yüzyıllar süren bir monarşinin ardından cumhuriyet rejimine geçilmesinin arkasındaki neredeyse tek

<sup>505</sup> KLEIN, *Théorie et...*, s. 85.

<sup>506</sup> Yazarın burada, Fransa Anayasa Konseyi'nin düşüncesine paralel olarak, referanduma "asli kurucu iktidarın ortaya çıkması" anlamını yüklediği anlaşılmaktadır.

<sup>507</sup> EROĞUL, *Anayasayı Değiştirme...*, s. 24. Vurgu EROĞUL'a aittir.

<sup>508</sup> CAN, *Kurucu İktidar...*, s. 130.

neden Mustafa Kemal Atatürk'ün bireysel iradesidir.<sup>509</sup> 1924 Anayasası'nın ilk maddesinde “*Türkiye Devleti bir cumhuriyettir*” demek suretiyle söz konusu irade korunmuş ve 102/son maddesi uyarınca “*İşbu kanunun şekl-i devletin cumhuriyet olduğuna dair olan birinci maddesinin tâdil ve tağyiri hiçbir suretle teklif dahi edilemez*” hükmüyle söz konusu maddenin değiştirilmesi yasaklanmıştır. 1924 Anayasası'nın seçilmiş bir parlamento tarafından hazırlanıp kabul edilmesi nedeniyle gerçek bir aslî kurucu iktidar tarafından yazılıp yazılmadığı tartışmasını bir kenara koyarsak, söz konusu değişmez madde konusunda, o günün şartları altında dahi ne bir girdi, ne de çıktı meşruiyeti olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim Cumhuriyet'in ilk yıllarında devrimlere direniş ve Osmanlı İmparatorluğu'nun yeniden kurulması talepleri pek çok kesim tarafından dile getirilmekteydi. Ancak zamanla, yapılan devrimler ve seçim sisteminin yerleşmesiyle cumhuriyet rejimi halkın büyük bir kesimi tarafından benimsenmiş ve zamanla monarşi talepleri azalmış ve yok olmuştur. 1961 ve 1982 Anayasaları da cumhuriyet rejiminin değişmezliğini tekrarlamak suretiyle değişmezliğe süreklilik kazandırmıştır. Günümüzde artık cumhuriyet halkın tüm kesimleri tarafından üzerinde uzlaşılan ve ortaklaştırıcı bir ilke haline gelmiştir. Dolayısıyla devletin cumhuriyetçi yapısı uygulanmak suretiyle benimsenmiş ve meşruiyet kazanmıştır. Buna bağlı olarak da hukuksal değerinin olması gerekir.

Sonuç olarak, sınama meşruiyetini halkın ortak değerlerinin sonradan benimsenmesinin bir hali olarak kabul etmekte ve değişmez maddelerin hukuksal değer kazanmasının bir yolu olarak görmekteyiz.

Ancak sınama meşruiyetinin anti-demokratik aslî kurucu iktidarlar tarafından kendi meşruiyetlerini sağlamanın bir aracı olarak kullanılabilme ihtimalinin de yadsınmaması gerekir. Örneğin, bir hükûmet darbesi meşrulaştırılmaya çalışılırken, kurulacak yeni düzenin halk tarafından meşru kabul edilmesi için genel kabul gören kavramların yeni anayasaya yerleştirilmesi mümkündür. ÖZSOY, 12 Eylül 1980 hükûmet darbesini gerçekleştiren Kenan Evren ve arkadaşlarının arkalarına almak için ilk günden büyük çaba gösterdiği Atatürkçülük'ün 1982 Anayasası'nın temel meşrulaştırıcı ideolojik dayanağı olduğunu ifade etmektedir.<sup>510</sup> Hatta buna bağlı

<sup>509</sup> Bknz: İlber ORTAYLI, İsmail KÜÇÜKKAYA, *Cumhuriyet'in İlk Yüzyılı 1923-2023*, 6. basım, Timaş, İstanbul, Ağustos 2013, ss. 111-113.

<sup>510</sup> ÖZSOY, *1982 Anayasası'nın...*, s. 42.

olarak, Atatürk milliyetçiliği kavramı, içeriği belirsiz ve hukuksal bir kavram olmamasına rağmen, Millî Güvenlik Konseyi'nin isteğiyle, Anayasa'nın değişmez ikinci maddesinde Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılmıştır. Böylece darbeyi gerçekleştirenler, halkın üzerinde uzlaştığı bir kavram olduğu iddiasıyla Atatürkçülük kavramını değişmez ilke ilân etmiş ve bu kavramın meşruiyeti üzerinden kendi eylemlerini meşrulaştırmak yoluna gitmeyi denemiştir. Ancak bir kavramın adında üzerinde uzlaşılan bir kurucu liderin adının geçmesi demokratik meşruluk için yeterli sayılamaz. Hele ki, söz konusu kavram kullanılmak suretiyle kurulan yeni düzende toplumun çeşitli kesimlerine ayrımcılık uygulanması, üzerinde uzlaşılması gereken değişmez maddenin, tersine bir etkiyle, toplumsal gerilime yol açan bir öge olmasına neden olmuştur. Dolayısıyla 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde ifade edilen hukuk dışı kavramların bir sınama meşruiyetine sahip olmadığını ve buna bağlı olarak da değişmezliklerinin hukuksal değer taşımadığını düşünmekteyiz.

### *c. Bir çağdaş demokrasi unsuru olarak değişmezlik*

Değişmez maddelerle ilgili günümüzdeki en yoğun tartışma “millet egemenliğinin tecelli ettiği parlamento iradesinin nasıl olup da başka bir irade tarafından sınırlandırılabilirdiği” meselesidir. Parlamantonun seçimle gelen milletvekillerinin iradesinin sınırsız olmasının demokrasinin bir gereği olduğunu düşünen bazı yazarlar bu nedenle, çalışmamızın başında ifade ettiğimiz üzere, değişmez maddelerin gerçek bir sınırlama teşkil edemeyeceğini ve yalnızca bir temenniden ibaret olduğunu belirtmektedir.

Ancak sınırlandırılmayan parlamentoların nasıl vahim sonuçlar doğurabildiği II. Dünya Savaşı sırasında tüm dünya kamuoyu tarafından acı bir deneyimle görülmüştür. 18. yüzyılın sonunda monarşiye karşı verilen mücadelenin sonucunda temel hak ve özgürlüklerin koruyucusu olarak görülen meclisler demokrasinin oluşturulmasında önemli bir unsurdur. Ancak meclis iradesinin sınırlandırılmaması halinde temel hak ve özgürlüklerin bizzat meclisler eliyle yok edilebildiği de tarihsel

bir gerçeklik olarak karşımızda durmaktadır.<sup>511</sup> Çünkü MONTESQUIEU'nün ünlü sözünde belirttiği üzere “*kendisine yetki verilen her insan bu yetkiyi kötüye kullanmaya eğilimlidir*”. Yetkiyi elinde bulunduranın halkın oylarıyla seçilen milletin vekilleri olması bu kuralı bozmayacaktır. Bu nedenle, yine Kanunların Ruhu'nun ünlü yazarının belirttiği gibi iktidarın kötüye kullanımını engellemek için “*iktidarın bizzat iktidarı durdurması lâzımdır*”.<sup>512</sup> Günümüzde bu “karşı iktidarın” anayasa mahkemesi olduğunu söyleyebiliriz. Olağan şartlarda anayasa mahkemesi yasamanın<sup>513</sup> anayasaya aykırı işlemlerini iptal etmek suretiyle demokrasiye ve temel hak ve özgürlüklere saygılı davranması yönünde onu zorlayabilir. Ancak anayasayı da değiştirme yetkisine sahip bir yasama organına karşı anayasa mahkemesinin demokrasi ve temel hak ve özgürlükleri korumak adına elinde tek bir araç kalmaktadır: Değişmez maddeler.

#### (1) Değişmezlik ve egemenlik tartışması

Değişmez madde ve ilkelerle ilgili temel mesele, kanaatimizce, kimin egemen olduğu meselesidir. Tek egemenin millet olduğunu ve iradesini milletin temsilcileri olan milletvekilleri ve dolayısıyla parlamento aracılığıyla ortaya koyduğunu iddia edenler, doğal olarak parlamentonun iradesinin üzerinde sınırlandırıcı bir iradeyi kabul etmeyecektir. Ancak, bizim de katıldığımız görüşe göre bu düşünce arkaik bir demokrasi anlayışının yansımasıdır ve yukarıda belirttiğimiz üzere son derece acı sonuçlara yol açmıştır. Bu nedenle biz, tek gerçek egemenin ülkeyi kuran ve anayasayı yazan aslî kurucu iktidar olduğunu kabul etmekteyiz. Parlamento, egemen tarafından kurulan ve egemenliği ifade eden organlardan yalnızca biridir; aslî kurucu iktidarın iradesiyle ve egemenliği kullanan diğer organlarla sınırlıdır. Aslî kurucu iktidarın demokratik şekilde oluştuğu hallerde egemen kurucu halk, anayasa mahkemesi aracılığıyla, parlamentonun, demokrasi ve temel hak ve özgürlüklerle

---

<sup>511</sup> Adolf HITLER ve başında bulunduğu Nasyonal Sosyalist Parti'nin demokratik yollarla parlamentoda çoğunluğu sağladıktan sonra II. Dünya Savaşı'na sebep olacak baskıcı politikalarının nasıl engellenemediğine ilişkin olarak özellikle bkz: Jane CAPLAN, **Hitler Almanyası 1933-1945**, çeviren: İdem ERMAN, İnkılâp, İstanbul, 2012, ss. 112-134.

<sup>512</sup> Charles Louis de Secondat Baron de MONTESQUIEU, **Kanunların Ruhü Üzerine**, çeviren: Fehmi BALDAŞ, Seç Yayın Dağıtım, İstanbul, 2004, s. 155.

<sup>513</sup> Aslında, disiplinli partiler ve parlamenter rejimin özellikleri nedeniyle bu noktada “yürütmenin” demek daha doğru olacaktır.

ilgili değişmez madde ve ilkelerle konulan sınırları aşmasını engelleyebilir. Bu da anayasalardaki değişmezlik kurumunu demokrasinin güvencesi haline getirir.

*(a) Halk egemenliğinin sınırlanması ihtiyacı*

Jean-Jacques ROUSSEAU'nun düşüncesine göre “*egemen varlık, kendini kurmuş olan kişilerden oluştuğu için, bu kişilerin çıkarlarına aykırı çıkarı yoktur ve olamaz; bu yüzden, egemen gücün, üyelerine güvence göstermesi gerekmez; çünkü bir bütünü, bir bedenin, üyelerine zarar vermeyi aklından geçirmesi düşünülemez*”.<sup>514</sup> Buna karşın yazar, yurttaşlara “egemen varlık istediğinde, Devlet'e yapabilecekleri hizmetleri hemen yerine getirmek” görevi yüklerken egemen varlığın da yurttaşları “topluluğa yararlı olmayan hiçbir angaryaya zorlayamayacağını”<sup>515</sup> düşünmektedir. Bu demektir ki, genel iradenin her zaman doğru ve üstün olduğunu iddia eden ROUSSEAU dahi egemenliğin keyfi şekilde kullanılması ihtimaline karşı bir sınır koyma ihtiyacı hissetmiştir.

19. yüzyılın liberal hareketlerini önemli ölçüde etkileyen siyasetçi ve yazar Benjamin CONSTANT da, diğer çağdaşları gibi, Jean-Jacques ROUSSEAU'dan etkilenmiştir. İçerik olarak, Rousseau'cu egemenlik anlayışını kısmen benimsemiştir. Yazara göre egemenlik halkındır ve öyle kalmalıdır ancak, keyfiliğe kaçabileceği gerekçesiyle sınırlı olmalıdır.<sup>516</sup>

Halk egemenliğini sınırlayan en önemli unsur bireysel haklara gösterilmek zorunda olan saygıdır. CONSTANT'a göre “insanın varoluşunda, zorunlu olarak, bireysel, bağımsız ve tüm sosyal baskılardan ayrı bir haktan kaynaklanan bir parça” bulunmaktadır.<sup>517</sup> Bir başka deyişle yazar, doğuştan gelen ve hiçbir baskıya maruz kalmaması gereken temel hakların varlığını kabul etmektedir. Bu hakların baskıya maruz kalmaması içinse hükümetlerin kullandığı egemenliğin sınırlandırılması gerekmektedir.

<sup>514</sup> Jean-Jacques ROUSSEAU, **Toplum Sözleşmesi ya da Siyasi Hukuk İlkeleri**, çeviren: M. Tahsin YALIM, Betik, İstanbul, 2004, s. 32.

<sup>515</sup> ROUSSEAU, **a. g. e.**, s. 51.

<sup>516</sup> Jean-Philippe FELDMAN, “Le Constitutionnalisme selon Benjamin Constant”, **Revue Française de Droit Constitutionnel (RFDC)**, no. 76, 2008, ss. 685-686.

<sup>517</sup> CONSTANT, **Ecrits Politique...**, ss. 312- 313.

Yönetenlerin halktan aldıkları yetkiyle egemenliği kullandığı ve egemen olanın aslında onlar değil de genel irade olduğu söylemi, yazara göre, iyi niyetli ancak yetersiz bir söylemdir. Zira egemenliğin sınırlandırılmaması halinde bireyleri hükûmetlerden koruyacak hiçbir yol kalmamaktadır. Hükümetleri genel iradeye tâbi kılma söylemi boşunadır. Her zaman bu iradeyi onlar dikte eder ve tüm önlemler sözde kalır.<sup>518</sup>

Halkın egemenliğinin nasıl sınırlandırılacağı sorusuna CONSTANT'ın önerdiği çözüm yine halkı işaret etmektedir: *“Egemenliğin sınırlandırılması öncelikle tüm kabul edilmiş gerçekleri güvenceye alan güç tarafından, halk tarafından; sonrasında ise daha kesin şekilde erklerin dağıtılması ve dengelenmesi yoluyla güvenceye alınacaktır.”*<sup>519</sup> Bir başka deyişle, kamuoyu egemenliğin sınırlı olduğunu ve öyle kalması gerektiğini anladığı zaman kimse bu aksiyomun aksini iddia edemeyecektir. Belirtmek gerekir ki CONSTANT, güvenceyi öncelikle kamuoyunda, ancak ondan sonra *“kuvvetler ayrılığında”* bulmaktadır.<sup>520</sup>

Ancak CONSTANT'ın düşüncesinde halkın hangi yöntemlerle egemenliğin kullanımını sınırlayacağı, kanaatimizce, açık değildir. Bizce sınırlandırmanın yöntemlerinden biri pekâlâ değişmez maddeler olabilir. Çünkü demokratik şekilde belirlenmesi halinde, bu sınırlama maddelerini anayasaya yerleştiren de aslî kurucu iktidar sıfatıyla hareket eden halktır. Bir kez değişmez madde ve ilkeler belirlendikten sonra da hak ve özgürlükleri ihlal edecek anayasa değişikliklerini engelleyecek güçse, CONSTANT'ın belirttiği üzere, kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanarak, yargı erkidir.

*(b) Parlamentonun sınırlandırılabilir bir iradeye sahip olmasının gerekçeleri*

Anayasadaki değiştirilemez maddeler, aslî kurucu iktidar tarafından ileride kurulacak olan türev kurucu iktidarı, bir başka deyişle gelecekteki parlamentoları sınırlamak amacıyla konulur. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz üzere, parlamentonun sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı her zaman bir tartışma konusu olmuştur. Bu

<sup>518</sup> CONSTANT, *Ecrits Politiques*..., s. 316.

<sup>519</sup> CONSTANT, *a. g. e.*, s. 321.

<sup>520</sup> FELDMAN, *“Le Constitutionnalisme...”*, s. 699.



tartışma, ROUSSEAU'nun öne sürdüğü halk egemenliği ve doğrudan demokrasi ilkelerinin Fransız Devrimi'nin ardından rafa kaldırılarak yerini SIEYES'in ortaya attığı millet egemenliği kavramına bırakmasından sonra daha da karmaşık bir boyut almıştır.

Fransız Devrimi'nin hemen ardından 7 Eylül 1789'da Fransız Parlamentosu'nda konuşan devrimin mimarlarından SIEYES, parlamenter rejimi tarif ederken bu rejimde “halkın, temsilcileri aracılığıyla konuştuğunu ve eyleme geçtiğini” ifade etmektedir ve ona göre “*Millî Yasama'nın sesi, halkın sesinden başka bir şey değildir.*”<sup>521</sup> Bu düşünceye göre temsilcilerin iradesi, halkın iradesiyle “aynıdır”.<sup>522</sup>

Bu teoriye istinaden ünlü Fransız hukukçusu Carré de MALBERG, parlamentonun egemen niteliğine yükseldiğini ve hatta gerçek egemen haline geldiğini ifade etmektedir. Çünkü yazara göre, Devrim'in ortaya çıkardığı temsilî sistem millet egemenliği ilkesinden kaynaklanmaktadır ve sonuç olarak, parlamenter egemenlik haline gelmektedir. “*Parlamento, iki kere egemendir: Egemendir çünkü diğer kurumların karşısında genel irade gücü olan halkı temsil etmektedir; ve ayrıca, vatandaşlar karşısında da egemendir; çünkü halk genel iradesini ancak ve ancak temsilcilerin meclisi aracılığıyla ifade edebilmektedir.*”<sup>523</sup>

Bu düşünceye göre, seçilmiş meclis, gerçek egemen niteliğine sahip bir organ olarak sürekli bir aslî kurucu iktidar konumundadır. Nitekim Fransa'nın 24 Haziran 1793 tarihli Anayasası'nın başlangıç kısmını oluşturan İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nin 28. maddesinde de “*Bir halk her zaman anayasasını gözden geçirme, yeniden şekillendirme ve değiştirme hakkına sahiptir. Bir nesil, gelecek nesilleri koyduğu yasalara tabi kılamaz.*” denilmektedir. Dolayısıyla parlamento anayasayı kısmen veya tümünden değiştirirken hiçbir kuralla bağlı kabul edilmemiştir. Bu özellik, aslî kurucu iktidarların özünü oluşturan niteliktir.

<sup>521</sup> Fransız Parlamentosu arşivleri, cilt VIII, s. 592, aktaran: CARRE DE MALBERG, *La Loi...*, s. 17.

<sup>522</sup> Ancak belirtmek gerekir ki, SIEYES'in teorisinde temsilciler halkın emredici vekâletiyle bağlı değildir; bilakis, iradelerini ifade etmek bakımından özgürdür. Dolayısıyla aslında yazarın bahsettiği irade aslında halkın değil, parlamenterlerin iradesidir. Zaten SIEYES eserlerinde belli bir zamanda yaşayan insan topluluğuna -temsilcileri belirlemesi dışında- hukuksal bir değer vermemiştir. Bu nedenle yazarın burada kullandığı “halk” teriminin, soyut “millet” kavramı olarak anlaşılması daha doğrudur.

<sup>523</sup> CARRE DE MALBERG, *a. g. e.*, ss. 21-22.

Bu düşüncenin takipçisi olan KÜÇÜK de “değiştirilmesi yasak hükümlerin halk egemenliği ya da<sup>524</sup> millî egemenlik ilkeleriyle çeliştiğini” iddia etmektedir. Yazara göre “egemenlik kayıtsız şartsız milletindir” sözüyle anayasayı egemenlik ve iktidarın gerçek sahibine karşı korumaya çalışmak ve bazı maddeleri değiştiremez kılmak çelişkili bir durumdur.<sup>525</sup> Görüldüğü üzere yazar millet kavramıyla, yalnızca anayasayı değiştirme iktidarına sahip parlamento özdeşleştirmektedir.

Ancak bu düşünceye çeşitli şekillerde karşı çıkmak mümkündür. Öncelikle SIEYES’in bu düşüncesi, Fransız Devrimi’nin esin kaynağı olan *Contrat Social* eserinin yazarı ROUSSEAU’nun demokrasi düşüncesine tamamen terstir. ROUSSEAU’nun demokrasi anlayışında egemenliğin kullanımı için halk ne ikame, ne de temsil edilebilir.<sup>526</sup> Halk egemenliği düşüncesinin temelinde her yurttaşın egemenliğin bir parçasına sahip olması ve o yurttaşın o egemenlik parçasını bizzat kullanması yatmaktadır. ROUSSEAU bu düşüncesini şu şekilde ifade etmektedir: “Egemenlik hangi nedenlerle başkasına devredilemezse, yine aynı nedenlerle temsil de edilemez; egemenlik başlıca genel iradeye dayanır; genel irade ise temsil edilemez: Ya aynı genel iradedir ya da değildir, ikisinin ortası olamaz. Dolayısıyla, milletvekilleri ulusun temsilcisi değildirler ve olamazlar.”<sup>527</sup>

Normatif açıdan bakıldığında da parlamento, yetkileri ve sınırları anayasada belirtilmiş bir organdır. Buna bağlı olarak, sınırlanmış bir egemen olamayacağından, parlamentonun egemenliğinden bahsetmek de mümkün değildir. Anayasada egemenliği kullanan organlardan biri olarak sayılması veya hatta egemenliği kullanan tek organ olarak tanınması bile bu durumu değiştiremez. Nitekim BEAUD da anayasal metinlerde ifade edilen egemenliğin ancak *sözde egemenlik* olabileceğini çünkü “anayasanın içinde” tanımlanmış ve dolayısıyla sınırlanmış olduğunu belirtmektedir.<sup>528</sup>

Paul BASTID’in Fransa’nın 1946 Anayasası’nı kuran Meclis’e yönelik olarak yaptığı konuşma bu konuda açıklayıcıdır: “*Millet egemenliğiyle halk egemenliği*

<sup>524</sup> Yazarın halk egemenliğiyle millî egemenliği “ya da” bağlacıyla bağlamasından ikisini birbirinin yerine kullandığı izlenimi doğmaktadır. Ancak bu ikisi arasındaki fark oldukça büyük olduğu gibi her biri değişmez maddeler konusunda, çalışmamız kapsamında ispatlamaya çalıştığımız gibi (Bknz: Referandum bölümü), son derece farklı sonuçlara neden olmaktadır.

<sup>525</sup> KÜÇÜK, “Yeni Anayasa Yapımı...”, s. 225.

<sup>526</sup> CARRE DE MALBERG, *La Loi...*, s. 18.

<sup>527</sup> ROUSSEAU, *Toplum Sözleşmesi...*, s. 133.

<sup>528</sup> BEAUD, “Le Souverain”, s. 38.

arasındaki fark, sürekli olanla geçici olan arasındaki farktır. Millet, tarihsel devamlılığı, nesillerin dayanışmasını anlatır... ‘Halk egemenliği’ ifadesi ise aksine, bir seçmen kitlesinin belirli bir saatte ortaya çıkan düşüncesidir... Herkes için, tek kelimeyle, millet halktan daha büyük bir anlam ifade eder.”<sup>529</sup> TURPIN de milleti şu şekilde tanımlamıştır: “Millet, sadece belli bir zamanda yaşayan vatandaşları değil, ölmüş ve doğacak olanları da kapsayan bir yapı, bir varsayımdır.”<sup>530</sup> DUGUIT’ye göre de millet, onu oluşturanların toplamından daha farklı biridir ve kendi bilinci ve iradesi vardır.<sup>531</sup>

İNCEOĞLU’nun ifade ettiği üzere, “kaynağı ister ulus<sup>532</sup>, ister halk egemenliği anlayışına dayansın, günümüzde, demokrasi olgusu her şeyden önce toplumun ‘temsilcilerini seçmesi’ yoluyla, diğer bir deyişle seçim yoluyla işbaşına gelen temsilciler aracılığı ile gerçekleşmektedir.”<sup>533</sup> Ancak milletvekillerinin yalnızca belirli bir tarihte, belirli bir vatandaş topluluğu tarafından seçilmiş kişiler olduğu düşünüldüğünde, bu vatandaş topluluğunun milletin tamamını oluşturmaması nedeniyle parlamentonun da millet iradesini temsil etmediğini iddia etmek mümkündür. Hatta temsilî rejimin gerçek demokrasiyi tahrip eden ve gerçek egemen olan halkın yerine elit bir sınıfın haklarının savunulmasını sağlayan bir sistem olduğu yönünde güçlü görüşler de mevcuttur.<sup>534</sup>

Kaldı ki, parlamentoyu seçen halkın egemenliği de sınırsız değildir; adaletin ve kişi haklarının sınırlarıyla çevrilidir. Tüm bir halka da ait olsa, bu irade haksızı haklı hale getiremez. Bir milletin yapmaya hakkı olmayan bir şeyi, o milletin temsilcilerinin de yapmaya hakkı yoktur.<sup>535</sup>

Bunun yanında, millet egemenliği sisteminde egemen olan yalnızca, bir bütün halinde, millettir. Onun organlarından biri, ayrıık bir şekilde, sınırsız bir gücün sahibi olamaz. Dolayısıyla, egemenliğin yalnızca millete ait olması ilkesi gereğince kurulu organların yetkileri, organların yetkileri dâhilindeki eylemleri tanımlayacak ve

<sup>529</sup> Paul BASTID, *Intervention à la Constituante le 3 septembre 1946*, aktaran: TURPIN, *Droit...*, s. 159, dipnot no. 42.

<sup>530</sup> TURPIN, *a. g. e.*, s. 159.

<sup>531</sup> Léon DUGUIT, *Souveraineté et Liberté*, Librairie Félix Alcan, Paris, 1922, s. 92.

<sup>532</sup> Bu cümledeki “ulus” ifadesi “millet” kavramıyla eşanlamlı şekilde kullanılmıştır.

<sup>533</sup> Sibel İNCEOĞLU, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk”, in *Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2011, s. 83.

<sup>534</sup> Bknz: TURPIN, *Droit...*, ss. 160-168.

<sup>535</sup> CONSTANT, *Ecrits Politique...*, s. 319.

aslında onlara eylemleriyle geçemeyecekleri sınırlar dayatacak daha üstün bir kuralla belirli ve sınırlı olmalıdır.<sup>536</sup>

Sonuç olarak, günümüzde artık milletvekillerinin millet kavramıyla özdeş olmadığı ve buna bağlı olarak parlamento iradesinin millet iradesi kabul edilemeyeceği genel olarak kabul edilmektedir. Millet gibi soyut bir kavram kullanılarak parlamentonun iradesinin sınırsızlığının kabulüne dayanarak anayasal normların ihlal edilmesi halinde anayasanın üstünlüğü ilkesi reddedilmiş olacaktır. Anayasanın üstünlüğü ilkesinin reddi de hukuk devleti, demokrasi ve temel hak ve özgürlüklerin yürütme ve yasamanın ihlallerine karşı korumasız kalması anlamını taşıyacaktır. Bunun kabul edilmesi mümkün olmayacağı için parlamentonun egemen olmadığı, yalnızca sınırlı bir iktidara sahip olduğu kabul edilmelidir. Tek gerçek egemen hiçbir hukuksal sınırlamayla bağlı olmadan anayasayı koyan aslı kurucu iktidardır.

Bir başka anlatımla, türev kurucu iktidar değil, yalnızca anayasayı hazırlayan ve kabul eden halk tarafından kullanılan aslı kurucu iktidar egemendir. Bu nedenle, aslı kurucu iktidar karşısında egemen olmayan bir iktidar olarak türev kurucu iktidar sınırlanabilir bir iktidardır. Ve bu sınırlama millet egemenliği ilkesine aykırı değildir; bilakis sınırlama, bu ilkedен kaynaklanan bir zorunluluktur.<sup>537</sup>

*(c) Kanunun ancak anayasaya uygun olduğu ölçüde genel iradeyi oluşturması*

1789 Fransız Devrimi'nin en önemli sonuçlarından biri olarak ortaya çıkan "kanunun genel iradenin ifadesi" olduğu düşüncesi, Fransa kamu hukukunun bir geleneği haline gelen yasa-merkezciliği (*légicentrisme*) doğurmuştur. Meclis'in kabul ettiği bir kanunun, milletin iradesini ifade etmesi nedeniyle sınırlandırılmaması gerektiği düşüncesi uzun yıllar kanunların yayınlandıktan sonra anayasaya uygunluğunun denetiminin yapılamamasına neden olmuştur. Bu da

<sup>536</sup> CARRE DE MALBERG, *Contribution...*, t. II, ss. 545-546.

<sup>537</sup> GÖZLER, *Le Pouvoir de...*, t. I, s. 189.

anayasaya aykırı olduğu ortaya çıkan kanunların dahi, yeni bir kanunla ilga edilinceye kadar yürürlükte kalması sonucunu doğurmuştur.<sup>538</sup>

Yasanın genel iradenin ifadesi olduğu düşüncesi, aynı zamanda, kurucu iktidarla yasama iktidarı arasındaki ayrımın ortadan kalkmasına veya düzgün işleyememesine yol açmıştır.<sup>539</sup> Çünkü yasaya tanınan nitelik aslında yasama meclisine tanınmış bir niteliktir ve üstünlüğe dayalıdır. Ancak, özellikle disiplinli siyasal partilerin ortaya çıkmasıyla birlikte seçimlerle kurulan çoğunluklar, genelde, güçlü ve süreklidir. Bu disiplinli çoğunluklar meclislerde millet iradesinin ortaya çıkması için gerekli olan görüş alışverişini anlamsız kılmış ve üstüne üstlük yasama organına tanınmış olan üstünlüğü de fiilen ele geçirmiştir. Bu nedenle, FAVOREU'nün de ifade ettiği üzere, “çoğu Avrupa rejiminde olduğu gibi (Almanya, Avusturya, İspanya, Britanya, İsveç), parlamenter çoğunluklar hükümetle bir blok oluşturur ve kanunları kabul ederken parlamentoda ortaya konan irade aslında hükümetin bir çoğunluk tarafından benimsenen ve takip edilen iradesidir: Kanun bir çoğunluk iradesini ifade eder ancak genel iradeyi değil”.<sup>540</sup> Nitekim SCHARPF'ın belirttiği gibi, “siyasal meşruiyeti yalnızca “halkın iradesine” dayandıran demokrasi algısı güçlü bir ortak kimlik ve yaygın bir ortak kader ve yazgı algısının farklı tercihler ve çıkarlardan kaynaklanan endişelere üstün geldiğini varsaymak zorundadır. Ancak eğer bu Rousseau'cu varsayımlar kabul edilirse çoğunluğun tercihlerini genel iradenin gerçek bir ifadesi olarak değerlendirmek ve azınlığın da karşı çıkarak hata yaptığını kabul etmek mümkün olabilmektedir. Fakat çağdaş demokratik teori meşruiyetin kaynağını çok ender şekilde ilk olarak “halk hata yapamaz” inanişına dayandırmaktadır”.<sup>541</sup>

Bunun en büyük nedeni, ROUSSEAU'nun yurttaşların birbirlerinden tamamen bağımsız şekilde davranacağı şeklindeki öngörüsünün hayata geçmemiş olmasıdır. Ona göre vatandaşlar tercihlerini diğerlerinden soyut şekilde oluşturacak ve böylece güzel sözlerle veya demagojiyle zehirlenmeyecektir. Oylarını gizlice atacaklarından oylarını satmayacaklardır. Ancak gerçek siyasal sistemlerde bu ideal hiçbir zaman

<sup>538</sup> Fransız Anayasası'nda 2008'de yapılan bir değişiklikle *a posteriori* denetim de Fransa hukuk sistemine dahil olmuştur.

<sup>539</sup> CARRE DE MALBERG, *La Loi...*, s. 103.

<sup>540</sup> FAVOREU, “De la Démocratie...”, ss. 159-160. Vurgu FAVOREU'ye aittir.

<sup>541</sup> SCHARPF, “Interdependence and...”, s. 4. Vurgu SCHARPF'a aittir.

gerçekleşmemiştir.<sup>542</sup> Yurttaşlar siyasal partiler çatısı altında örgütlenmiş ve birlikte hareket etmiştir. Bu nedenle de bireyselleşmenin aksine kitleselleşme yaşanmıştır. Bunun sonucunda parlamento sürekli ve sabit çoğunluk ve azınlıklar arasında bölünmüştür.

Ancak Rousseau'cu düşünceye göre sabit bir çoğunluk veya azınlık olamayacağı için bir kararda azınlıkta olan diğer bir kararda çoğunlukta olabilir ve böylece bir kişi sürekli olarak hata yapan konumunda bulunamaz. Aynı şekilde bir kararda çoğunluk olabilen diğer kararda azınlık olabileceğini düşündüğünden çoğunluk olsa da azınlıklar üzerinde baskıcı bir politika belirlemek istemeyecektir. Ancak gerçek siyasal hayatta çoğunluk ve azınlığın sabit olması, çoğunluğun azınlık üzerinde baskı kurabilmesine neden olmuştur. Azınlık belirli ve tanımlı bir grup olduğu için hedef haline gelebilmiş ve en temel hak ve özgürlüklerden dahi mahrum bırakılabilmektedir.

Bunun nedeni, Rousseau'cu anlayışa bağlı olarak yasama meclisi ve onun ifadesi olan kanunla genel iradenin özdeşleşmesi ve birbirinden ayıramamış olmasıdır. Bu ikisi arasındaki ayrım ancak hukuksal bir anayasallık denetiminin ortaya çıkmasıyla mümkün olabilmektedir. Carré de MALBERG'in ünlü eserinde belirttiği gibi: *“Bir kez yasa ile genel irade ayrıldıktan sonra yasaların Anayasa'ya uygunluğunun denetimini sağlayan hukuksal bir denetimin önünde hiçbir engel kalmaz; ama, aksine, anayasanın parlamentonun mutlak yasama gücünü engellemeye yönelik böyle bir denetimi sağlaması için sağlam nedenler ortaya çıkar.”*<sup>543</sup>

Fransa'da Meclis'in iradesiyle genel iradenin hukuksal şekilde ayrılmasını sağlayan şartları bir araya getiren anayasal içtihat olmuştur.<sup>544</sup> Fransa Anayasa Konseyi'nin “kanunun anayasaya saygı gösterme” ilkesi<sup>545</sup>, Fransa'da son derece güçlü olan yasa-merkezci ve temsilci hukuk sistemini derinden sarsmıştır. Çünkü Konsey'in koymuş olduğu ilkeye göre şayet temsilciler genel iradeyi ifade edebilmek için anayasaya saygı göstermek zorundaysalar, o halde ifade ettikleri irade, ondan daha üstün olan bir iradeye tâbidir. Bir başka deyişle, “güncel halkın” temsilcileri

<sup>542</sup> Jon ELSTER, *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, ss. 6-7.

<sup>543</sup> CARRE DE MALBERG, *La Loi...*, s. 221.

<sup>544</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, s. 11.

<sup>545</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: “Fransa Anayasa Konseyi'ne göre türev kurucu iktidarın ‘egemenliği’” başlığı.

yani seçilmişler, genel iradeyi ancak ve ancak “kurucu halkın” iradesine saygı göstermek şartıyla ifade edebilmektedir.<sup>546</sup>

Pozitif hukuk anlamında ise Fransa’da en radikal dönüm noktası 2008 yılında yapılan anayasa değişikliği ile somut norm denetimi yolunun açılmasıdır. Daha önce yasaların ön denetimi ile sınırlı tutulan ve ancak yasa yürürlüğe girmeden önce söz konusu olabilen yargısal denetim, artık yasalar yürürlüğe girdikten sonra da etkili olabilecektir.<sup>547</sup> Böylece, Fransa’da da, yanılmaz kabul edilen genel iradenin kanunla özdeşliği hukuken de son bulmuştur. Zira artık iptal edilebilen bir iradenin “yanılmaz” olduğundan bahsetmek mümkün değildir.

Fransa Anayasası’ndaki söz konusu anayasa değişikliğinin, Fransa Anayasa Konseyi’nin “kanun, ancak anayasaya saygı çerçevesinde genel iradenin ifadesidir” yönündeki içtihadının bir yansıması olduğu son derece açıktır. SAĞLAM’ın da belirttiği üzere “*bu değişimin anlamı, yasanın “genel iradenin bir ifadesi” olduğu anlayışının aşılması ve artık Fransa’da da yasa koyucunun anayasa ile sınırlı bir yetkiyi kullanacak olmasıdır*”.<sup>548</sup> Bir başka deyişle, böylece, yasa üstünlüğünün güçlü bir gelenek olduğu Fransa’da dahi artık genel iradeyi ifade eden egemen veya sınırsız güçte tek bir organ olmadığı kabul edilmiştir.<sup>549</sup>

Benzer şekilde, parlamento üstünlüğünün köklü bir gelenek olduğu Birleşik Krallık’ta da yakın tarihte yapılan reformlarla bu üstünlük törpülenmiştir. 1998 yılında kabul edilen ve 2 Ekim 2000 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Hakları Yasası<sup>550</sup> Birleşik Krallık vatandaşlarına, İnsan Hakları Avrups Sözleşmesi’nde yazan haklardan birinin ihlal edilmesi halinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne başvurmadan iç hukuk yollarına başvurma imkânı vermektedir. Bu tür bir başvuru halinde, diğer mahkemeler gibi Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi de eğer başvuru konusu düzenlemenin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ndeki bir hakka aykırılık teşkil ettiğini düşünüyorsa “uyumsuzluk açıklaması”<sup>551</sup> yapabilmektedir.<sup>552</sup> Her ne kadar söz konusu açıklama Birleşik Krallık Parlamentosu için bağlayıcı olmasa da,

<sup>546</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, s.193.

<sup>547</sup> Cem EROĞUL, *Anatüzeğe Giriş*, 10. basım, İmaj Yayınları, Ankara, 2009, s. 91.

<sup>548</sup> SAĞLAM, “Anayasa ve...”, s. 582.

<sup>549</sup> PAVIA, “*Démocratie Continue...*”, s. 139.

<sup>550</sup> Orijinal adı: *Human Rights Act*

<sup>551</sup> Orijinal metinde: *Incompatibility Declaration*

<sup>552</sup> Human Rights Act 1998, Legislation, section 4, Declaration of Incompatibility, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/4> (25.11. 2013 tarihinde ziyaret edildi.).

İnsan Hakları Yasası'nın 10. altbaşığı uyarınca, uyumsuzluk açıklamasını haklı bulan bakanlar uyumsuzluğu ortadan kaldırmak amacıyla yasa metninde değişiklik önerebilmekte veya Parlamento'dan bunu yapmasını talep edebilmektedir.<sup>553</sup> Dolayısıyla parlamentonun üstünlüğü Birleşik Krallık'ta dahi artık mutlak olarak uygulanmamaktadır.

ABD'de ise en baştan beri sistem millet iradesiyle meclis iradesi arasındaki ayırım üzerine kuruludur. Örneğın, Alexander HAMILTON *Federalist Papers*'ın 78. sayısında halkla temsilcisini net bir şekilde ayırmıştır. HAMILTON'a göre “*yetki devredilen makamın işlemlerinin, görevlendirmesine aykırı olması halinde hükümsüz olması en açık ilkelerden bir tanesidir. Bu yüzden anayasaya aykırı hiçbir yasama işlemi geçerli olamaz. Bunun reddedilmesi, vekilin üstündekinden, temsilcinin de halktan yukarıda olduğunu onaylamak anlamına gelir.*”<sup>554</sup> Görüldüğü üzere HAMILTON'a göre yasama işlemi yapan parlamento anayasaya aykırı bir işlem yapamaz çünkü yetkisi, kendine halk tarafından devredilenle sınırlıdır. Halkla yasama organı arasındaki ayırım ABD'nin daha en başındaki kuruluş mantığının temelinde yatmaktadır. Nitekim ABD Anayasası'nın başlangıcındaki “*Biz, halk...*” sözü kurucu halkın iradesini anayasada ifade ettiğini, mecliste ortaya çıkan iradenin ise yasa yapmakla görevlendirilmiş temsilcilerin iradesinden ibaret olduğunu göstermektedir.

Buna karşın günümüzde halen parlamento iradesinin hiçbir şekilde engellenemeyeceğine yönelik ifadelere hem doktrinde, hem de siyaset arenasında rastlanabilmektedir. Bu düşüncenin dayanağı olarak da parlamento üyelerinin seçimle iş başına geldikleri ve bu nedenle milleti temsil ettikleri, oysa parlamentonun işlemlerini iptal edenlerin atanmış oldukları ve bu nedenle demokratik meşruiyete sahip olmadıkları gösterilmektedir. Bu meselenin uzandığı en uç nokta, millet iradesinin ifadesi olan ve parlamenter çoğunluğa dayanan kararların sorgulanamaz, değiştirilemez ve denetlenemez olduklarının ileri sürülmesi ve parlamentonun son kertede anayasal değerler üstü bir karar organı olduğunu kabul eden ya da zımnen ileri süren görüştür.<sup>555</sup> Ne var ki, egemenliğin bölünmezliğı fikrinden yola çıkan bu

<sup>553</sup> Human Rights Act 1998, Remedial Action, section 10, Power to Take Remedial Action, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/10> (25.11.2013 tarihinde ziyaret edildi.).

<sup>554</sup> Alexander HAMILTON, *The Federalist*, no. 78, §11, The Judiciary Department, 14 June 1788, <http://www.constitution.org/fed/federa78.htm> (26.09.2012 tarihinde ziyaret edildi.)

<sup>555</sup> GÖZTEPE, “Anayasa Yargısı...”, s. 49.



radikal demokrasi anlayışı Werner KÄGI tarafından, haklı şekilde, “demokratik Leviathan” olarak tanımlanmaktadır.<sup>556</sup>

Bizim de vurgulamaya çalıştığımız üzere, çağdaş demokrasi ilkelerine göre yasama meclisi ve ulusal irade arasında özdeşlik kurmak, çoğunlukçu demokrasi anlayışına dönüşü ifade eder.<sup>557</sup> Oysa günümüzde geçerli olan demokrasi anlayışı çoğunluklara değil, çoğulculuğa dayanmaktadır. Genel iradenin yalnızca seçilmiş temsilciler tarafından değil, anayasada belirtilen diğer organlar tarafından da ortaya konabileceği, günümüzde, genel olarak kabul gören bir düşüncedir.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, eğer kanun genel iradeyi ifade etmek için anayasaya uymak zorundaysa, hukuksal gücünü yalnızca parlamentoda yapılan oylamadan almıyor demektir. Carré de MALBERG’in ifadesiyle, “*kabul edilmiş kanunun ‘meşruiyetini sağlayan bir unsur’ eksiktir: Aslî kurucu iktidar adına anayasa yargıcı tarafından dayatılan anayasaya saygı.*”<sup>558</sup> Eğer bu saygı gösterilmemişse parlamento tarafından kabul edilen yasa genel iradeyi ifade etmiyor demektir. Bu da bizi, genel iradenin yalnızca parlamentoda yapılan oylamayla değil, aynı zamanda anayasada aslî kurucu iktidar tarafından belirlenen sınırlar içinde kalmakla ifade edilebildiği bir düzene ulaştırır.

*(d) Genel iradenin parlamentodan farklı organlar tarafından da ortaya konması*

Yukarıda bahsettiğimiz tarihsel sürece genel bir bakışla yaklaştığımızda şöyle bir tabloyla karşılaşılmaktadır: Fransız Devrimi’nin bir sonucu olarak ortaya çıkan “yasa, genel iradenin ifadesidir” ilkesi günümüze kadar Batı dünyasının ve siyasal rejim olarak Batı’yı model alan ülkelerin hukuk sistemlerinde belirleyici olmuştur. Modern anayasa hukukunun 1789 Devrimi’nin temelleri üzerine oturduğunu kabul edersek, 20. yüzyılda hâkim olan demokrasi anlayışında halkın temsilcilerinin kabul ettiği kanunların, milletin iradesini ifade etmesi son derece olağandır. Ancak zamanla

<sup>556</sup> KÄGI Werner, “Rechtsstaat und Demokratie. Antinomie und Synthese”, **Der Bürgerliche Rechtsstaat**, Mehdi Tohidipur (Hrsg.), Suhrkamp, Frankfurt a.M.,1978, s. 135, aktaran: GÖZTEPE, a. g. m., s. 50.

<sup>557</sup> SAĞLAM, “Anayasa ve...”, s. 582.

<sup>558</sup> BLACHER, **Contrôle de...**, s. 62.

halkın temsilcilerinin, 1789’da ortaya çıkan özgürlük ruhuyla bağdaşmayan kanlı olaylara sebebiyet vermesi nedeniyle, özellikle II. Dünya Savaşı’nın ardından, temsilcilerin kabul ettiği kanunların, onlardan üstte olan anayasaya uygunluğunun denetimi için çeşitli mekanizmaların kurulduğu görülmektedir. Genelde “anayasa mahkemesi” adı verilen bu organların görevi, yasamanın görevini icra ederken “devletin tüm organlarını bağlayan anayasal değerdeki ilke ve değerlere saygı” göstermesini sağlamaktır.<sup>559</sup>

Ancak bu sefer de, “yasanın üstünlüğü” ilkesinin artık geride kalıp kalmadığı tartışması başlamıştır. Eğer geride kaldığını düşünüyorsak bunun anlamı, millet iradesinin artık yalnızca parlamento aracılığıyla ifade edilmediği ve aynı zamanda anayasa mahkemelerinin de, anayasadaki iradeyi yorumlamak ve gerektiği zaman kanunları iptal etmek suretiyle millet iradesinin ifade edilmesi sürecine katıldığıdır.

Gerçekten de, Fransa Anayasa Konseyi’nin 1985’te verdiği kararda kullandığı “*kanun, ancak anayasaya saygı çerçevesinde genel iradenin ifadesidir*” cümlesi Carré de MALBERG’in yasa-merkezciliğine alternatif<sup>560</sup> “millet iradesi” tanımlarının var olabileceğini göstermiştir. Parlamento tarafından kabul edilen her kanunun anayasallık denetimine tâbi olmadığı göz önüne alındığında, Konsey’in yeni bir ilke ortaya koymadığı düşünülebilir. Gerçekten de kanunların çoğu söz konusu denetimden geçmeden yürürlüğe girer. Ancak burada Konsey’in yeni bir “genel irade” tanımı yapmaya çalışmadığına dikkat etmek gerekir. Konsey sadece, artık millet iradesinin yalnız tek bir şekilde (parlamentonun kabul etmesi) ortaya konmadığını, bazı kanunlar için bir de anayasaya uygunluk denetiminden olumlu sonuç çıkması gerektiği kuralını getirmiştir. Böylece, BLACHER’e göre, “*genel iradenin ifade edilebilmesi için birden fazla yöntemin olduğu ortaya çıkmıştır. Bir başka deyişle, pozitif hukukta genel iradenin ifade edilebilmesi için iki rejim vardır: Yasa-merkezci geleneksel rejime Anayasa Konseyi tarafından, hem bir temsil sürecine (oylama), hem de bir hukuksal sürece (anayasallık denetimi) dayanması itibarıyla eskisinden daha karmaşık olan anayasacılık rejimi eklenmiştir.*”<sup>561</sup>

<sup>559</sup> Fransız Anayasa Konseyi’nin 16 Ocak 1982 tarihli ve 132 DC numaralı kararı.

<sup>560</sup> Bazı yazarlar Konsey’in ifadesinin CARRE DE MALBERG’in teorisiyle çelişmediğini, bilakis onun devamı olduğu düşüncesindedir. Örnek için bkz: Michel TROPER, “Préface sur la théorie juridique de l’Etat”, in **Pour une Théorie Juridique de l’Etat**, PUF, coll. ”Léviathan”, 1994, s. 5.

<sup>561</sup> BLACHER, **Contrôle de...**, s. 15.

Bu durumda anayasalardaki değişmez madde ve ilkelere saygı da genel iradenin oluşabilmesi için gerekli şartlardan biri haline gelmektedir. Hem kanunların hem de anayasa değişikliklerinin anayasadaki değişmez madde ve ilkelerle uyumlu olması halindedir ki parlamentonun yaptığı işlemin genel iradeyi oluşturduğu kabul edilebilir. Anayasa mahkemelerinin değişmezliğe uygunluk denetimi de “mecliste tecelli eden millet iradesinin sınırlanması” değil, bilakis, anayasacılığın bir sonucu olarak millet iradesinin oluşmasına yönelik bir eylemdir.

*(e) Günümüzde parlamentonun üstünlüğünün anayasanın üstünlüğüne dönüşmesi*

Anayasacılığın kökleri Antik Yunan kavramı *nomoi*'ye kadar gitmektedir. *Nomoi*, Atina şehir devletindeki hayatı sağlayan organların kuruluşunu ve işleyişini düzenleyen kanunlarının tümüne verilen addır.<sup>562</sup> Günümüzde de anayasa benzer şekilde, devletin temel organlarının kuruluşunu ve işleyişini düzenlemektedir. Söz konusu organlar arasında bulunan yasama meclisi de anayasa tarafından düzenlenen kurumlardan biridir ve bu nedenle anayasada belirtilen kurullarla bağlıdır. Bu kurulların ihlal edilmemesi günümüzde anayasa mahkemesinin güvencesi altındadır. Dolayısıyla anayasanın parlamento karşısındaki üstünlüğü bir varsayım olmaktan çıkmış ve somutlaşmıştır. Bu noktada parlamentoların halkın seçtiğı temsilcilerden oluşması hukuksal anlamda bir farklılık yaratmamaktadır. Hatta öyle ki günümüzde, halkın dahi bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması adına sınırlandırılması gerekliliğı demokrasinin bir şartı olarak kabul edilmektedir.

Bu düşüncenin kökeni 19. yüzyılın ortalarına kadar uzanmaktadır. John Stuart MILL, 1859 tarihli *Özgürlük Üzerine* adlı eserinde egemenin halkla özdeş olmasının, başka bir ifadeyle halkın kendi kendini yönetmesinin, bu yönetimin sınırlandırılması gerekliliğini ortadan kaldırmadığını ifade etmektedir. Çünkü yazara göre, halkın kendi de tiran olma kapasitesine sahiptir. Bu nedenle MILL, bireylerin topluma karşı hakları olması gerektiğini belirterek, aslında insan haklarının ulus-devlet düzeyinde devlete karşı kabul edilmesinin liberal anlamda temellerini atmıştır.<sup>563</sup> Bu bakış

<sup>562</sup> Jean GAUDEMET, *Les Institutions de l'Antiquité*, 7<sup>e</sup> éd., Montchrestien, Paris, 2002, s. 67.

<sup>563</sup> Aktaran: GÖZTEPE, “Anayasa Yargısı...”, s. 49.

açısıyla bakıldığında anayasalardaki değişmezliğin halkın tiranlaşmasını engelleyebilecek tek somut araç olduğu ve bu nedenle değişmez madde ve ilkelerin liberal ve özgürlükçü demokrasilerin bir gereği olduğu daha açık şekilde ortaya çıkmaktadır.

Defalarca belirttiğimiz gibi, parlamentonun anayasayla bağlı olması gerektiği artık genel olarak kabul edilmiş bir gerçektir. Ancak halen, özellikle siyasetçiler tarafından dillendirilen, anayasanın millet iradesini ve dolayısıyla demokrasiyi sınırladığına dair iddialar işitmek mümkündür. Hatta bu söylemler zaman zaman eylem boyutuna da geçmiş ve anayasa mahkemesini icraatı önünde engel olarak gören bazı siyasetçiler mahkemenin yapısını değiştirmeye ve kendilerine yandaş bir yargı mercii yaratmaya çabalamıştır.<sup>564</sup> Oysa tarihî ve güncel birçok örnek göstermiştir ki demokrasinin hayatta kalabilmesi için tek yol, temel hak ve özgürlükleri güvenceye alan ve yaptırım gücüne sahip tek belge olan anayasanın<sup>565</sup> mutlak üstünlüğüne saygı duyulmasıdır.

Günümüzdeki en önemli sorunlardan biri, anayasacılığın geldiği aşama nedeniyle anayasanın üstünlüğüne saygı duyma zorunluluğu hisseden siyasetçilerin, parlamentodaki çoğunluklarına dayanarak anayasallık denetiminden kaçmak adına sürekli anayasayı değiştirmeleridir. Kanunla düzenlenmesi gereken ancak iptal edilmesi ihtimali olan keyfî ve kişisel çıkar içeren düzenlemelerin anayasa değişikliğiyle hayata geçirilmesi anayasanın üstünlüğü ilkesini sulandırmakta ve demokrasiyi tehlikeye atmaktadır. Örneğin, yukarıda da değindiğimiz üzere, Afrika ülkelerinde bağımsızlıktan sonra baş gösteren siyasal ve anayasal istikrarsızlığın nedeni, kendi kişisel çıkarları için sürekli anayasa değişikliği yoluna giden Afrikalı liderlerin tutumudur. Anayasacılığın sembolik şekilde algılanması kıtada, bugün de hâlâ süregelen hem baskıcı iktidarların doğmasına, hem de ekonomik, sosyal ve siyasal krizlere neden olmuştur.<sup>566</sup> Söz konusu baskıcı iktidarların doğmasını, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesini ve ekonomik, sosyal ve siyasal krizlerin

---

<sup>564</sup> ABD’de ROOSEVELT’in başkanlığı sırasında yaşanan bu yöndeki girişimin geçmişi ve ayrıntıları için bkz: E. William LEUCHTENBERG, “The Origins of Franklin D. Roosevelt’s ‘Court-Packing Plan’”, **The Supreme Court Review**, vol. 1966, 1966, <http://www.jstor.org/stable/3108746> (07.11.2013 tarihinde ziyaret edildi.), ss. 347-400.

<sup>565</sup> Anayasa’nın normatif üstünlüğünün sağlanabilmesi için yazılı olması gerekmektedir. Konuya ilişkin bkz: Aharon BARAK, “L’Exercice de la Fonction Juridictionnelle Vu par un Juge: Le Rôle de la Cour Suprême dans une Démocratie”, **Revue Française de Droit Constitutionnel (RFDC)**, no. 66, Avril 2006, s. 239.

<sup>566</sup> FOMBAD “Limits on the...”, s.2.

doğmasını engellemek adına anayasada değişmez maddeler belirlenmesi, kanaatimizce, tek çözümdür. Böylece değişmezlik kurumu, baskıcı çoğunluklara karşı çağdaş demokrasi anlayışının bir aracı haline gelecektir.

(2) Çoğunluk baskısına karşı çağdaş demokrasi anlayışının bir unsuru olarak değişmezlik

Günümüzde artık demokrasi, yalnızca seçimle oluşan çoğunlukların sözünün geçtiği, halkın ancak seçimden seçime müdahil olabildiği ve iki seçim arasında parlamentodaki çoğunluğun sınırsız şekilde hareket edebildiği bir rejim olarak kabul edilmemektedir. Çağdaş demokrasinin temel amacı bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Bu da ancak temel hak ve özgürlüklere tehdit oluşturabilecek tüm erklerin anayasa eliyle sınırlandırılmasıyla mümkün olabilir. Yasama organının bu amaçla sınırlandırılmasında kullanılacak en etkin araçlardan biri kuşkusuz değişmezlik kurumu ve anayasal denetimdir.

*(a) Çoğunluğun demokrasiye tehdit oluşturması*

Demokratik olmayan rejimlerin pek azının temel dayanağı baskı ve şiddetten farklıdır. Halkın taleplerinin ve çıkarının belirleyici olmadığı siyasal sistemleri ayakta tutan genelde tehdit, korku ve kaba güçtür. İnsanlık tarihi bu tür rejimlere karşı verilmiş mücadelelerle yazılmıştır. En sonunda, 18. yüzyılda egemenliğin monarktan halka geçmesiyle, Antik Yunan'la birlikte tarihe gömülen demokrasi yeniden keşfedilmiştir. Ancak küçük bir farkla: Yönetim alanı artık bir site değil de devlet, yönetilen sayısı da binler değil milyonlar olduğu için seçimlere ve temsilcilere ihtiyaç duyulmuştur. Bu da “halkın yönetimi” anlamına gelen demokrasinin çoğunluk vekillerinin yönetimine dönüşmesine neden olmuştur. Ancak yaşanan deneyimler, tek tehlikenin monark olmadığını, bireylerin ve azınlık gruplarının temel hak ve özgürlüklerinin demokratik şekilde seçilmiş temsilciler aracılığıyla da yok edilebileceğini göstermiştir.

Nitekim DİKMEN CANIKLIOĞLU da bu tehlikeye dikkat çekmektedir: *“Tarih boyunca demokraside özgürlüklere yönelik baskı tehlikesi, daima çoğunluğun egemenliğinden gelmiştir. Demokratik bir yönetimin mutlak egemenliğe sahip olduğu inancına kapılması durumunda otorite merkezleşmekte, insan hakları ve azınlık haklarının korunması için gerekli önlemler alınmadığında, çoğunluk, kimi zaman sessizce, kimi zaman da alenen kuvvetler ayrılığı ilkesini eriterek toplumun diğer unsurlarının haklarına ve yetkilerine tecavüzde bir sakınca görmemektedir.”*<sup>567</sup>

II. Dünya Savaşı öncesinde ve sırasında sınırlandırılmayan çoğunlukların nasıl korkunç sonuçlar doğurabildiği tüm dünya tarafından görülmüştür. Benzer şekilde Türkiye tarihi de, anayasa yargısını yaratan 1961 Anayasası öncesinde iktidarların parlamentodaki çoğunluklarına dayanarak muhalefetin ve azınlıkların hak ve özgürlüklerini açıkça ihlal ettiği örneklerle doludur.

Bahsettiğimiz çoğunluk despotizmini anlatan en veciz sözlerden biri bireysel özgürlüklerin beşiği sayılabilecek Fransa’da 1981-1988 döneminde çoğunluk partisi olan Sosyalist Parti milletvekilliği yapan André LAIGNEL tarafından, muhalefetteki De Gaule’cü parti üyesi Jean FOYER’ye karşı parlamento çatısı altında şöyle dile getirilmiştir: *“Hukuken hatalısınız çünkü siyaseten azınlıktasınız.”*<sup>568</sup>

Çoğunlukları durduracak mekanizmaların yokluğunun despotizme dönüşebilecek bir ortam hazırlaması mantık yoluyla da bulunabilecek bir sonuçtur. Bunun için acı deneyimler yaşamaya gerek yoktur. Fransız Devrimi’nin ardından etkisini güçlü şekilde hissettiren SIEYES’in el yazılarındaki şu bölüm dikkat çekicidir: *“Despotizm, siyasal iktidarın tüm parçalarının birleşmesidir; çünkü sosyal devletin devamlılığı için kamusal yapıdaki güçlerin tek bir kişinin eline geçemeyecek şekilde yerleştirilmesi gerekir. Despotizm tiranlığa yol açar. Bunun nedeni, tutkuların doğası gereği güçleri elinde toplayanın bunu kötüye kullanmasıdır. Ancak halk iradesinin çoğunluk ve azınlık olarak ikiye ayrıldığını kabul ediyorsak, kanunları yapan çoğunluğu durduran bir mekanizma olmazsa çoğunluk azınlığa karşı tiranlaşabilir veya, hiç olmazsa, despotlaşır.”*<sup>569</sup>

<sup>567</sup> DİKMEN CANIKLIOĞLU, *Anayasal Devlette...*, s. 260.

<sup>568</sup> FAVOREU, “De la Démocratie...”, s. 159.

<sup>569</sup> SIEYES, *Des Manuscrits...*, s. 492.

Bu nedenle, demokrasinin hayatta kalabilmesi için egemenliği kullanan organların mutlak ve nesnel şekilde çerçevesi gerekmektedir. Söz konusu organlar halk tarafından seçimle belirlenen temsilcilerden oluşsa dahi bu gereklilik devam eder. Zira CONSTANT'ın ifadesiyle “*halkın egemenliğini sınırsız olarak nitelersek hem kendiliğinden büyük, hem de birilerinin eline verilmesi halinde tehlikeli bir gücü yaratmış ve topluma rastgele fırlatmış oluruz.*”<sup>570</sup>

Demokrasi için günümüzdeki en büyük tehlike, parlamentolara hâkim olan ve siyasal sistemi kuşatan bir çoğunluk iktidarı eliyle kurulan despotizmdir. Bu nedenle demokrasilerde meşruiyeti, tek başına halkın iradesine öncelik ve üstünlük vermek ve halkın iradesiyle biçimlenen iktidarın otoritesini kayıtsız şartsız tanımak biçiminde anlamak yanlıştır.<sup>571</sup> Demokratik meşruiyet ancak ve ancak tüm vatandaşların temel hak ve özgürlüklerinin güvence altında olduğu ve ihlal edilmediği bir düzende oluşabilir. Söz konusu güvencenin, despotizme eğilimi olan çoğunlukların kolaylıkla müdahale edemediği bir hukuksal belgede yer alması gerektiği açıktır. Filozofların ve özellikle eski çağlarda yaşayanların geleneklerde ve insanların iyi niyetinde bulunduğunu düşündüğü azınlık olma güvencesi günümüzde anayasada yer almaktadır.<sup>572</sup>

Anayasanın kurucu halk tarafından yapımı sırasında, ülkenin demokratik ilkeleri belirlenmeli ve temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmalıdır. Böylece, SIEYES'in ifade ettiği gibi, “*çoğunluğa kanun yaptırmadan önce, despotizmi engelleyecek bir düzen kurulmalıdır.*”<sup>573</sup> Ancak çoğunluk, yeterli sayıya ulaşması halinde anayasayı da değiştirebilir. Bu halde anayasadaki güvenceler de kesin olmaktan çıkmakta ve geçici hale gelmektedir. Demokrasi ve temel hak ve özgürlükler ancak, düzenin kurulmasının ardından çoğunluğun, despotizmi engelleyen düzenlemeleri ortadan kaldırmasını imkânsızlaştıran bir yöntemle mutlak şekilde korunabilir. İşte değişmezlik kurumunun temelinde, demokrasiyi korumak adına, çoğunluklara karşı duyulan bu güvensizlik yatmaktadır.<sup>574</sup>

<sup>570</sup> CONSTANT, *Ecrits Politique...*, s. 311.

<sup>571</sup> DİKMEN CANIKLIOĞLU, *Anayasal Devlette...*, s. 196.

<sup>572</sup> SIEYES, *Des Manuscrits...*, s. 493.

<sup>573</sup> SIEYES, *a. g. e.*, s. 494.

<sup>574</sup> Demokratik şekilde belirlenmeyen değişmez madde ve ilkelerinse aksi bir etki yaratması mümkündür. Nitekim UYGUN'un bizim de katıldığımız görüşüne göre Türkiye'de, özellikle siyasal partiler kanununda (Anayasa'daki) değişmez maddelerden kaynaklanan kısıtlama ve yasaklar, demokrasinin otoritarizm ve totalitarizm ile mücadelesinden daha fazla, devletin özgür düşünceyle,

(b) *Çoğunluğun anayasayla sınırlanması ihtiyacı*

Çağdaş demokrasi anlayışında artık parlamento tarafından çıkartılan her ürün “yasa” değildir, çoğunluğun siyasal tercihidir. Yasa, ancak anayasaya saygı içerisinde gerçek anlamına kavuşmaktadır. Halk, üstün iradesini temsilcilerin iradesinin ifadesi olan “yasada” değil, “anayasada” açıklar; bu nedenle, temsilcilerin iradesi zorunlu olarak ikincildir ve anayasada açıklanan halkın iradesine uygun olmalıdır.<sup>575</sup> Bunun nedeni, siyasal kararların ancak o kararın anayasaya saygı çerçevesinde alındığına karar veren bir koruyucu veya düzenleyici kurumun varlığıyla değer kazanabilmesidir. Çünkü artık bir kararın meşruiyeti yalnızca demokratik şekilde seçilmiş bir çoğunluk tarafından kabul edilmiş olmasından değil, aynı zamanda, kabul edilirken anayasa tarafından konulmuş sınırlamalara uyulmasından kaynaklanmaktadır.<sup>576</sup>

Günümüzde artık yönetilenler, yalnızca yöneticilerini en demokratik usullerle seçmeyi değil, bir kere seçildikten sonra onları denetlemeyi de talep etmektedir. Çünkü artık iki seçim arasında seçilenlere açık çek verilmesi istenmemektedir. Bu denetimin yöntemlerinden biri de kanunların anayasaya uygunluğunun denetimidir.<sup>577</sup> Nitekim Hans-Ulrich EVERS, Almanya Anayasası’nın 79. maddesinin 3. fıkrasındaki sınırlama ifadesinin tarihî bir deneyim olan Weimar Anayasası’nın yasal görünümlü uygulamalarla kenara konulmasına bir cevap olduğunu ifade etmektedir.<sup>578</sup>

Anayasa yargısı ya güçlü parlamenter çoğunluğa bir fren ve karşı ağırlık, azınlık ve muhalefeti koruma aracı ya da var olmayan çoğunluğa bir ikamedir. Ancak her iki halde de korunan demokratik liberal hukuk devletidir.<sup>579</sup> Buna karşın, seçilmiş çoğunlukların sınırsız şekilde hareket etmelerini engelleyen ve hazırladıkları kanun ve anayasa değişikliklerini iptal eden anayasa mahkemelerinin “demokrasiye aykırı”

---

farklı fikirlerle, kültürel ve siyasal çoğulculukla mücadelesine odaklanmıştır. Bknz: UYGUN, “Avrupa İnsan Hakları...”, s. 731.

<sup>575</sup> Dominique ROUSSEAU, *La Justice Constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, Paris, 1992, s. 44.

<sup>576</sup> FAVOREU, “De la Démocratie...”, s. 162.

<sup>577</sup> FAVOREU, a. g. m., ss. 161-162.

<sup>578</sup> Aktaran: KLEIN, *Théorie et...*, s. 109.

<sup>579</sup> DİKMEN CANIKLIOĞLU, *Anayasal Devlette...*, s. 295.



davrandığı yönündeki iddiaları, o ülkedeki demokrasi algısına göre yoğunluğu değişmekle birlikte, sık sık karşılaşılan bir iddiadır. Oysa DİKMEN CANIKLIOĞLU'nun da ifade ettiği üzere “*bir siyasal iktidar, eğer mahkeme engellerinden yakınıyorsa, anayasal devlet içinde görev icra etmeyi reddediyor demektir.*”<sup>580</sup> Zira anayasa mahkemesinin görevi anayasanın, bir başka deyişle kurucu halk iradesinin ihlal edilmesini engellemek ve egemenliği kullanan güçleri hukuk sınırları içerisinde tutmaktır. Bu görev tanımına, elbette ki, kurucu halkın iradesinin çekirdeğini oluşturan değişmez madde ve ilkelerin ihlal edilmesini engellemek de girmektedir. Çünkü yukarıda belirttiğimiz gibi, anayasa çoğunluklar tarafından değiştirilebilir. Bu nedenle –her ne kadar zorlaştırılmış yöntemlerle değiştirilseler bile- demokrasi ve temel hak ve özgürlükler adına ancak kısmî bir güvence oluşturmaktadır. Ancak değişmez maddeler parlamentodaki çoğunluğun büyüklüğünden bağımsız bir yasak oluşturduğu için despotik çoğunluklara karşı mutlak bir koruma sağlamaktadır.

Kaldı ki, anayasa yargısına yönelik demokratik meşruluk itirazının, büyük ölçüde yasamadan değil de yürütmeden gelmesi esasen bir ironi olup bu durum, yürütmenin gerçekte yasama inisiyatifinin tümüne yakınıni ele geçirmesi ve meclislerin gündemine fiilen ve hukuken hâkim olmasından kaynaklanmaktadır. Yasamayı, icraatlarının kayıt bürosuna dönüştüren hükûmet, siyasal programını, yasama çoğunluğunun verdiği destekle yasalara dönüştürmektedir. Normatif iktidarın kullanımında ve kuvvetler dengesinde görülen bu dönüşüm, anayasa mahkemeleri ile yasamayı değil, yürütme organını karşı karşıya getirmekte, temsilî demokrasiye inancın çöküşü, anayasa yargısına ilgiyi artırmaktadır.<sup>581</sup>

Günümüzde kabul edildiği üzere çoğunluk, demokrasinin tek şartı değil, demokratik süreçlerin işleyişinde önemli bir ara unsurdur. ROUSSEAU'nun halk egemenliği ve SIEYES'in millet egemenliği teorisinden türeyen çoğunluk ilkesi, çoğunluğun sınırsız ve keyfî egemenliği ile özdeş olmaktan çıkmış, azınlık haklarına saygılı çoğunluk yönetiminin formülü haline gelmiştir.<sup>582</sup> Bu nedenle, çoğunluk ilkesine belli sınırlamalar getirmenin ve bu sınırlamaları güvence altına alacak mekanizmalar oluşturmanın bir bütün olarak demokratik süreçleri etkisizleştirmek

<sup>580</sup> *Anayasa'nın Değiştirilemez...*, s. 43.

<sup>581</sup> DİKMEN CANIKLIOĞLU, *Anayasal Devlette...*, ss. 257-258.

<sup>582</sup> DİKMEN CANIKLIOĞLU, *a. g. e.*, s. 194.

değil, tam aksine çoğulculuğu teşvik ve garanti etmek suretiyle bunları güçlendirmekten geçtiği söylenebilir.<sup>583</sup> İşte değişmezlik kurumu çoğunluğa getirilen bu sınırlama ve anayasa mahkemesi de bu sınırlamayı güvence altına alacak mekanizmadır. Çoğunluk despotizmine bir engel olarak değişmez madde ve ilkeler, anayasa mahkemesi aracılığıyla, çağdaş demokrasinin en önemli niteliklerinden çoğulculuğu koruyan bir araca dönüşmektedir.

*(c) Değişmez maddelerin çağdaş demokrasi anlayışı içerisindeki konumu ve önemi*

Günümüzde demokrasi kavramının içeriği artık değişmiştir. Belirli aralıklarla yapılan seçimlere ve temsile dayalı demokrasi anlayışı artık daha katılımcı, halkın sürekli şekilde denetim yapabildiği ve hatta karar alma süreçlerine doğrudan katılabildiği bir biçim almıştır. Buna bağlı olarak yazarlar çağdaş demokrasi anlayışını eskisinden ayırabilmek için “müzakereci demokrasi”<sup>584</sup> veya “sürekli demokrasi”<sup>585</sup> gibi adlandırmalar kullanmaktadır.

Seçimle oluşan kurumlar, vatandaşların siyaset üretimini etkin şekilde etkilemek açısından gerçek fırsatlar yaratamadıkları için demokrasinin yetersiz araçlarıdır.<sup>586</sup> Güçlü bir demokrasi katılımcı tarzda siyasetle tanımlanır: Tam anlamıyla, yurttaşlar *adına* temsilî yönetimden ziyade yurttaşların *öz yönetimidir*. Öz yönetim, gündem oluşturma, tartışma, yasama ve siyaset yapma süreçlerine yurttaşların devamlı katılımını kolaylaştırmak için oluşturulmuş kurumlar yoluyla hayata geçirilir.<sup>587</sup> Dolayısıyla öz yönetime dayalı bir demokraside ve anayasada odak yurttaşlar ve bireysel hak ve özgürlüklerdir.

Oysa artık eskide kaldığını düşündüğümüz demokrasi anlayışı altında hazırlanan anayasalar, varlıklarının en önemli kısmını, temsilcilerin varlığını ve ifadesini, dolayısıyla temsil edilenlerin yokluğunu ve sessizliğini düzenlemek ve

<sup>583</sup> DİKMEN CANIKLIOĞLU, a. g. e.

<sup>584</sup> Bknz: ELSTER, **Deliberative Democracy**; John S. DRYZEK, **Deliberative Democracy and Beyond – Liberals, Critics, Contestations**, Oxford University Press, New York, 2000.

<sup>585</sup> Bknz: Dominique ROUSSEAU, **La Démocratie Continue**, Bruylant-LGDJ, Paris, 1995.

<sup>586</sup> Ian BUDGE, **The New Challenge of Direct Democracy**, Polity Press, Cambridge, 1996; aktaran: BOEDELTE, CORNIPS, “Input and Output...”, s. 4.

<sup>587</sup> Benjamin BARBER, **Güçlü Demokrasi**, Ayrıntı, İstanbul, 1995, ss. 195-196.

meşrulaştırmak için halkta var olan gücü ondan almaya adanmıştır.<sup>588</sup> Günümüzde bu tür anayasalar artık yetersizdir. Mevcut anayasalar yeni anlayışa göre değiştirilmeli ve halkın karar alma süreçlerine katılımını sağlayan mekanizmalar da sisteme dâhil edilmelidir. Buna ek olarak, kurucu halkın iradesinin temsilcilere karşı korunması için de değişmez madde ve ilkeler demokrasinin sürekliliği açısından önemli bir işlev görmektedir. Anayasa mahkemesinin değişmezlik konusunda demokratik ve özgürlükçü yorumuyla şekillenecek anayasallık denetimi baskıcı yönetimlere karşı bir güvence oluşturacaktır.

Nitekim D. ROUSSEAU da anayasa mahkemesinin yaptığı anayasallık denetimini halkın seçimler dışında yöneticileri denetleme yöntemlerinden biri olarak kabul etmektedir. Yazara göre, *“sürekli demokrasi, temsil kavramının ötesine geçmekte ve fikirlere siyasal bir çalışma yapma imkânı sağlayacak şekilde yeni yöntemler geliştirerek halkın katılımı alanını dönüştürüp genişletmektedir: Yöneticilerin, seçim zamanlarının dışında da sürekli ve etkin denetimi. Söz konusu yöntemlerden anayasa yargıcında vücut bulanı bu sürekli gözetimin potansiyel olarak en güçlüsüdür.”*<sup>589</sup> Demokrasiyi daha katılımcı hale getiren söz konusu denetimin bir unsurunun da anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin denetimi olduğunu kabul etmek gerekir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de (İHAM), Türkiye Anayasası'nın değişmez maddelerini değiştirmek amacını taşıyan bazı siyasal partilerin kapatılmasıyla ilgili davalarda, devletin dayandığı temel ilkeler bakımından, demokratik rejimin niteliği ve korunmasıyla doğrudan ilgili olanlarla, bu nitelikte olmayanlar arasında bir ayırım yapmaktadır. Birinci gruba giren ilkelerin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) tarafından da benimsendiğini ve bu ilkeler olmaksızın Sözleşme'de belirtilen hakların korunamayacağını, devletlerin söz konusu ilkeleri korumak için ifade ve örgütlenme özgürlüklerine kısıtlama getirebileceğini kabul etmektedir. Buna karşılık ikinci gruba giren ilkelerin tartışılması veya değiştirilmesinin istenmesi, ifade ve örgütlenme özgürlüğünün güvencesi altında görülmüştür.<sup>590</sup>

<sup>588</sup> Dominique ROUSSEAU, “De la Démocratie Continue”, in **La Démocratie Continue**, sous la direction de Dominique ROUSSEAU, Bruylant-LGDJ, Paris, 1995, s. 6.

<sup>589</sup> D. ROUSSEAU, “De la Démocratie...”, s. 16.

<sup>590</sup> UYGUN, “Avrupa İnsan Hakları...”, s. 723.

Dolayısıyla İHAM'a göre, bir anayasada değişmez maddenin bulunması, değişmez maddenin demokratik rejimin niteliği ve korunmasıyla ilgili olması halinde meşrudur ve değiştirilmesinin engellenmesi ifade ve örgütlenme özgürlüğünün ihlali değildir. Hatta kanımızca Mahkeme, zımnen, demokratik rejimin korunması için anayasaların konuya ilişkin hükümlerinin değiştirilemez olmasını arzulamaktadır. Zira İHAM, ülke içinde değiştirilmesi teklif dahi edilemediği gibi, değişmez maddelerin demokratik rejimin vazgeçilmez unsurlarıyla ilgili olması halinde, siyasal partilerin bu maddeleri tartışmaya açmış olmasının Sözleşme kapsamında korunmadığını ifade etmektedir. Çünkü bu halde tartışmalar demokrasiye zarar verebilecektir.<sup>591</sup>

Sonuç olarak diyebiliriz ki, demokratik şekilde kurucu halk tarafından belirlenen ve toplumun çıkarlarını gözeten, demokrasiyi ve temel hak ve özgürlükleri güvence altına alan değişmez madde ve ilkeler, parlamentolardaki çoğunlukların ve dolayısıyla yürütmenin keyfi tutumunu engelleyebilecek etkin bir mekanizmadır. KLEIN'in belirttiği gibi *“modern anayasalara değişmez özel maddelerin yerleştirilmesi kesinlikle tercih edilmelidir. Getirileri ve etkinlikleri abartılmadıkça bunlar, bazı sınırlar içerisinde önemli bir işlev yerine getirmektedir.”*<sup>592</sup>

Elbette ki bu etkin ve işlevli mekanizmanın demokrasiye uygun şekilde kullanılması anayasa mahkemesinin yapacağı yoruma bağlıdır. Anayasalardaki değişmezlik kurumunun koruyucusu konumundaki anayasa mahkemesi, kurucu halkın temsilcisi olarak çok hassas bir dengede hem güncel halkın oylarıyla seçilen meşru temsilcilerinin kararlarına saygı göstermeli, hem de ülkenin kurucusu olan halkın aslı kuruculuk sıfatıyla belirlediği temellerin ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamalıdır.

---

<sup>591</sup> Örnek olarak bkz: Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri Türkiye'ye Karşı, başvuru no: 19392/92, karar: 30 Ocak 1998, § 55-56; Sosyalist Parti ve Diğerleri Türkiye'ye Karşı, başvuru no: 21237/93, karar: 25 Mayıs 1998, § 47; Özgürlük ve Demokrasi Partisi Türkiye'ye Karşı, başvuru no: 23885/94, karar: 8 Aralık 1999, § 41; Refah Partisi Türkiye'ye Karşı (Büyük Daire), başvuru no: 41340/98, karar: 13 Şubat 2003, § 45 ve 50.

<sup>592</sup> KLEIN, *Théorie et...*, s. 204.

## II. ANAYASA YARGISINDA DEĞİŞMEZLİK

Anayasalarda değişmez olarak nitelenen maddelerin gerçekten değiştirilememesi ancak değiştirme girişimlerine karşı etkin bir denetim mekanizmasının varlığı sayesinde mümkündür. Aksi takdirde değişmezlik niteliği sözde kalacak ve değişmez madde veya maddeleri değiştirmek isteyen parlamento çoğunluklarının engellenmesi mümkün olamayacaktır. Bu nedenle çalışmamızın ikinci kısmını anayasa yargısının değişmezlik konusundaki konumuna ve değişmez maddeleri etkin şekilde denetleyen anayasa mahkemelerinin kararlarının incelenmesine ayırdık.

### A. Anayasa Mahkemesi ve Değişmezlik İlişkisi

Çalışmamızın ilk bölümünde kurucu halk tarafından anayasalara yerleştirilen değişmez maddelerin neden etkin, geçerli ve hukuksal değere sahip olduğunu gerekçelerini ve bu maddelerin işlevlerini teorik olarak açıklamaya çalıştık. Ancak, imkân dâhilinde olan bir uygulaması olmadıktan sonra bir teorinin, düşünsel bir faaliyetten ibaret olduğu açıktır. Dolayısıyla, türev kurucu iktidara anayasayı değiştirme konusunda getirilen maddî sınırlamaların geçerliliği ancak bir anayasallık denetiminin varlığı halinde sorgulanabilir. Bir başka deyişle, böyle bir denetimin olmaması halinde, değişmez maddelerin geçerliliğini tartışmak boş bir çabadır.<sup>593</sup>

Bunun yanında belirtmek gerekir ki, anayasa üzerinde uzlaşmanın olduğu bir yerde anayasada değişmez maddeler olsa da bunlar sorun teşkil etmeyecek ve dava

---

<sup>593</sup> KLEIN, *Théorie et...*, s. 200.

konusu olmayacaktır; çünkü kimse bu temel ilkeleri değiştirmek istemeyecektir.<sup>594</sup> Ancak demokratik şekilde hazırlanmamış bir anayasada bulunan veya bazı toplumsal kesim veya anti-demokratik unsurların iradesiyle ve toplum mühendisliği amacıyla anayasaya yerleştirilen değişmez maddeler elbette ki direnişle karşılaşacak ve her zaman değiştirilmeye çalışılacaktır. Bu da, ister istemez, anayasanın koruyucusu olarak anayasa mahkemesine değişmez maddelerle ilgili kendini konumlama görevi düşeceği anlamına gelmektedir.

Anayasa mahkemesinin anayasa değişikliklerini denetlemesini “halka hesap vermeyen bir organın millet iradesini sınırlamasının mümkün olmaması gerektiği” gerekçesiyle kabul etmeyen yazarların<sup>595</sup> iddiasının doğru olmadığını ise çalışmamızın ilk kısmında yanıtlamış olduğumuzu düşünüyoruz. Ancak aşağıdaki bölümlerde yer alan düşünceler ilk kısımdaki teorik altyapıya dayandığı için söz konusu iddiaya farklı açılardan cevap verilmeye devam edilecektir.

### 1. Anayasa Mahkemesi'nin anayasallık denetiminin meşruluğu

Bir ulus-devlette normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan anayasanın korunması meselesi, her demokratik düzende ortaya çıkan bir sorundur. Parlamento çoğunlukları anayasa değişiklikleri yoluyla devleti kuran kurucu iradenin aksi yönünde demokrasi ve insan haklarını ihlal edebilir. Çünkü anayasanın devletin bütün organları açısından bağlayıcı olması, anayasanın kendi kendini korumasının bir garantisi değildir ve anayasa normlarının içeriği, uygulanması ya da ihlali halinde ortaya çıkan sorunları çözmeye yetkili son bir karar merciinin varlığı bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>596</sup>

<sup>594</sup> Massimo LUCIANI, “Le Contrôle de Constitutionnalité des Lois Constitutionnelles en Italie”, Cahier du Conseil Constitutionnel, no. 27 (Dossier: Contrôle de Constitutionnalité des Lois Constitutionnelles), Janvier 2010, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-27/le-controle-de-constitutionnalite-des-lois-constitutionnelles-en-italie.51428.html> (30.08.2013 tarihinde ziyaret edildi.). Ancak elbette ki değişmez maddelerin belirlenmesi safhasında var olan uzlaşmanın zamanla yok olması mümkündür. Bu durumda başta birleştirici olan değişmez maddeler sonradan ayrıştırıcı hale gelebilir. Bunun sonucunda üzerinde uzlaşmanın kalmadığı değişmez maddelerin değiştirilmesi söz konusu olabilir. İleride bkz: “Değişmez maddelerin değiştirilmesi için yöntem arayışları” başlığı.

<sup>595</sup> Örnek olarak bkz: CAN, **Kurucu İktidar...**, (eserin tamamı) ve BROOKE, **Constitution-Making...**, ss. 55-57.

<sup>596</sup> GÖZTEPE, “Anayasa Yargısı...”, s. 52.

*a. Anayasa mahkemesinin türev kurucu iktidarın sınırlarını belirleme görevinin ortaya çıkışı*

Anayasa'nın hiyerarşik olarak diğer hukuk normlarından üstün olduğunu iddia ederek anayasallık denetiminin önünü açan Hans KELSEN, parlamentonun tamamen özgür olduğunu düşünmenin yanlış olduğunu söylemiştir: “*Yasama organı kendini, teorik olarak hukukun bir uygulayıcısı olmasına karşın böyle değil de hukuku özgürce yaratan bir organmış gibi görür. Bu nedenle, anayasaya uygun davranacağı konusunda parlamentoya güvenmemek gerekir. Ondan ve tüm kamu otoritelerinden farklı ve bağımsız organın, yani anayasa mahkemesi gibi bir organın, onun anayasaya aykırı eylemlerinin iptaliyle görevlendirilmesi gerekir.*”<sup>597</sup> Böylece anayasa mahkemesinin görevi despotizm eğilimini engellemek ve anayasayla kurulan özgürlük ortamını korumak amacıyla yasama organının yetki alanının çerçevesini çizmek şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Michel TROPER'e göre üç tür anayasacılık vardır: “*Lato sensu anayasacılık, XVIII. yüzyılda yaygın olduğu şekliyle, tüm ülkede, despotizmin engellenmesi için bir anayasanın varlığının gerekliliğidir. Stricto sensu anayasacılık, yalnızca bir anayasanın varlığını yeterli bulmaz, aynı zamanda anayasanın çeşitli etkiler yaratan bazı ilkeler üzerine temellendirilmesi gerektiğini de söyler. Uygulanmasını emrettiği ilkeler kuvvetler ayrılığı, kurucu ve kurulu iktidarların farklılığı, temsili hükümet, yasaların anayasallığını hukuksal olarak denetleme kurumu olabileceği gibi bunlardan yalnızca bazıları da olabilir. Strictissimo sensu anayasacılık ise, arzulanan sonucun (despotizmin imkânsız kılınması veya siyasal özgürlük) ancak ve ancak anayasanın üzerine kurulduğu ilkeler arasında yasaların anayasaya hukuksal uygunluk denetiminin de bulunması yoluyla mümkün olabileceği düşüncesidir.*”<sup>598</sup> Yasaların anayasallık denetimini yapma yetkisini kendinde bulan anayasa mahkemeleri işte bu son anayasallık türünü kabul etmektedir. Fransa Anayasa Konseyi'nin 23 Ağustos 1985'te vermiş olduğu kararda *obiter dictum* söylemiş

<sup>597</sup> Hans KELSEN, “La Garantie Juridictionnelle de la Constituion (La Justice Constitutionnelle)”, *Revue du Droit Public (RDP)*, 1928, s. 223.

<sup>598</sup> TROPER, *Pour une Théorie...*, s. 203-204. Vurgu TROPER'e aittir.

olduğu “kanun, ancak anayasaya saygı göstermesi halinde genel iradenin ifadesidir” sözü de bu anayasacılık türüne gönderme yapmaktadır.<sup>599</sup>

Anayasa Mahkemesi’ne yasaların anayasaya uygunluğu denetimini gerçekleştirme görevinin verildiği ülkeler, TROPER’in bu üçüncü tür anayasacılık görüşünü hayata geçirmektedir. Bu ülkelerde anayasa mahkemesinin görevi, parlamentonun kabul ettiği yasalardan anayasaya aykırı bulduklarını iptal etmek ve böylece tâli kurucu iktidarın sınırlarını çizmektir. Denetim kapsamında anayasa mahkemesi, yasamanın anayasal olarak meşru bir amaç güdüp gütmmediğini, belirtilen sınırlarda durup durmadığını ve temel hakları, özellikle eşitlik ve insan onurunu ihlal edip etmediğini dikkatlice incelemektedir.<sup>600</sup> Böyle bir denetimin yokluğu halinde anayasanın üstünlüğü ilkesi korumasız kalacak ve ihlallere açık hale gelecektir. Yalnızca anayasallık denetimi anayasal kuralları, ihlalleri halinde bazı yaptırımlar öngörerek, uyulması zorunlu hukuksal normlar haline getirmektedir. Söz konusu denetimin yokluğunda anayasa, hukuksal olarak uyulmasında özgür olunan siyasal bir programdan başka bir şey değildir.<sup>601</sup> Bu nedenle türev kurucu iktidar için gerçek bir çerçeve belirlemekten uzaktır. Bu da hukuksal bir değerinin olmamasına sebep olmaktadır. Oysa kurucu halkın yeni devletin temellerini belirlediği bu tür bir belgenin hukuksal olarak değersiz olduğu düşünülemez.

Buna bağlı olarak, anayasalarda yer alan değişmez maddelerin ihlal edilmesi olasılığında hiçbir yaptırım uygulanmaması halinde “bunlar ne işe yaramaktadır?” sorusu akla gelecektir. Çalışmamızın başında değişmez maddelerin “yalnızca bir iyiniyet ifadesi” olabileceğini ifade eden görüşlere yer verilmişti. Eğer bir anayasa mahkemesi bu düşünceyi benimser ve değişiklik usullerine ilişkin anayasal şartlara saygı gösterilip gösterilmediğini denetlemek konusunda yetkisiz olduğunu kabul ederse, anayasa değişiklikleri konusunda, yöneticilerin insafına kalınmış demektir; çünkü bu halde yöneticilerin etkili bir denetim olmaksızın istediklerini yapabilecekleri sonucuna varılmaktadır.<sup>602</sup>

<sup>599</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, s. 29-30.

<sup>600</sup> HERZOG, “La Hiérarchie...”, s. 17.

<sup>601</sup> Charles EISENMANN, *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d’Autriche*, Librairie du Recueil Sirey, 1928, rééd. Economica-PUAM, coll. Droit Public Positif, 1986, s. 22.

<sup>602</sup> ROBERT, “La Forme...”, s. 365.



20. yüzyılın başından itibaren teorik altyapısı kurulan ve günümüzde artık yerleşik ve olağan bir hâl alan anayasanın üstünlüğü görüşü, 1789 Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 6. maddesinde yer alan “*yasa, genel iradenin ifadesidir*” hükmü üzerinde yükselen yasa-merkezciliğin egemenliğine son vermiştir. Bu nedenle değişmez maddelerin bağlayıcı olmadığı görüşü de artık geçerliği olmayan bir düşünceye dönüşmüştür. Böylece parlamento da artık, kanunda oluşan iradesiyle genel iradenin vücut bulmasını sağlayan ve devletin diğer organları üzerinde yer alan ve onları yöneten<sup>603</sup> egemen organ olmaktan çıkmıştır. Çünkü günümüzde baskın olarak kabul edilen anayasanın üstünlüğü ilkesine göre gerçek egemen olan tek irade anayasadaki iradedir. Bu irade kurucu halka aittir ve anayasa mahkemesi tarafından yorumlanır ve ifade edilir.

#### *b. Parlamenter sistemde bir denge unsuru olarak anayasa mahkemesi*

Anayasallık denetimi kurumu normativizm mantığı üzerine kuruludur. Ancak söz konusu kavram, anayasallık denetiminin tüm taraflarının desteğini alan bir kavram değildir; özellikle de denetimle egemenlik yetkisi sınırlanan ve sınırlanan yasama erkinin. Aynı durum, işlemleri anayasayla bir çerçeve içerisine sokulan yürütme erki için de geçerlidir. Bu nedenlerle diyebiliriz ki, anayasa yargısı, siyasal kuvvetler arasındaki ilişkilerin kalbinde siyasal bir işlev yürütmektedir. Hatta bu nedenle, anayasa yargısını olumsuzlayan bazı yazarlara göre “*anayasallık denetimiyle demokratik ilkeler arasında gerçek bir çelişki vardır*”.<sup>604</sup>

Anayasa yargısının geçerli olduğu sistemlerde bugün hâlâ meşruiyete ilişkin bazı tereddütlerin yaşanıyor olmasının en önemli nedeni, anayasallık denetimi görevini üstlenen mahkemelere hep politik bir bakış açısı ile yaklaşıyor ve değerlendirmelerin de bu ölçüte göre yapılıyor olmasıdır. Oysa sorun çok açıktır: Yasalar anayasaya uygun olmalıdır veya, başka bir deyişle, aykırı olmamalıdır.<sup>605</sup> Anayasa değişikliklerinin de bir yasa olduğu göz önüne alındığında, bu tür yasaların

<sup>603</sup> Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la Théorie Générale de l'Etat Spécialement d'après les Données Fournies par le Droit Constitutionnel Français*, t. I, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1920, s. 346.

<sup>604</sup> Guillaume DRAGO, *Contentieux Constitutionnel Français*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, Paris, 2006, s. 99.

<sup>605</sup> DİKMEN CANİKLİOĞLU, *Anayasal Devlette...*, s. 292.

da anayasa değişikliklerine dair anayasal kurallara uyması gerektiği rahatlıkla anlaşılabilir.

(1) Anayasa yargısı eleştirilerinin kaynağı: Parlamenter sistemin krizi

Günümüzde hâlâ, yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi, özellikle de iktidar ve muhalefetin arasında gerilim yaratan metinler söz konusu olduğunda, çekincesiz şekilde kabul edilememiştir. Yakın geçmişten bir örnek vermek gerekirse, Fransa’da Sosyalist Parti Sekreteri Lionel JOSPIN önemli bir dava öncesinde Fransa Anayasa Konseyi’ne yönelik olarak “*büyük reform hareketlerinin asla Yüksek Yargı tarafından durdurulmasına izin verilmemelidir*” şeklinde bir açıklama yapmıştır. Ancak Konsey’in verdiği 81-132 DC numaralı iptal kararının ardından hayal kırıklığına uğramıştır: “*Anayasa Konseyi, V. Cumhuriyet tarihinde ilk kez, yasal olarak seçilmiş bir Cumhurbaşkanı ve Meclis tarafından kabul edilen bir hükmün kalbindeki bir yasanın yayımlanmasını engellemiştir*”. Milletvekili Georges SARRE da JOSPIN’e destek vermiş ve “*Anayasa Konseyi, milletin temsilcileri karşısında adeta siyasal bir mahkeme gibi hareket etmiştir*” açıklamasını yapmıştır. Bir diğer vekil Pierre JOXE ise kinayeli şekilde “10 Mayıs’ta Mitterand’a oy veren 15 714 598 Fransız’a karşı 9 tane bilgin”den dem vürmüş ve “*Biz halkı temsil ediyoruz. Onlarsa başka türlü bir çoğunluğun siyasetçilerini temsil ediyor*” açıklamasını yapmıştır.<sup>606</sup>

Aynı şekilde, Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin 1982 Anayasası’nın 10. ve 42. maddelerinin değiştirilmesine dair anayasa değişikliği kanununu 5 Haziran 2008 tarihli ve 2008/16 esas sayılı kararıyla iptal etmesi üzerine başta iktidardaki AK Parti olmak üzere çeşitli partiler kararı eleştirmiştir. O zamanki AK Parti Genel Başkan Yardımcısı Dengir Mir Mehmet FIRAT, Mahkeme’nin iptal kararının “Yüce Meclis’in kararına doğrudan müdahale” olduğunu ifade etmiş ve “*411 milletvekilinin oylarıyla kabul edilen bir kanunun iptal edilmesinin kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğunu*” iddia etmiştir.<sup>607</sup> Başbakan Recep Tayyip ERDOĞAN da kararın

<sup>606</sup> TURPIN, *Contentieux*..., s. 19.

<sup>607</sup> <http://www.habervitrini.com/haber.asp?id=344129> (23.12.2010 tarihinde ziyaret edildi.)

“Parlamento’nun yetkilerini dışlayan bir karar olması nedeniyle millî egemenlik yönünden de tartışılacak” bir karar olduğunu belirtmiştir.<sup>608</sup>

Fransa ve Türkiye’deki bu örnekler, siyasetçilerin hâlâ -kendilerine sınırsız yetki vermesinden de muhtemelen etkileniyor olarak- Fransız Devrimi’yle ortaya çıkan yasa-merkezci sistemin devamından yana olduğunu ve 20. yüzyıldaki denetimsiz parlamentoların yol açtığı sonuçlar karşısında gerekliliği açıkça görülmüş olan anayasal demokrasinin bir unsuru olan anayasal denetimden hoşnut olmadığını göstermektedir. Başka türlü, parlamento ve anayasa mahkemesindeki üyelerin sayılarını karşılaştırarak yüksek yargıçların meşruiyet içinde hareket etmediklerinin ima edilmesinin açıklanması mümkün değildir.

Anayasa yargıcının, özellikle yasama erki karşısındaki meşruluğu ve egemenliğiyle ilgili tartışma aslında temsilî demokrasinin yaşadığı krizden kaynaklanmaktadır.<sup>609</sup> Şöyle ki, bilindiği üzere, MONTESQUIEU’nün İngiltere siyasal sisteminden etkilenecek temelini attığı kuvvetler ayrılığı teorisine göre kuvvetin kuvveti durdurması gerekirken, özellikle disiplinli siyasal partilerin ortaya çıkmasıyla birlikte yürütme organını oluşturan parti veya partiler yasama organı üzerinde bir tahakküm yaratmış ve bu da yasama ve yürütme organlarının birbirinden bağımsız iradeye sahip olmasını engellemiştir. Yasama organının yürütme organını denetlemesini sağlayan yöntemler bu şekilde etkisizleştiği için yürütme organı siyasal alanda denetimsiz kalmıştır. Sınırsız bir egemenlik yürütebilmesi için önündeki tek engel anayasallık denetimidir. Özellikle hükümet üyesi parlamenterlerin anayasa mahkemesine ve yargıçlarına yönelik eleştirilerinin asıl kaynağı, çoğu zaman budur.

Parlamento, meşruiyetini demokratik seçimle oluşmasına borçludur. Üye sayısının görece çokluğu da milletvekili başına düşen seçmen sayısına göre belli bir meşruiyet aracı olarak kabul edilmektedir. Ancak anayasa mahkemesi üyeleri ve mahkemenin kendisi meşruiyetini ne üye sayısından, ne de oluşma biçiminden alır. Söz konusu meşruiyet, anayasacılığın gereği olan anayasanın üstünlüğü ilkesinden kaynaklanır. DİKMEN CANIKLIOĞLU’na göre de, “*günümüzde, anayasa*

<sup>608</sup> <http://haber.mynet.com/detay/politika/erdogandan-turban-karari-yorumu/385137> (23.12.2010 tarihinde ziyaret edildi.)

<sup>609</sup> DRAGO, *Contentieux...*, s. 133.

*yargısının gerçek meşruiyetini, tüm devlet güçlerini temel uzlaşma olarak bağlayan anayasanın üstünlüğünden aldığı anlayışı ağırlık kazanmıştır”.*<sup>610</sup>

Aynı şekilde, yargıların sorumluluğuna gidilememesi nedeniyle halkın temsilcilerinin kabul ettiği bir kanunun yargıçlar tarafından değil, yine halkın temsilcileri tarafından iptal edilmesi gerektiği iddia edilmektedir. Ancak bu gerekçe de son derece sorunludur. Çünkü çoğu anayasa kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesini düzenleyen maddeler içermektedir. Anayasanın millet egemenliğinin ifadesi olduğu göz önünde bulundurulduğunda, en azından anayasallık denetimini içeren bir anayasanın olduğu ülkelerde, hukuksal denetimin meşruiyetiyle ilgili şüphe duymamak gerekir.<sup>611</sup> Millet iradesinin anayasada değil de parlamentoda oluştuğunu ileri süren görüş artık güncel bir görüş değildir; geçmişte kalmıştır. Günümüzde anayasanın üstünlüğü ve yasama, yürütme ve yargı organlarının işlemlerinin anayasaya uygun olması gerektiği genel olarak kabul edilmiştir.

Elbette bu noktaya hemen ve keyfi şekilde gelinmemiştir. Anayasallık denetiminin meşruiyeti ideolojiden, hukuksal analizden veya kavramlardan değil, siyasal gerçeklerden ve tarihsel olaylardan kaynaklanmaktadır.<sup>612</sup> Anayasallık denetimi ve anayasanın üstünlüğü yalnızca bir kısım yazar tarafından öne sürülen ve aksi ispatlanabilecek kurumlar değildir. Özellikle II. Dünya Savaşı öncesinde yaşanan tarihsel gerçekler aracılığıyla anayasallık denetiminin ve yasama ve yürütme organlarının anayasal kurullarla ve hatta değişmez maddelerle sınırlanması gerektiği ampirik şekilde ortaya konmuştur.

Anayasa mahkemesi meşruiyetini yasama organının sınırsız şekilde hareket etmesini engellemek için kendine ihtiyaç duymuş olan aslî kurucu iktidarın görevlendirmesinden alır. BLACHER’e göre de “*anayasa mahkemesi, anayasanın bağlayıcılığı mekanizmasında bir köşesinde yasama, diğerinde aslî kurucu iktidar olan üçgenin üçüncü köşesini oluşturur. Görevi, aslî kurucu iktidar adına, yasamanın anayasaya uygun davranıp davranmadığının denetimini yapmaktır*”.<sup>613</sup> Çünkü bir kez anayasaya saygı hukuksal bir zorunluluk halini aldı mı, yasama

<sup>610</sup> DİKMEN CANIKLIOĞLU, *Anayasal Devlette...*, s. 256.

<sup>611</sup> BARAK, “L’Exercice de la Fonction...”, s. 244.

<sup>612</sup> Philippe MALAURIE, “La Nécessité de la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, in **La Légitimité de la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel (Colloque de Rennes - 20-21 Septembre 1996)**, sous la direction de Guillaume DRAGO, Bastien FRANÇOIS, Nicolas MOLFESSIS, Economica, Paris, 1999, s. 294.

<sup>613</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, s. 61.

organının anayasayı ihlal edebileceği kabul edilmiş olur. Bu ihlal de ancak yasama organı dışındaki bir kurum tarafından belirlenebilir.<sup>614</sup> Bu kurum anayasa mahkemesidir.

Demokratik bir hukuk devletinde başta yasama olmak üzere diğer devlet işlemlerinin anayasaya ve yasalara uygunluğunun denetimi yetkisinin mahkemelere verilmesi, kararlarının siyasal değil, salt hukuksal gerekçelere dayanacak olması nedeniyle, diğer güvence sistemlerine göre daha avantajlı ve olanaklı görünmektedir.<sup>615</sup> Ancak bu avantajın hayata geçebilmesi için anayasa yargıcının yerindelik denetiminden kaçınarak hukuksallık denetimi sınırları içerisinde kalmaya özen göstermesi gerekmektedir. Siyasal sonuçlar doğuran kararlar alan bir yargı organı olarak meşruiyeti buna bağlıdır. Öyle ki, anayasa değişikliklerinin denetimini yaparken dahi anayasa mahkemesi üyeleri değişmez maddeleri, içerikleri her ne kadar belirsiz de olsa, siyasal olarak değil, hukuksal açıdan değerlendirmeli ve kararlarını da hukuksal olarak temellendirmelidir.

## (2) Meşruiyet kaynakları bakımından anayasa mahkemesi üyeleriyle parlamenterler arasındaki fark

Anayasa mahkemesinin oluşumunun ve yargıçlarının belirlenmesiyle ilgili yöntemin demokrasiye ve temsil ilkelerine aykırı olması nedeniyle anayasa yargısının meşru olmadığı iddia edilmiştir. Çünkü anayasa mahkemelerinin yasama organının tasarrufu olan kanunlar üzerindeki hukuksal denetim yetkisinin kullanımından doğan sorunlar, demokratik meşruiyet kavramını, yasama iktidarının çoğunluğa dayalı yapısına dayandırılan yanlış bir meşruiyet kurgusuna hapsedmiştir.<sup>616</sup>

Bu kurguya iki gerekçeyle itiraz edilebilir. Bu gerekçelerden ilki, demokratik meşruiyet kavramının yasama organı için kullanıldığı biçimiyle, doğrudan doğruya bir yargı organı olarak anayasa mahkemelerine uygulanmaması gereğidir. Bir devlet içinde farklı işlev ve görevlerle donatılmış iki organın, aslında bu organlardan birisi

<sup>614</sup> BLACHER, a. g. e., s. 67.

<sup>615</sup> BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, "Verfassungsgerichtbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation", *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1999, s. 10 vd., aktaran: GÖZTEPE, "Anayasa Yargısı...", s. 52.

<sup>616</sup> DİKMEN CANIKLIOĞLU, *Anayasal Devlette...*, s. 197.

için öngörölmüş ölçütlerle sınılanması, yanlış bir sorudan yanlış cevaplara yönelmesi sonucunu doğuracaktır.<sup>617</sup> İkinci gerekçe ise, anayasa yargıçlarının belirlenmesinde siyasal otoritelerin zaten etkin şekilde aktif olmasıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, anayasa mahkemesinin yapısı ve yargıçların belirlenmesi çoğu zaman “egemen” tarafından yazılmış olduğunu kabul ettiğimiz anayasada belirtilmiştir. Sırf bunun bile anayasa mahkemesinin ve onu oluşturan yargıçların meşruluğunu sağladığını kabul etmek gerekir.

Kaldı ki buna ek olarak, Fransa ve Avusturya gibi ölkelerde en üst yürütme ve yasama organları, Almanya ve İtalya gibi ölkelerde parlamento anayasa mahkemesi yargıçlarının belirlenmesinde son derece etkin bir rol oynamaktadır.<sup>618</sup> Örneğin Fransa Anayasası’nın 56. maddesine göre Fransa Anayasa Konseyi’nin üç üyesi Cumhurbaşkanı, diğer üç üyesi Millet Meclisi Başkanı ve son üç üyesi ise Senato Başkanı tarafından belirlenmektedir. Avusturya Anayasası’nın 147. maddesine göre ise her ne kadar Anayasa Mahkemesi üyelerini Federal Cumhurbaşkanı atıyor gözükse de atanacak üyeleri Federal Hükümet, Federal Konsey ve Ulusal Konsey önermektedir. Federal Almanya Anayasası’nın 94. maddesinde Anayasa Mahkemesi üyelerinin yarısının Bundestag, diğer yarısının ise Bundesrat tarafından nitelikli çoğunlukla belirleneceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla Almanya’da tüm anayasa yargıçları parlamento tarafından seçilmektedir. İtalya Anayasa Mahkemesi üyelerinin üçte biri de, İtalya Anayasası’nın 135. maddesi uyarınca birleşik oturumda parlamento tarafından seçilmektedir. Bu ölkelere, 2010 yılında yapılan referandum sonucunda kabul edilen anayasa değişikliği sonrasında Türkiye de eklenmiştir. Anayasa’nın 146. maddesinde yapılan değişikliğin ardından artık 17 üyeli Anayasa Mahkemesi’nin üç üyesi TBMM tarafından seçilmektedir.

Dolayısıyla anayasa mahkemesi üyelerinin seçiminde demokratik meşruiyet bulunmadığı iddiası bir çok ölkede için doğru bir iddia değildir. Ancak zaten, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, anayasa mahkemelerinin meşruiyeti üyelerinin demokratik dayanağının bulunup bulunmamasından değil, demokrasi ve insan haklarının korunmasındaki rolünden kaynaklanmaktadır. Varlık kaynağını genel seçimlerden alan meclisler için geçerli olan meşruiyet kriterlerini, meclisleri sınırlamakla görevli anayasa mahkemeleri için kullanmak geride kalmış bir demokrasi algısından

<sup>617</sup> GÖZTEPE, “Anayasa Yargısı...”, s. 52.

<sup>618</sup> DRAGO, *Contentieux...*, s. 126.

kaynaklanmaktadır. Hatta Türkiye'deki gibi anayasa mahkemesi üyeleriyle ilgili parlamento seçimlerinde uzlaşmayı teşvik etmeyen ve çoğunluklara kendilerine yakın, dolayısıyla taraflı davranma ihtimali olan üyeleri seçme imkânı veren sistemlerin anayasa mahkemesine –yanlış bir motivasyonla- demokratik meşruiyet kazandırmaya çalışırken demokrasinin güvence mekanizmalarına zarar verme olasılığı da bulunmaktadır.

Bu nedenlerle, yukarıda verdiğimiz yasa-merkezci örneklere karşın, anayasallık denetimi, hukukçular ve liberal devletlerin siyasetçileri tarafından neredeyse oybirliğiyle benimsenmekte ve hukuk devletinin temel bir unsuru olarak görülmektedir.<sup>619</sup> Günümüzde artık, kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi anayasanın üstünlüğünü korumanın bir aracı, bu amaçla kurulan anayasa mahkemeleri de anayasal sistemin en önemli malzemesi olarak görülmektedir.<sup>620</sup>

Son olarak hatırlamak gerekir ki, her ne kadar anayasa yargısının “siyasal” bir yargılama kolu olduğu ileri sürülse de, anayasa mahkemeleri anayasalarda yer alan yargı güvencelerine ve anayasal direktiflere bağlı olarak faaliyet gösteren organlardır. Anayasa yargısını bu denli tartışma konusu yapan husus, anayasa yargısının konusunun doğrudan doğruya siyasal yetkilerin kullanılmasının hukuksal sınırını çizmekle yükümlü olmasında, yani dolaylı bir biçimde politikayı şekillendirme yetkisinde yatmaktadır. Ama bu durum, yapılan denetimin hukuksal olması zorunluluğunu ve gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır.<sup>621</sup> Anayasadaki değişmez maddelere ilişkin anayasa değişikliklerinin denetlenmesinde de yapılan incelemenin hukuksal bir inceleme olduğu gerçeği her zaman göz önünde bulundurulmalıdır. Yasama, nasıl kanunları yaparken anayasayla bağlıysa, anayasayı değiştirirken de değiştirme usulleriyle ve değişmezliğe ilişkin yasaklarla bağlıdır. Anayasa mahkemelerinin kanunlarla ilgili olarak yapmak zorunda olduğu anayasallık denetimi, anayasa değişikliklerine ilişkin kanunlar için de aynen geçerli ve meşrudur.

<sup>619</sup> HAMON, TROPER, *Droit...*, s. 63.

<sup>620</sup> DİKMEN CANIKLIOĞLU, *Anayasal Devlette...*, s. 249.

<sup>621</sup> GÖZTEPE, “Anayasa Yargısı...”, s. 54.

## (3) Kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak anayasallık denetimi

Devlet yetkilerinin farklı erkler dağıtılması ve bu erklerin de birbirlerini denge ve fren mekanizmaları aracılığıyla durdurması yoluyla siyasal özgürlüklerin hayat bulmasını sağlayan kuvvetler ayrılığı ilkesi çağdaş demokrasinin olmazsa olmazları arasındadır. Ünlü Fransız yazar MONTESQUIEU'nün 250 sene önce yazdığı ünlü eseri *L'Esprit des Lois*'da (Kanunların Ruhü) teorisini kurduğu kuvvetler ayrılığı ilkesi çağdaş demokrasiye halen ışık tutmaktadır. 1789 İnsan Hakları Bildirgesi'nin 16. maddesinde ilkeye verilen önem şu şekilde ifade edilmiştir: “*Kuvvetler ayrılığı olmayan toplumlarda anayasa da yoktur.*” Kuvvetler ayrılığıyla anayasa arasındaki bağ, bu maddenin de ötesinde, siyasal sistemlerin özüne işlemiş bir olgudur. Örneğin Michel TROPER, 1789 Bildirgesi'ndeki ilkenin asıl amacının, Eski Rejim'in<sup>622</sup> taraftarlarına krallık dönemindeki temel yasaların bir anayasa teşkil etmediği mesajını vermek olduğunu belirtmektedir.<sup>623</sup> Aynı şekilde Elisabeth ZOLLER, yargıç MARSHALL tarafından Marbury Madison'a karşı davasında öne çıkarılan kuvvetler ayrılığı ilkesinin, doğrudan Kongre'yle Yüksek Mahkeme arasındaki ilişkilerden çok 1787 Anayasası'nın doğasıyla ilgili daha esaslı bir soruna gönderme yaptığını düşünmektedir.<sup>624</sup>

Bu örneklerden yola çıkarak diyebiliriz ki, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve anayasa arasındaki ilişki oldukça derin ve karmaşıktır. Her ülkede anayasallık denetiminin kuvvetler ayrılığına etkisi tarihsel farklılıklar nedeniyle değişiklik göstermektedir. Buna karşın, bu iki kavram arasındaki ilişkide coğrafyaya göre farklılaşmayan unsurların tespit edilmesi de mümkündür.

SIEYES, çoğunlukların azınlıklar karşısında tiran veya despot olmasını engellemek amacıyla, basit çoğunlukların kabul ettiği kanunların, henüz toplum çoğunluk ve azınlık olarak ayrılmamışken kabul edilmiş olan kurucu ortak iradeye uygun olmasını sağlamak gerektiğini düşünmektedir. Bunun da ancak kuvvetlerin ayrılması ve kendi içlerinde düzenlenmesiyle mümkün olabileceğini belirten yazar, kuvvetlerin ayrılması ve düzenlenmesinden başka bir şey olmadığını söylediği anayasanın, bu nedenle, basit çoğunlukla yapılan tüm kanunlardan önce geldiğini

<sup>622</sup> Ancien Régime: 1789 Fransız Devrimi öncesindeki krallık dönemi.

<sup>623</sup> Olivier BEAUD, “Michel Troper et la Séparation des Pouvoirs”, **Droits**, no. 37, s. 154.

<sup>624</sup> Elisabeth ZOLLER, “Aspects Internationaux du Droit Constitutionnel. Contribution à la Théorie de la Fédération d'Etats”, **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, t. 294, 2002, s. 97.



ifade etmektedir.<sup>625</sup> Dolayısıyla SIEYES'e göre anayasallık denetimi kuvvetler ayrılığının doğal bir sonucu ve hatta, aynı zamanda, kaynağıdır.<sup>626</sup>

Günümüze baktığımızdaysa özellikle parlamenter sistemlerin içinde bulunduğu kriz nedeniyle anayasallık denetimi kuvvetler ayrılığının tek etkin mekanizması haline gelmiştir. Bilindiği üzere MONTESQUIEU kuvvetler ayrılığı teorisini bir “karşı-güç” olarak tanımlamaktadır. Bir güç diğer gücü etkisiz hale getirir ve böylece az ya da çok bir denge oluşur; bu, bir başka deyişle bir güvenlik, barış ve özgürlük halidir.<sup>627</sup>

Ancak bunun söz konusu olabilmesi için gerekli olan yasama-yürütme ayrılığı parlamenter sistemlerde artık neredeyse yok olmuştur. 19. yüzyılın sonlarından itibaren yürütme ve özellikle de bürokrasinin yasama organı aleyhine güçlenmesi konusunda endişeler dile getirilmiştir. Bunun en önemli nedeni, HEYWOOD'un dikkat çektiği gibi, disiplinli siyasal partilerdir. Bu partilerin ortaya çıkmasıyla parlamentolardaki gevşek gruplar disiplinli parti gruplarına dönüşmüş ve vekilleri olarak seçmenlerini temsil eden parlamento üyelerinin kendi başlarına yargı ve vicdanî kanaat geliştirmesi yeteneği zarar görmüştür. Partiye sadakat de meclislerin tartışma yeri olma işlevlerini zayıflatmıştır. Partilerin hâkimiyeti altına giren meclislerde ateşli ve ikna edici konuşmaların dahi verilen oylar üzerinde ya hiç ya da çok az bir etkisi olabilmıştır. Liberal düşünür Richard COBDEN'in Birleşik Krallık Avam Kamarası için sarf ettiği “*bu mecliste insanları gözyaşlarına boğan nice konuşma dinledim, ancak hiçbiri tek bir oyu bile değiştiremedi*” cümlesi, parlamenter sistemle yönetilen dünyanın diğer ülkeleri için de geçerlidir.

Parlamenter sistemlerde parti sadakati parlamenterlerin çoğu için, kendi partilerinin yönetici sınıfını içeren hükümete sadakatle eş anlamlıdır. Yürütmeyi denetlemekten ve hatta rahatsız etmekten çok uzak şekilde çoğu meclis hükümetin gönüllü ortağı veya kararlı savunucusu olarak işlev görmektedir.<sup>628</sup> Örneğin, AKARTÜRK'ün dikkat çektiği üzere, “*Türkiye'deki uygulamada başbakan, hem*

<sup>625</sup> SIEYES, **Des Manuscrits**..., ss. 492-493.

<sup>626</sup> Bu düşüncesine uygun olarak 1789 Fransız Devrimi'nin hemen ardından kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek üzere bir anayasa jürisi kurulmasını öneren SIEYES'in bu önerisi, dönemin baskın yasa-merkezci bakış açısı karşısında kabul görmemiştir.

<sup>627</sup> André VACHET, “Division de Pouvoir et Intégration Social: de Montesquieu à la Crise Actuelle du Parlementarisme”, **Canadian Journal of Political Science / Revue Canadienne de Science Politique**, Vol. 1, No. 3, (Sep., 1968), s. 264.

<sup>628</sup> HEYWOOD, **Politics**, Palgrave, New York, 2002, ss. 328-329.

*üyeyi olduğu partinin genel başkanı, hem bakanlar kurulunun başkanı, hem de milletvekili sıfatıyla yasama gücünün bir üyesi olarak kuvvetler toplanmasının çarpıcı bir örneğini oluşturmaktadır. Yasama organının partilerden bağımsız olarak kurumsal bir bütünlüğe ve kendi öz dinamikleri ile hareket etmeye dönük yetenekleri oldukça kısıtlıdır.”<sup>629</sup>*

Bu nedenle artık günümüzde parlamenter rejimlerde bir kuvvetler ayrılığından değil, fakat kuvvetlerin birleşmesinden söz etmek mümkündür. Özgürlük, barış ve liberal demokrasiyi tehdit eden bu duruma karşı meclislerin yürütme organına karşı etkinliğini koruyan tek mekanizma muhalefet partisinin elindeki anayasa mahkemesine başvurma hakkıdır. Yasama organının bir unsuru olarak muhalefet partileri anayasallık denetimini çalıştırarak aslında kuvvetler ayrılığını ve parlamenter sistemi ayakta tutmaktadır. Dolayısıyla günümüzde anayasallık denetimi kuvvetler ayrılığına aykırı değildir; bilakis, SIEYES’in ifade ettiği gibi, bizzat kaynağıdır.

Buna karşın, anayasa mahkemelerinin değişmez maddelere ilişkin kararları yargının yasamanın alanına tecavüz ettiği iddialarını gündeme getirmiştir. Örneğin Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin değişmez maddelerle ilgili yorumunun yasamanın yetki alanına girdiği eleştirileri veya Federal Almanya’da Anayasa Mahkemesi’nin Almanya Anayasası’nda açıkça yazılmamış olan “egemenlik” ilkesine değişmezlik atfetmesi hukukçular arasında anayasa yargısının kuvvetler ayrılığına aykırı şekilde kararlar verdiği iddiasını gündeme getirmiştir. Aynı şekilde Fransa gibi yasa-merkezci geleneğin güçlü olduğu bir ülkede –henüz anayasa değişikliklerini değişmez maddelere göre denetlememiş olsa da - Anayasa Konseyi’nin 1965’ten bu yana yetkilerini kademeli olarak artırması tedirginliğe yol açmaktadır.<sup>630</sup>

Fransa Anayasa Konseyi’nin 8 Ağustos 1985 tarihli ve 196 DC sayılı kararında hukuksal anayasallık denetiminin amacının yasamanın yerine geçerek karar vermek olmadığı, fakat yasamanın anayasaya saygı göstermesini sağlamak amacıyla anayasal

---

<sup>629</sup> Ekrem Ali AKARTÜRK, **Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri – Parlamenter Hükümet Yapıları ve Parti Sistemleri Üzerine Bir Deneme**, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 34.

<sup>630</sup> Alain PARIENTE, “Le Conseil Constitutionnel et la Théorie de la Séparation des Pouvoirs” in **La Séparation des Pouvoirs. Théorie Contestée et Pratique Renouvelée**, sous la direction de Alain PARIENTE, Dalloz, Paris, 2007, s. 65.

metinleri yorumlamak olduğu belirtilmiştir: “*Amaç, yasama kuvvetinin faaliyetini engellemek veya geciktirmek değil, onun anayasaya uygunluğunu sağlamaktır.*”<sup>631</sup>

Konsej’in 15 Ocak 1975’te vermiş olduğu CC 74-54 DC sayılı kararının ilk paragrafında ifade ettiği ve daha sonra da çok sayıda kararında aynen tekrar ettiği<sup>632</sup> gibi “*Anayasa’nın 61.maddesi*<sup>633</sup> *Anayasa Konseyi’ne Parlamento’nunkine eş bir takdir ve karar alma yetkisi vermemektedir; kendine yalnızca, denetimine sunulan yasaların Anayasa’ya uygunluğu konusunda söz söyleme yetkisi tanınmıştır.*”<sup>634</sup> Böylece Konsey, kendi yetkisinin Parlamento tarafından yerine getirilenden farklı bir yapıda olduğunu hatırlatmaktadır.<sup>635</sup>

Bu noktada kuvvetler ayrılığının mimarı kabul edilen MONTESQUIEU’nün yapmış olduğu ayrıma da dikkat çekmek gerekir. Yazar, *Kanunların Ruhunu* adlı eserinde yasa koyucu ve denetleyen organları şu şekilde ayırmıştır: “*Ben yasama yetkisinden, bizzat buyurmak ya da başkası tarafından buyurulan şeyi düzeltmek yetkisini, engel olmak yetkisinden ise birisi tarafından alınan kararı bozmak yetkisini anlıyorum; Roma’daki tribunların yetkisi de bundan ibaretti zaten.*”<sup>636</sup> Anayasa Mahkemesi’nin bir kanunu iptal ederken yaptığı da anayasaya aykırı olan kanunun engellenmesinden başka bir şey değildir.<sup>637</sup> Dolayısıyla, yargı erkinin yaptığı işlemin sonucu, emir veren (düzenleyen) organ olan yasamanın işleminin icrasını engellese de bu, anayasa yargısının varlık nedeninin bir sonucudur. Sırf bu nedenden ötürü kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlal edildiğini söylemek, anayasa mahkemesinin anayasal demokrasi içerisindeki yerinin doğru anlaşılmadığını gösterir.

Ancak, aşağıda yargıçlar hükümeti başlığı altında bahsedeceğimiz durumun kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu da bir gerçektir. Anayasa mahkemesi yasamanın yerine geçerek yerindelik denetimi yapmamalı veya onun yerine karar

<sup>631</sup> CC 85-196 DC sayılı karar

<sup>632</sup> Örneğin 19 ve 20 Ocak 1981 tarihli CC 80-127 DC sayılı karar, 18 Kasım 1986 tarihli CC 86-218 DC sayılı karar, 13 Ocak 1994 tarihli CC 93-331 DC sayılı karar, 27 Temmuz 1994 tarihli CC 94-343-344 DC sayılı karar.

<sup>633</sup> 1958 Fransız Anayasası’nda Anayasa Konseyi’nin yetkilerinin belirlendiği maddedir.

<sup>634</sup> 15 Ocak 1975 tarihli CC 74-54 DC sayılı kararın ilk paragrafı.

<sup>635</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, s. 70.

<sup>636</sup> MONTESQUIEU, *Kanunların Ruhunu...*, s. 160.

<sup>637</sup> Bir kanunun Anayasa’ya aykırı olması nedeniyle iptalinin “kanun yapımına katılmak” olduğu iddiası için bkz: Michel TROPER, “Justice Constitutionnel et Démocratie”, *Revue Française de Droit Constitutionnel (RFDC)*, no. 1, 1990, ss. 37-38. Bu durumun “negatif kanun koyuculuk” olduğu iddiası için bkz: KELSEN, “La Garantie...”, s. 197 ve özellikle ss. 224-225. Ancak her iki yazar da anayasa mahkemesinin görevini kuvvetler ayrılığına aykırı bulmamaktadır. Bilakis, Anayasa yargısının meşruiyetini sağlamayı amaçlamaktadır.

verme yetkisini kendinde görmemelidir. Anayasa yargıçlarının kendilerini yasama veya yürütme organı yerine koyarak hukuksal olmayan gerekçelerle karar vermesi hali elbette kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal eder. Mahkemenin görev sınırları içinde kalıp kalmadığı veya yargıçlar hükümetinin oluşup oluşmadığı en çok değişmez maddelerin yorumlanmasında tartışmalı bir hal alır. Çünkü değişmez maddeler, genelde, kısa, öz ve yorumlanmaya muhtaç ilkelere oluşur. Örneğin “cumhuriyet”ten ne anlaşılması gerektiğinin belirtilmediği bir metinde söz konusu kavramın dar veya geniş anlaşılması konusunda anayasa mahkemesinin elinde hukuksal bir dayanak yoktur. Bu durumda, aşağıda daha ayrıntılı şekilde ele alacağımız üzere, önüne gelen başvuruyu sonuçlandırmak amacıyla, bu kavramı dar veya geniş yorumlamak konusunda bir takdir yetkisi kullanması kaçınılmazdır. Ancak takdir yetkisini kullanırken mahkeme o günün siyasal şartlarına veya iktidarla olan ilişkisine göre değil, bilimsel ve hukuksal gereklere yorum yöntemlerini uygulamalı ve kararını hukuksal olarak gerekçelendirebilmelidir. Aksi takdirde yargıçlar hükümeti adı verilen jüristokratik bir sistem doğacak ve anayasa mahkemesi hem kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal etmiş olacak, hem de siyaset üstü konumunu ve prestijini büyük ölçüde yitirecektir.

#### (4) Anayasallık denetiminde takdir yetkisi ve yargıçlar hükümeti

KELSEN'in işaret ettiği üzere, genel anlamda, devletin bazı işlemlerinin, özellikle de parlamento ve hükümetin işlemlerinin anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir kurumun yaratılması zorunlu hale geldiğinde, bu denetim, işlemleri denetlenecek olan organlardan birine teslim edilmemelidir. Anayasanın siyasal işlevi, iktidar eylemlerini hukuksal sınırlar içerisinde tutmaktır.<sup>638</sup> İktidardan kastın yukarıda bahsettiğimiz nedenlerle hem yürütme, hem de aynı zamanda yasama olması nedeniyle, bu iki organı anayasal sınırlar içinde tutacak olan erk yargı erkidir. Yargının içinde de özel olarak anayasayı yorumlayabilen tek organ olan anayasa mahkemesi, hukuken yasamanın ancak fiilen yürütmenin olan işlemlerin anayasa karşısındaki hukuksal değerini ölçecektir.

---

<sup>638</sup> KELSEN, *Qui Doit Etre le Gardien de la Constitution?*, Michel Houdiard Editeur, Paris, 2006, s. 64.

Yasaların ve anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun denetiminden bahsedildiğinde, akla ilk gelen kavramlardan biri, bazı yazarlar tarafından varlığı bir efsane olarak algılansa da<sup>639</sup>, yargıçlar hükümeti kavramıdır.<sup>640</sup> Özellikle değişmez maddelerin korunmasına ilişkin davalarda bu kavram daha da fazla dillendirilmektedir. Bunun nedeni, bir anayasa mahkemesine kurucu iktidarı denetleme yetkisi vermenin “yargıçlar hükümeti” suçlamasını destekleyecek şekilde denetim sistemini önemli ölçüde hassaslaştırabileceği gerçeğidir; zira bu durumda siyasal iktidar “son sözü söyleme hakkını” kaybetmektedir.<sup>641</sup>

Bu nedenle ROUSILLON’a göre anayasa mahkemesi, anayasanın kendine verdiği yetkilerle yetinmeli, dolayısıyla anayasa değişikliklerini denetleyememelidir.<sup>642</sup> Aksi takdirde kurucu iktidarı denetlemiş olacaktır. Bu da anayasa mahkemesini yargıçlar hükümeti yoluna sokacak ve mahkemenin meşruiyetine zarar verecektir.<sup>643</sup>

CAN’ın ifade ettiği üzere “*anayasal uyumsuzluklar diğer hukuksal uyumsuzluklardan farklı olarak belirgin bir siyasal renk içermekte, büyük siyasal etkileri olmakta ya da belirli siyasal etki gücü göstermektedir. Her bir anayasal uyumsuzluğun ardında, esasında bir iktidar mücadelesine dönüşme potansiyeli bulunan siyasal bir sorun yatmaktadır.*”<sup>644</sup> Kabul etmek gerekir ki, bir anayasal uyumsuzluğu çözmekle görevli olan anayasa mahkemesinin vereceği karar da bu yüzden ister istemez siyasal sonuçlar doğuracaktır. Buna karşın, verdiği kararlar her

<sup>639</sup> FAVOREU, “De la Démocratie...”, s. 159.

<sup>640</sup> Son yıllarda ön plana çıkan yeni bir kavram da, Alec Stone SWEET tarafından ortaya atılan “hukuksal darbe” kavramıdır. Yargı organlarının, kararlar aracılığıyla ve anayasa koyucuların iradelerinin aksi yönde olacak şekilde anayasanın kapsamını genişletmesini ifade eden bu kavrama iki örnek olarak Fransız Anayasa Konseyi’nin 1901 tarihli örgütlenme özgürlüğüyle ilgili bir metni, 1958 Anayasası’ndaki örgütlenme özgürlüğüne ilişkin düzenlemelere uygun bularak anayasal hale getirdiği 71-44DC kararı ile Avrupa Adalet Divanı’nın, Avrupa Topluluğu Sözleşmesi’nde konuya ilişkin açık bir hüküm yokken, Avrupa Topluluğu hukukunun ulusal hukuklardan üstün olduğuna karar verdiği Costa kararı gösterilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Alec Stone SWEET, “The Juridical Coup d’Etat and the Problem of Authority”, **German Law Journal**, vol. 8, no. 10, [http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol08No10/PDF\\_Vol\\_08\\_No\\_10\\_915-928\\_SI\\_Articles\\_StoneSweet.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol08No10/PDF_Vol_08_No_10_915-928_SI_Articles_StoneSweet.pdf) (06.09.2011 tarihinde ziyaret edildi.). Bu makalenin bir analizi ve kurucu iktidarla ilişkisi için bkz: Luigi CORRIAS, “The Legal Theory of the Juridical Coup: Constituent Power Now”, **German Law Journal**, vol. 12, no. 8, <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1375> (06.09.2011 tarihinde ziyaret edildi.).

<sup>641</sup> ROUSILLON, **Le Conseil...**, ss. 74-75. Vurgular ROUSILLON’a aittir.

<sup>642</sup> Fransa Anayasası’nda Anayasa Konseyi’ne anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi açıkça tanınmamıştır.

<sup>643</sup> ROUSILLON, **Le Conseil...**, s.75.

<sup>644</sup> CAN, **Kurucu İktidar...**, s. 124.

ne kadar siyasal sonuçlar doğursa ve çoğu zaman anayasa kurallarıyla ilgili yorum yapmak zorunda kalsa da anayasa mahkemesinin görevi yeni kanun yaratmak değil, verdiği kararlarla anayasaya aykırı olan kanunları iptal ederek onların yürürlüklerini engellemektir.

Ancak sorun şudur ki, anayasa mahkemesinin kararları denetlenemez. Bir başka deyişle, yasama organının anayasa sınırları içerisinde kalıp kalmadığı anayasa mahkemesi tarafından denetlenebilirken, mahkemenin kendinin bu sınırlar içerisinde kalıp kalmadığını denetleyen bir organ bulunmamaktadır.

Kabul edilmiş bir kanunun anayasaya aykırılığının anlaşılması, anayasa mahkemesine o kanunu yasama adına düzeltme yetkisi tanımaz. Hukuksal yetkiler, yasamanın karar alma gücünün başladığı yerde sona erer.<sup>645</sup> Anayasa mahkemesi yasamanın yerine geçerek kanun “düzenlememeli”, yalnızca anayasaya aykırı olan kanunları ve değişmez maddeleri ihlal eden anayasa değişikliklerini iptal etmekle yetinmelidir. Ancak kabul etmek gerekir ki bu kuralın sorunsuz şekilde hayata geçebilmesi, anayasallık denetimi yapan organın anayasayı yalnızca hukuksal olarak yorumlama erdemine bağlıdır. Mahkemenin yetkisini aşip anayasanın yasama organı için belirlediği yetki alanına tecavüz etmesi, genel iradenin ifade edilmesini anayasaya bağlayan anayasacılığın ortadan kalkmasına ve yargıçlar hükümeti adıyla anılan sistemin kurulmasına neden olur.

Anayasa yargıcının siyasal uyumsuzlukları çözerken kullandığı yetki kötüye kullanılmaya son derece müsaittir. Çünkü anayasa, biçimsel olarak, kelimelerden oluşan bir olgudur ve bunun sonucunda, belirsiz ve belirsizlik yaratan bir metindir. Zira Dominique ROUSSEAU'nun belirttiği üzere, *“kelimeler, artık bunu söylemek sıradanlaşmış olsa da, her zaman birçok farklı anlama gelir. Bu nedenle, bu anlamlardan birini seçen ve bunu diğer erklerle dayatan anayasa yargıcı egemen şekilde egemenin sözünü söyler ve böylece diğerlerine kendi otoritesini dayatan en yüksek iktidar halini alır.”*<sup>646</sup> Bu “dayatmanın” keyfi hale gelmemesi için KELSEN, anayasal normların çok genel terimler içermemesi gerektiğini düşünmektedir. Örneğin, yazara göre, “özgürlük”, “eşitlik”, “hakkaniyet”, vb. kavramlar

<sup>645</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, s. 71.

<sup>646</sup> D. ROUSSEAU, *La Démocratie...*, s. 85.

parlamentonun yetkilerinin siyasal olarak uygunsuz ve anayasa tarafından öngörülmemiş bir kuruma aktarılması riski taşımaktadır.<sup>647</sup>

Bu nedenle anayasa mahkemesinin, yaptığı anayasallık denetimi yoluyla demokratik ilkelere aykırı hareket etmesi mümkündür. Mahkemenin, içinde bulunulan siyasal şartlar veya özgün koşullar nedeniyle iktidara karşı etkin bir siyasal muhalefet yapılamadığı hallerde kendini, adeta bir muhalefet partisi gibi görerek sistemde denge sağlamaya çalışması halinde yargıçlar hükümetinden bahsedilmesi gerekir.<sup>648</sup> Anayasa mahkemesinin, kararlarının siyasal sonuçlar doğurmasından bağımsız olarak, kendine siyasal bir rol biçmesi, kanımızca, kendi varlık nedenini ve meşruiyetini yok etmesi nedeniyle intiharla eş anlamlıdır. Mahkeme tarafından korunması gereken kuvvetler ayrılığı ilkesinin bizzat mahkeme tarafından ihlal edilmesi sistemde denge sağlamayacak, bilakis, potansiyel olarak var olan dengenin tümünden kaybedilmesine yol açacaktır. VEDEL'in örneğiyle söylersek, "*anayasa yargıcının görevi treni durdurmak değil, onu 'doğru yola' yönlendiren makasçılıktır*".<sup>649</sup> Bu nedenle, anayasa mahkemesinin denetimi hukuksal alanda kalmalı, yargıçların kişisel ve siyasal görüşleri kararlara olabildiğince yansımamalıdır. Öyle ki, sonucu itibarıyla siyasal alanda tartışma yaratacak tek durum yoruma açık anayasa maddelerinin ve boşluklarının yorumlanması olmalı, bu durumlarda dahi mahkeme kendini hukuken gerekçelendirebilmelidir.

Hele ki, yüksek yargı organlarının değiştirilmesi yasak maddelerin kapsamını çoğulculuğu, demokrasiyi ve insan haklarını yok edercesine yorumlayıp, anayasa değişikliklerini bu bağlamda denetlemesi halinde, siyasal çoğulculuk ve demokrasiden büyük ölçüde uzaklaşılır. Bu durumda ortaya çıkan düzenin adı anayasal demokrasi değil, bir yargıçlar hükümetidir.<sup>650</sup>

Ancak kabul etmek gerekir ki, anayasa yargıcının değerlendirme ve yorumu tamamen objektif verilere de dayandırılmaz. Bir sorunla ilgili farklı yargıçların farklı çözümleri vardır. Bu farklılıklar yargıçların aldığı eğitimden, kişiliklerinden,

<sup>647</sup> KELSEN, **Qui Doit...**, s. 86.

<sup>648</sup> Bu durumun bir zorunluluktan kaynaklandığını düşünen ve anayasa mahkemesinin rolünün artmasının nedenini tek bir partinin tüm siyasal nitelikli devlet organlarını kuşatmasında bulduğu için yargıçlar hükümetini belli şartlar altında olumlayan görüş için bkz: DİKMEN CANIKLIOĞLU, **Anayasal Devlette...**, ss. 267-268.

<sup>649</sup> George VEDEL, "Le Conseil Constitutionnel, Gardien du Droit Positif ou Défenseur de la Transcendance des Droits de l'Homme", **Pouvoirs**, no. 45, s. 151. Vurgu VEDEL'e aittir.

<sup>650</sup> KÜÇÜK, "Yeni Anayasa Yapımı...", s. 225.

onları çevreleyen ortama bakış açılarından, içinde yaşadığımız dünyayı algılayış biçimlerinden ve vicdanî yapılarının farklılığından kaynaklanır.<sup>651</sup>

Hiç şüphe yok ki, bir kanunun (veya anayasa değişikliğinin) anayasanın bir hükmüne aykırı olup olmadığını araştıran anayasa mahkemesi yargıcı, anayasanın ve kanunun ilgili hükümlerine verdiği anlamın, anayasanın ruhu hakkındaki anlayışının veya yorumunun tesiri altında kalacaktır. Bu anlayış ve yorum da, bilgisine, sosyal, dinsel, ahlâkî, siyasal, iktisadî ve hatta ideolojik kanaatine göre değişebilecektir.<sup>652</sup> Ancak bu bir olumsuzluk değil, bilakis olumlu bir durumdur. Çünkü demokratik hukuk sistemlerinde yargıçların avantajı ideolojik birlik değil, ideolojik çoğulculuktur. Yargıçların farklılığı, toplumdaki farklılıkları temsil etmez ama yansıtır.<sup>653</sup>

Bunun yanında, ÜNSAL'a göre, "siyasal iktidarın frenlenmesi", "hukuk devleti" veya "anayasanın üstünlüğü" gibi kavramlar bir yerde anayasa mahkemesine görelî bağımsız bir yeni alan açabilir. "*Anayasa mahkemesi üyeleri yasaların anayasaya uygunluğunu denetlerken, anayasa kurallarının yorumunda tek meşru ve "ehil" karar mercii olarak son söze sahiptir. Ayrıca, verdikleri kararların tüm toplumu ilgilendirmesi ve devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlaması nedeniyle üyeler büyük bir siyasal etkinlik kazanmaktadır*".<sup>654</sup> Nitekim, hukuku genel olarak siyasal bir işlem olarak kabul eden<sup>655</sup> KELSEN, anayasa mahkemelerinin anayasayı uygulayarak yasama organının yarattığı kanunları anayasaya aykırı oldukları gerekçesiyle iptal ettiğine dikkat çekmektedir. Yazara göre, böyle yaparak anayasa mahkemesi elbette genel bir norm yaratmamakta, ancak onu iptal etmektedir; bir başka deyişle, hukuk yaratılmasının *actus contrarius*'unu tesis etmekte, yani "negatif bir yasama" olarak işlemektedir.<sup>656</sup>

Bir başka deyişle anayasa yargısı, niteliği gereği siyasal sonuçlar doğurur. Çünkü hukukla siyaset arasındaki ilişkinin bir yansıması olan anayasalar, siyasal

<sup>651</sup> Georges VEDEL, sırf yargıçların vicdanının devreye girmesinin dahi yargıçlar hükümeti tartışmasını başlatmaya yeteceğini iddia etmektedir. Bknz: VEDEL, "Le Conseil...", s. 156.

<sup>652</sup> KUBALI, *Anayasa Hukuku*..., ss. 111-112.

<sup>653</sup> BARAK, "L'Exercice de la Fonction...", s. 229.

<sup>654</sup> Artun ÜNSAL, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, A.Ü.S.B.F. Basın ve Yayın Yüksek Okulu Basımevi, Ankara, 1980, s.110.

<sup>655</sup> KELSEN, *Qui Doit*..., s. 75.

<sup>656</sup> KELSEN, *a. g. e.*, s. 87.



sistemin temellerini oluşturan kurallar ve ilkelerdir; bu nedenle anayasa mahkemesi siyasal sistemin şekillenmesinde önem kazanır.<sup>657</sup> Bunun için anayasal yargı sisteminin soyut veya somut ya da *a priori* veya *a posteriori* denetim yapıyor olmasının çok farkı yoktur.<sup>658</sup> Anayasa mahkemesi kararlarının siyasallığı, tüm toplumu ilgilendiren ve tüm topluma uygulanan karar olmalarından kaynaklanır.<sup>659</sup> Ancak siyasal bir konuyu inceleyip denetlemesi, karar konusunun siyasal olması, anayasa mahkemesinin denetim işlevini siyasal kılmaz. Mahkeme, siyasal uyuşmazlıkları hukuksal yolla çözer.<sup>660</sup>

Buna karşın, kararlarının bu şekilde siyasal sonuç doğurması anayasa mahkemesiyle siyasetçiler arasında gerilime sebep olabilmektedir. Ancak bu gerilim doğal ve hatta arzulanması gereken bir gerilimdir. Asıl, anayasa mahkemesinin kararlarının diğer kamusal otoriteler tarafından sürekli memnuniyetle karşılandığı zaman kaygılanmak gerekir çünkü bu durumda mahkemenin demokrasi içerisindeki rolünü iyi yapmadığına dair şüphe uyanmalıdır.<sup>661</sup>

Bu olumlu gerilim bir yargıçlar hükümetine yol açmaz. Çıkan her olumsuz kararın ardından bu suçlamanın yapılmasının nedeni anayasa mahkemesi kararlarının mutlaka siyasal oyuncuların en önemlileri olan iktidar veya muhalefet partilerinden birinin hoşuna gitmemesidir. Çünkü aslında, yukarıda bahsedildiği üzere, çağdaş parlamenter rejimlerde yasama ve yürütme organlarının fiilen birleşmiş olması nedeniyle kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi, yasamadan çok hükümetin denetlendiği bir işlemdir.<sup>662</sup> Söz konusu oyuncular beklentilerinin aksi yönde çıkan kararlar için mahkemeyi hukuksal değil, siyasal karar vermekle suçlamak eğilimindedir. Hatta bazen yapılan eleştiriler mahkeme üyelerini aşağılamaya kadar varmaktadır.<sup>663</sup>

<sup>657</sup> Eylem ÇAKMAZ, **Anayasa Değişikliklerinin Denetimi Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi Siyaset İlişkisi**, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, 2009, s. 5.

<sup>658</sup> Farklı yargı düzenlerinin Anayasa yargısının siyasal etkisini nasıl etkilediği için bkz: DRAGO, Contentieux..., ss. 131-132.

<sup>659</sup> ÜNSAL, **Siyaset ve...**, s. 15.

<sup>660</sup> Tarık Zafer TUNAYA, **Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, Sulli Garan Matbaası, İstanbul, 1975, ss. 118-122.

<sup>661</sup> BARAK, "L'Exercice de la Fonction...", s. 279.

<sup>662</sup> FAVOREU, "De la Démocratie...", s. 160.

<sup>663</sup> Claude EMERI, "Gouvernement des Juges ou Veto des Sages?", **Revue du Droit Public (RDP)**, no. 3-2003, 2003, s. 336.

Doktrinde de, hukuksal belirleyiciliği zayıf ilkelerin ve genel formülasyonların anayasaya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanılmasının yargıçlar hükümetine götürme tehlikesi taşıdığı sıklıkla vurgulanmaktadır.<sup>664</sup> Hatta bazı yazarlar, yalnızca anayasa değişikliklerinin denetlenmesinin dahi anayasa mahkemelerini yargıçlar hükümeti yoluna sokacağını ve meşruiyetini zayıflatacağını düşünmektedir.<sup>665</sup> Yargıçlar hükümeti tehlikesinin demokrasiye karşı somut bir tehlike olduğunu kabul etmekle birlikte bu son düşüncenin doğru olduğunun kabul edilmesi halinde, anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi olduğunu ifade eden Almanya ve Türkiye Anayasa Mahkemeleri'nin uzun yıllardan beri yargıçlar hükümeti kurduğunun da kabul edilmesi gerekir ki bunun, bu sefer de, yargıçlar hükümeti kavramının sınırlarını aşırı ölçüde genişleten ve gerçeği yansıtmayan bir görüş olduğunu düşünmekteyiz.

Anayasa yargısının bizzat varlığı, anayasal statüsü ve yavaş yavaş oluşturduğu içtihat siyaseti onu en önemli anayasal ve siyasal oyuncularından biri yapmaktadır. Anayasal organların ortasında görev yaptığı için anayasa yargıcısı artık “nötr” bir kuvvet değildir.<sup>666</sup> Bir anayasal sorun konusunda farklı düşünenler arasında veya siyasal eğilimler arasında “moderatör” konumundadır. Bu konumu, anayasa yargıcısının bir “denge unsuru” olduğu düşüncesini güçlendirir.<sup>667</sup>

### *c. Değişmez maddelere aykırı anayasa değişikliklerinin denetiminin yaygınlaşması*

Anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun denetimi çeşitli yazarlar tarafından sert eleştirilere maruz kalmaktadır. Ancak nasıl ki ilk zamanlarda kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi garipsenmiş ve fakat daha sonra sıradanlaşmışsa, bugün de günümüzde, anayasa değişikliğine ilişkin kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminin de sıradanlaşmakta olduğunu görmekteyiz. Özellikle İtalya, Almanya, Hindistan ve Türkiye gibi ülkelerde anayasa değişikliklerinin denetiminin sonucu olarak anayasa hükümleri arasında bir hiyerarşi

<sup>664</sup> DİKMEN CANIKLIOĞLU, *Anayasal Devlette...*, s. 270.

<sup>665</sup> ROUSILLON, *Le Conseil...*, s. 75.

<sup>666</sup> DRAGO, *Contentieux...*, s. 133.

<sup>667</sup> Louis FAVOREU, “La Légitimité du Juge Constitutionnel”, *Revue Internationale de Droit Constitutionnel (RIDC)*, 1994, s. 559.

bulunduğu ve bunlardan bazılarının anayasa değişikliği usulüyle dahi değiştirilemeyecek çekirdeği oluşturduğu fikri gittikçe daha fazla kabul görmekte ve sıradanlaşmaktadır.<sup>668</sup> Söz konusu çekirdek çoğu zaman, demokrasinin özünü oluşturan temel hak ve özgürlükler, insanlık onuru, seçimler, oy hakkı ve diğer demokratik ilkelerden oluşmaktadır. Bunlara ek olarak kurucu halkın yeni kurulan devlet için önemli gördüğü ilkeler de değişmez madde olarak belirlenebilir. Aslı kurucu sıfatıyla hareket eden halk, kurucusu olduğu için sınırlandırabileceği türev kurucu iktidara bu çekirdeği ihlal etmeme yükümlülüğü getirebilir. Bu çekirdeğin korunması için değişmez maddelere aykırı anayasa değişikliklerinin engellenmesi gerekir.

BEAUD'nun ifade ettiği üzere “*mutlak olan kuruculuk eyleminin aksine, anayasayı değiştirme eylemi, hukuksal değerinin ölçülmesi bakımından, hukuken tartışılabilir. Tartışabiliriz çünkü anayasa değişikliği anayasayı ortadan kaldırmamalı, bilakis, ona saygı göstermelidir. (...) Anayasa değişikliği, doğası gereği kurulu bir eylemdir ve üçüncü bir otorite tarafından denetlenebilir. Söz konusu denetim, kurucu eylemin değiştirme eylemiyle ihlal edilmesi olasılığını engellemeye yarar. Tartışılabilir olma niteliği, anayasa-altı bir değerde olmasının mantıksal sonucudur.*”<sup>669</sup> Doğruluğu tartışılabilen bir hukuk işlemi, elbette iptal edilebilmelidir. Zira bir hukuk işlemi anayasa tarafından kurulan sisteme aykırı bir içerik taşıyorsa normlar hiyerarşisine aykırı bir durum teşkil ediyor demektir ve iptal edilmemesi hukuk devleti ilkesini zedeler.

Anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun denetimi anayasalardaki anayasa değişikliği sınırlarının hukuksal değerleri için son derece önemlidir. Şayet bu sınırların aşılmasına karşı herhangi bir yaptırım uygulanmazsa anayasayı değiştiren iktidar, her zaman, anayasaya uygun davranmak veya davranmamak arasında seçim yapmak hakkına sahip olacaktır. Bunun sonucunda söz konusu sınırlar hukuksal değerlerini kaybedecektir.<sup>670</sup> Bu nedenle, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun denetiminin yapıldığı ülkelerde değişmez maddelerin ihlal edilmesi yaptırıma tâbi tutulmalıdır. Aksi halde değişmez maddeler, anayasada yer alan yazılı normlar olmalarına karşın hukuksal değerleri olmayan, önemsiz

<sup>668</sup> FAVOREU, “Souveraineté et...”, s. 73.

<sup>669</sup> BEAUD, “Maastricht et la...”, s. 17. Vurgu BEAUD'ya aittir.

<sup>670</sup> GÖZLER, *Le Pouvoir de...*, t. I, s. 215.

düzenlemelere dönüşecektir. Bu da, aslî kurucu halkın ülkenin temeli olarak görerak değişmezlikle korumaya çalıştığı maddelerin, anayasanın geri kalan maddelerinden hiyerarşik olarak alt seviyede maddelere dönüşmesine yol açacaktır ki bunun bir çelişki oluşturacağı çok açıktır.

Kanaatimizce, anayasasında değişmez madde bulunup da anayasa mahkemelerinin anayasaya aykırı anayasa değişikliklerini iptal etmekte çekingen davrandığı ülkelerde de zamanla anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin denetimi yapılacaktır. Çünkü bir zamanlar idealize edilen kanunların anayasaya uygun olup olmadığına ilişkin denetimin sıradanlaşması, çok hızlı bir şekilde daha yüksek bir seviyede, yani anayasa değişikliklerinin muhtemel denetimi seviyesinde bir yansıma yaratmıştır.<sup>671</sup> Anayasa değişikliklerinin değişmez maddelere uygunluklarının denetimi, kanunların anayasaya uygunluk denetiminin bir devamı ve ileri aşamasıdır ve anayasa yargısının, tarihten alınan dersler ve güncel hukuksal sorunlara çözüm bulmak adına yargı alanını büyütmesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tahminimiz, nasıl kanunların anayasaya uygunluk denetimi sıradanlaştı ve dünya genelinde – 2008’den itibaren yasa-merkezci geleneğin çok güçlü olduğu Fransa’da dahi - kabul gören bir hukuksal denetim mekanizmasına dönüştüyse, anayasa değişikliklerinin anayasallık denetimi de ileride aynı şekilde olağanlaşacak ve sıradanlaşacaktır. Zira bir kez bu denetimin yapılabilir olduğunun görülmesiyle parlamentonun anayasayı değiştirme konusundaki üstünlüğü ve sınırsızlığının mutlaklığı düşüncesi yıkılmıştır.

#### *d. Değişmez maddelerle ilgili anayasallık denetimi ve hukukun kaynakları*

Anayasalardaki değişmez maddelerin temel etkisi “anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinde” görülür. Anayasa değişikliği gibi meclisin kurucu iktidar sıfatıyla gerçekleştirdiği bir işlemin nasıl olup da anayasa mahkemesi tarafından iptal edilebildiği uzun yıllar tartışılmıştır ve bazı yazarlar tarafından halen de tartışılmaktadır. Oysa ki, anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin iptal edilmesi gerekliliği, anayasanın hukuk kaynakları içerisindeki yeri dikkate alındığında son

---

<sup>671</sup> KLEIN, *Théorie et...*, s. 188.

derece açıktır. Bunu yapacak olan da elbette, anayasayı yorumlama yetkisi olan tek organ olan anayasa mahkemesidir.

Hukukun kaynakları kavramıyla anayasal sorunlar arasında bir bağ olduğu kesindir çünkü bir norm olarak anayasa, hukukun ana kaynaklarından birini oluşturmaktadır. Hukuk düzenindeki yeri nedeniyle anayasa yargısı daha çok hukuk yaratıcı bir rol üstlendiğinden, içtihadı da hukuk kaynağıdır. Sorulması gereken soru, anayasa yargısının hangi ölçüde kendi kaynaklarının yöneticisi olduğu, nasıl bir özgürlüğe sahip olduğu ve referans normları hangi şartlar altında kullanması gerektiğidir. Bu aynı zamanda, anayasa yargıcının yorum özgürlüğü ve kullandığı yöntemlerle ve ardından anayasanın ötesindeki yardımcı kaynakları nasıl kullandığıyla ilgili bir sorudur.<sup>672</sup>

#### (1) Anayasaya aykırı hukuk kaynaklarının değişmez maddeler yoluyla engellenmesi

Yasama organı, anayasayı değiştirmek suretiyle anayasa mahkemesi içtihadını değiştirebilir. Çünkü anayasa yargıcının temel hukuk referansı anayasa metnidir. Yasama organı, yeterli çoğunluğa ulaşması halinde dilediği yönde ve dilediği zaman anayasayı değiştirerek anayasa yargıcının belli bir konuda daha sonra vereceği kararın değişmesini sağlayabilir. Hatta parlamento, yaptığı düzenlemenin anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmesini istemiyorsa bunu bir anayasa değişikliği yoluyla da hayata geçirebilir. Örneğin TANÖR, Türkiye’de 1961 Anayasası döneminde ortaya çıkan ve Anayasa Mahkemesi’nin olumsuz yönde (iptal istemlerinin reddi) kararlarına konu oldukları halde tartışması süren birtakım “anayasaya aykırılık” sorunlarının 1982 Anayasası’nda en üst norm düzeyinde ele alınarak kestirilip atılmak istenmiş olduğuna ve böylece tartışma ve içtihatlar yoluyla özgürlükçü bir açılımın kapısının kapatılmaya çalışıldığına işaret etmektedir.<sup>673</sup> Yazara göre, “1982 Anayasası’nın temel hak ve özgürlüklerle ilgili maddelerinin ilk paragraflarında yer alan ‘özgürlük tanıyıcı’ ilkelere açıkça aykırı düşen ve yasa tarafından getirilmiş olsalardı anayasaya aykırılıkları nedeniyle iptal edilmeleri pek muhtemel olan yasaklayıcı, kısıtlayıcı, cezaî, polisiye, vb. hükümler, söz konusu

<sup>672</sup> DRAGO, *Contentieux...*, s. 100.

<sup>673</sup> TANÖR, *İki Anayasa*, ss. 132-133.

*paragraflardan sonrakilere serpiştirilip anayasa hükmü düzeyine yükseltilmiş olduklarından, 1982 Anayasası, ileriki anayasaya aykırılık tezlerini de büyük çapta bertaraf eden, anayasa yargısından kurtarılmış bir Ceza ya da Polis Kodu durumuna gelmiştir.”<sup>674</sup>*

Ancak bu yöntem, anayasa-üstüçülük doktrinine uygun olarak, türev kurucu iktidarın anayasanın bazı maddelerini değiştiremeyeceği ve anayasa mahkemesinin anayasa değişikliklerini anayasa-üstü ilkelere göre denetleyebileceği iddiası karşısında işlememektedir.<sup>675</sup> Anayasa-üstülük teorisini kabul etmeyen anayasa mahkemeleri ise değişmez maddeler yoluyla anayasa-içi bir hiyerarşi yaratarak anayasa değişiklikleriyle değiştirilemeyecek korumalı bir alan yaratmaktadır. Elbette anayasa-üstülüğün ve değişmez maddelerin korunması doktrininin aynı anda kabul edilmesi de mümkündür. Nitekim İtalya Anayasa Mahkemesi 15 Aralık 1988’de verdiği 1146 numaralı kararında anayasa değişiklikleriyle ne açıkça değişmez olduğu belirtilen maddelerin, ne de açıkça yazılmamış olsa da bazı ilkelerin değiştirilemeyeceğini ve ilga edilemeyeceğini şu şekilde ifade etmiştir: “*İtalya Anayasası çekirdek alanında ne anayasa değişikliği kanunlarıyla ne de diğer anayasal kanunlarla iptal edilemeyecek ve değiştirilemeyecek bazı temel ilkeler barındırmaktadır. Bunlar, yönetimin cumhuriyetçi yapısı (Anayasa’nın 139. maddesi) gibi Anayasa’nın bizzat anayasa değişikliği iktidarının mutlak sınırları için açıkça belirlemiş olduğu ilkeler ve anayasa değişikliği usûlüne tâbi olmayanlar arasında açıkça ifade edilmiş olmasa da İtalya Anayasası’nın üzerine kurulduğu çekirdek temel değerler arasında bulunan ilkelere*.”<sup>676</sup>

İtalya Anayasa Mahkemesi’nin kararının anayasa değişikliklerinin iptali konusunda Anayasa Mahkemesi’ne sınırsız bir yetki yarattığı düşünülebilirse de kanaatimizce daha ön planda olan gerçek, değişmez maddelerin ve anayasa mahkemesinin anayasa değişikliklerine ilişkin denetiminin temelinde anayasanın özüne, demokrasiye ve temel hak ve özgürlüklere aykırı anayasa değişikliklerini

<sup>674</sup> TANÖR, a. g. e., s. 133.

<sup>675</sup> HAMON, TROPER, **Droit**..., s. 65.

<sup>676</sup> Alıntılardan: FURLAN F. in BARDUSCO F., FURLAN F., IACOMETTI M., MARTINELLI C., VIGEVANI G.E., VIVIANI SCHLEIN M.P., **Costituzioni Compare**, Giappichelli, Torino, 2005, s. 119; aktaran: Entela HOXHAI, Florian BJANKU, “The Basic Principles as Limits of Constitutional Revision in the Constitutional Jurisprudence and Doctrine in Europe”, **Global Journal of Art Humanities and Social Sciences**, vol. 1, no. 3, September 2013, <http://www.eajournals.org/wp-content/uploads/The-Basic-Principles-as-Limits-of-Constitutional-Revision-in-the-Constitutional-Jurisprudence-and-Doctrine-in.pdf> (13.08.2013 tarihinde ziyaret edildi.), s. 55.

engelleme iradesinin bulunduğudur. Görüldüğü üzere burada önemli olan anayasanın kurucu halk tarafından belirlenen özünün korunmasıdır. Parlamentonun iradesi ikinci planda ve hiyerarşik olarak da aşağıdadır.

Bir kere değişmez maddelere dayalı anayasa değişikliği denetiminin meşruiyeti kabul edildikten sonra sıra, anayasanın özünü belirleyen değişmez maddelerin içeriğinin belirlenmesine gelmektedir. Bu noktada anayasa mahkemesi yorum yöntemlerine<sup>677</sup> başvurmak durumundadır.

(2) Anayasa yargıcının değişmez maddeleri yorumlamasının hukuksal bir zorunluluk oluşu

Değişmez maddelere dayalı anayasallık denetimiyle ilgili en önemli eleştirilerden biri söz konusu maddelerin yoruma muhtaç kavramlar içermeleri nedeniyle anayasa mahkemesinin bir anayasa değişikliği kanunuyla ilgili olarak gördüğü davada sınırsız bir hareket serbestisine sahip olduğu ve bu nedenle türev kurucu iktidarın iradesini keyfi şekilde engelleyebileceği eleştirisidir.

Bu eleştiride haklılık payı bulunduğunu kabul etmekle birlikte, sırf bu nedenle değişmez maddelere dayalı bir anayasallık denetiminin yapılmaması gerektiğini düşünmemekteyiz. Zira bu durumda bu sefer yasama organının anayasayı kurucu iradenin kendisine koymuş olduğu sınırları ihlal ederek değiştirmesi mümkün olacaktır. Ancak bir hukuka aykırı işlem yerine başka bir hukuka aykırı işlemin tercih edilmesi hukuk devleti ve demokrasi yolunda hiçbir ilerleme sağlanamaması anlamına gelir.

Bu nedenle, kanaatimizce, tercih edilmesi gereken yöntem anayasa mahkemesinin anayasa değişikliğine ilişkin kanunları değişmez maddeleri yorumlayarak denetlemesi ancak bu denetimi yorum hakkının kaynağını, bu konuda öne sürülmüş çeşitli tezleri ve değişmezlik kurumuyla uyumlu olan yorum yöntemlerini göz önünde bulundurarak yapmasıdır.

---

<sup>677</sup> Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz: Bertil Emrah ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, Beta, İstanbul, 2010.

(a) *Değişmez maddelerin yorumlanmaya muhtaç oluşu*

Yorum, yargıcın kararını verirken yapmak zorunda olduğu bir işlemdir. KELSEN bu zorunluluğu şu şekilde ifade etmiştir: “*Bir yargı mercii hukuku uygulaması gerektiğinde uygulamakla yükümlü olduğu normların anlamını belirlemek, bu normları yorumlamak zorundadır. Bu durumda yorum, hukukun, bir üst dereceden bir alt dereceye ilerlemesi yoluyla uygulanması sürecine mecburen eşlik eden fıkirsal bir süreçtir.*”<sup>678</sup>

TROPER’e göre de “*tüm metinler belli bir dereceye kadar belirsizlik içerir ve içlerinde birden fazla anlam taşıyabilir. Uygulamayı yapan organ bu anlamlardan birini seçmelidir ve bu seçimin kendisi yorumu oluşturur. Bu özgür bir eylemdir ve sonucunun geçerliliği yalnızca onu ifa edenin niteliğine bağlıdır. Eğer bu organ kendine yorum yapma yetkisi tanınmış bir organsa, seçilen yorum, hangisi olursa olsun, hukuk düzeni içerisinde hayat bulur.*”<sup>679</sup>

Kamusal erkler denetime tâbi oldukları ölçüde anayasayla bağlıdır. Ancak bu bağlılık denetim organının onu yorumladığı şekliyle vardır. O halde sorulması gereken soru şudur: Anayasa yargıcının (veya başka bir denetim organının) kendisi anayasaya tâbi midir? TROPER’e göre cevap, yargıcın iktidarının doğasında aranmalıdır. Doktrinin bu soruyu zaten incelediğini ve üç farklı yaklaşım geliştirdiğini aktaran yazar, bunlardan ilkinin KELSEN’in argümanı olduğunu ifade etmektedir: Bir işlemin iptali, karşıt bir işlemin yapılması gibidir. Bu durumda anayasa mahkemesi yargıcı, bir kanunu iptal edebildiğine göre, yarı-yasama organı gibidir. İkinci görüşün sahibi EISENMANN’dır ve ona göre anayasa mahkemesi yargıcı anayasayı yorumlayarak onu aynı zamanda yaratmaktadır. Bu durumda aslında bir anayasa koyucudur. Son yaklaşımsa çok sayıda ABD’li yazar ve Fransa’da ise Maurice HAURIOU tarafından paylaşılmaktadır: Anayasanın da üzerinde ve onun da uymak zorunda olduğu, bir “anayasal meşruluk” oluşturan ilkeler bütünü bulunmaktadır. Anayasa maddeleri ve özellikle de değişiklikleri bu

<sup>678</sup> Hans KELSEN, *Théorie Pure du Droit*, trad. de la 2<sup>e</sup> éd. par C. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, s. 453.

<sup>679</sup> TROPER, *Pour une Théorie...*, s. 295.



ilkelere uymak zorundadır, aksi takdirde anayasa mahkemesi yargıcı tarafından iptal edilmelidir.<sup>680</sup>

TROPER'e göre, anayasa mahkemesi yargıcının biri yasa koyucu, diğeri anayasa koyucu ve sonuncusu anayasa-üstü ilkeleri belirleyici olduğunu iddia eden bu üç yaklaşım yalnızca görüntüde çelişkilidir. Denebilir ki, bir normu iptal etme yetkisine sahip olan her mahkeme iptal ettiği veya onayladığı normla aynı seviyede bir norm ihdas etmekte, ama aynı zamanda, o normdan mutlaka daha üstte olan normu yorumlamak ve dolayısıyla yeniden yaratmakta ve bunu yapmak için de ondan da üstte üçüncü bir norma dayanmak zorunda kalmaktadır.<sup>681</sup> Değişmez maddelere dayalı bir anayasallık denetiminde ise anayasa-üstü bir norma dayanmaksızın<sup>682</sup>, değişmezliğin yarattığı anayasa-içi hiyerarşiden kaynaklanan bir yetkiyle anayasa mahkemesi değişmez maddeyi yorumlamakta ve aslında yeniden yaratmakta ve anayasa değişikliğini iptal etmesi halinde türev kurucu iktidar seviyesinde bir karşı-norm yaratmış olmaktadır.

Anayasa mahkemelerinin değişmez maddeler konusunda yapabileceği yorum alanlarını ikiye ayırmak mümkündür: Bunlardan ilki değişmez maddenin etkin bir anayasa normu olarak anayasa değişikliklerine ilişkin kararların denetiminde kullanılıp kullanılmayacağı, ikincisi ise, eğer kullanılacaksa içeriklerinin belirlenmesi.

Anayasa mahkemelerinin öncelikle değişmez maddelere hukuksal bir değer vermek konusunda bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Fransa Anayasa Konseyi'nin 26.03.2003 tarihli ve 469 DC numaralı kararında ifade ettiği gibi bir anayasa mahkemesinin kendinde anayasa değişikliklerinin anayasallığını denetleme yetkisi bulmaması halinde bu, bir bakıma, mahkemenin değişmez maddeye hukuksal bir değer vermediği anlamına gelmektedir. Zira parlamento, anayasa değişikliği usûlüne uymak yoluyla değişmez maddeyi değiştirebilecektir.<sup>683</sup> Federal Almanya Anayasa Mahkemesi ise değişmez maddelerin hukuksal değeriyle ilgili zamanla gelişen bir

<sup>680</sup> TROPER, **a. g. e.**, ss. 307-309.

<sup>681</sup> TROPER, **a. g. e.**, s. 310.

<sup>682</sup> Değişmez maddelerin anayasa-üstü olduğu iddiasını kabul etmediğimizi çalışmamızın ilk kısmında gerekçeleriyle açıklamıştık.

<sup>683</sup> Buna karşın kararda "Anayasa'da belirtilen sınırlamalara uymak şartıyla" çekincesinin bulunması, Konsey'in değişmez maddeyi doğrudan değiştiren veya etkisiz hale getiren bir anayasa değişikliği halinde içtihadını farklılaştırabileceği izlenimi vermektedir.

yorum yapmıştır. 1970'e kadar vermiş olduğu kararlarında<sup>684</sup> Mahkeme değişmez maddeleri öyle dar yorumlamıştır ki neredeyse uygulama alanı bırakmamıştır.<sup>685</sup> 1970 yılında verdiği kararında<sup>686</sup> ise Mahkeme, Federal Almanya Anayasası'ndaki değişmezlik maddesi olan 79/3'ü kararının merkezine almış ve Anayasa'nın 10. maddesince korunan iletişimin gizliliği hakkını sınırlayan bir anayasa değişikliğini esastan denetlemiştir.

İkinci olarak, anayasasında değişmez maddeler barındıran ülkelerde, herhangi bir kıstas belirlenmediyse, bu maddelerin kapsamının belirlenmesi işinin, yukarıda saydığımız unsurlara bağlı kalmak kaydıyla, anayasa mahkemesinde olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Çünkü anayasa mahkemesinin varlık nedeni kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi kadar, anayasanın kapsamı belirlenmemiş müphem kavramlarının içeriğini doldurmak ve bunları bir kesinliğe kavuşturmadır. Örneğin Federal Almanya Anayasası, değişmez nitelikteki ilk maddesinde bulunan ve soyut normatif bir kavram olan “insan onuru” kavramını bilerek yoruma açık şekilde düzenlemiştir; böylece kavramın somut anlamı içtihatlar yoluyla gelişebilecektir.<sup>687</sup> Ancak bu noktada getirilen eleştirilerin de haklılık payı olduğu düşünülebilir: Cumhuriyet, millîlik, demokratiklik, laiklik, sosyallik, insan haklarına dayanma ve hukuk devleti olma gibi nitelikler o kadar geniş kavramlardır ki, bu niteliklerle ilgili olmayan bir anayasa değişikliği düşünmek mümkün değildir.<sup>688</sup>

Gerçekten de bu konuda anayasa mahkemesi takdir yetkisini farklı yönlerde kullanabilir. Bu nedenle, ülkeler arasında değişmez maddelerin kapsamı konusunda farklılıklar yaşanması olağan karşılanmalıdır. Çünkü bu kapsam, ülkenin tarihine ve siyasal yapısına bağlı çeşitli etmenlerden etkilenmektedir ve hiçbir ülkenin tarihî ve siyasal yapısı bir diğerine benzememektedir. Nitekim anayasalarındaki değişmez hüküm son derece benzer olan Fransa ve İtalya anayasa mahkemeleri neredeyse tamamen zıt iki farklı içtihat geliştirmiştir. Fransa Anayasası'nın 89/5. maddesine göre “*yönetimin cumhuriyetçi yapısı değişiklik konusu yapılamaz.*” İtalya Anayasası'nın 139. maddesine göre de “*Cumhuriyet'in yapısı anayasa değişikliği*

<sup>684</sup> 1951 tarihli BVerfGE 1, 14 sayılı ve 1953 tarihli BVerfGE 3, 225 sayılı kararlar.

<sup>685</sup> LEPSIUS, “Le Contrôle...”.

<sup>686</sup> 1970 tarihli ve BVerfGE 30, 1 sayılı karar.

<sup>687</sup> NOHLEN, “Germany: The Electronic...”, s. 682.

<sup>688</sup> ÖZBUDUN, **Türk Anayasa...**, s. 179.

*konusu olamaz.*” Görüldüğü üzere, İtalya ve Fransa’daki değişmez maddeleri düzenleyen hükümler, tıpa tıp aynı olmasalar da, büyük benzerlikler göstermektedir. Her iki ülkede de cumhuriyetçi yapı yönetimin değişmez temelidir. Ancak, iki ülkenin anayasa mahkemeleri, birbirine çok benzer iki metinden yola çıkarak farklı sonuçlara varmıştır.<sup>689</sup>

İtalya Anayasa Mahkemesi 1988’de verdiği 1146 numaralı kararda cumhuriyetçi yapının yanında anayasa metninde açıkça yazılmasa da içerikleri iptal edilemez veya değiştirilemez bazı üstün ilkeler bulunduğunu ve bu ilkelerin, İtalya Anayasası’nın üzerine oturduğu üstün değerlerin özüne dahil olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla hem değişmez maddeyi hem de –ne olduğu tam olarak belli olmayan– bazı üstün değerleri koruma görevi olduğunu ilân etmiştir. Buna ek olarak, İtalya Anayasası’nda 139. madde dışında değişmezlik maddesiyle korunan bir ilke bulunmamasına karşın İtalya Anayasa Mahkemesi, bu içtihadını geliştirerek 23 Temmuz 1991 yılında verdiği 366 numaralı kararda birinci derece ihlal edilemez hakların da Anayasa’yı değiştiren iktidara sınır teşkil ettiğini ifade etmiştir. Mahkeme söz konusu hakların temel içeriklerinin değişiklik konusu yapılamayacağı kararına varmıştır. Çünkü bu hakların içeriği, İtalya Anayasası’nı koyanlar tarafından arzulanan demokratik sistemin temelinde bulunan insanın öz değerinden kaynaklanmaktadır.<sup>690</sup> Görüldüğü üzere Mahkeme, Anayasa’daki temel hak ve özgürlüklere ilişkin maddeleri yorumlayarak aslî kurucu iktidarın iradesinin sürekliliğini sağlamaya çalışmış ve onun temsilcisi gibi hareket etmiştir.

Buna karşın Fransa Anayasa Konseyi ise aşağıda daha ayrıntılı şekilde değineceğimiz bazı çelişkili kararlarının ardından 2003 yılında verdiği 469 numaralı kararda Fransa Anayasası’nın hiçbir maddesinin kendine anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi vermediğini ve türev kurucu iktidarın egemen olduğunu ifade etmiş ve değişmez maddeyi koruyucu bir içtihadattan kaçınmıştır.

Bu içtihat farklılığında, kanaatimizce, İtalya’nın 1922 yılında demokratik yollarla seçilen ancak iktidarının üçüncü yılında demokrasiyi askıya alan Benito MUSSOLINI tarafından 1925 ila 1943 yılları arasında faşist bir diktatörlükle

<sup>689</sup> GENEVOIS, “Les Limites d’Ordre...”, s. 910.

<sup>690</sup> Marina Calamo SPECCHIA, “Le Projet Gouvernemental du 10 Octobre 2003, Relatif à la révision de la Constitution Italienne: Une Aberration Institutionnelle?”, **Revue Française de Droit Constitutionnel (RFDC)**, no. 58, 2004, s. 428.

yönetilmesinin, buna karşın Fransa’da benzer bir hâlin hiçbir zaman yaşanmamış olmasının hiç payı olmadığı söylenemez. İtalya Anayasa Mahkemesi bu durumun yeniden yaşanmasını engellemek adına savunmacı bir demokrasi anlayışıyla yorum yetkisini türev kurucu iktidarı sınırlandırmak amacıyla kullanırken Fransa Anayasa Konseyi, Fransız Devrimi’nden gelen parlamento üstünlüğü algısının da etkisiyle türev kurucu iktidarı “egemen” olarak tanımlamaktadır.

Fransa Anayasa Konseyi’nin 2003 yılında verdiği kararın kaynağına bakıldığında görülmektedir ki, o seneye kadar *cumhuriyet* kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde bir görüş ayrılığı bulunmaktadır. Fransa Anayasası’nın 89. maddesinin 5. fıkrasındaki formüle göre “yönetimin cumhuriyetçi yapısı değiştirilemez” niteliktedir; ancak 14 Ağustos 1884’ten beri bir anayasal ilke olarak günümüze kadar gelmiş olan bu değişmez normun dar veya geniş yorumlanması gerektiği daima bir tartışma konusu olmuştur. Fransa doktrininde kabul edilen dar anlamıyla *cumhuriyet*, hükümetin belirlenmesi için pozitif hukukta soy bağının kullanılmasının yasaklanmasıdır.<sup>691</sup> Bir başka deyişle monarşi veya imparatorluk olmayan yönetimler birer cumhuriyettir.<sup>692</sup> Ancak bazı yazarlar söz konusu kavramın bu şekilde değil, geniş şekilde ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Bu bakış açısıyla FAVOREU-PHILIP, *cumhuriyet*’in, cumhuriyetçi geleneği oluşturan ve Fransa’nın 1958 Anayasa’nın 2. maddesinde sayılan temel değerler listesi ile “Cumhuriyet kanunlarıyla kabul edilmiş temel ilkeleri” de içeren geniş şekliyle algılanması gerektiğini belirtmiştir. Çünkü böylesi 1958 Anayasası metniyle daha uyumludur.<sup>693</sup> ROBERT, kavramın geniş anlamda kullanılması halinde laiklik, bölünmezlik, demokratiklik ve sosyallik niteliklerinin yanında vatandaşların köken, ırk veya din ayrımcılığına uğramadan kanun önünde eşitliğinin, inançlara saygının, Fransa devletinin “özgürlük, eşitlik, dayanışma” sloganının, resmî dilin Fransızca oluşunun, bayrağın, ulusal marşın, halkın halk tarafından halk için yönetim ilkesinin, millet egemenliğinin Fransız halkına ait olduğunun ve seçimlerin genel, eşit ve gizli yapılması gerektiği kurallarının da değişmezlik kapsamına gireceğini ifade etmektedir.<sup>694</sup> HAURIOU’ya göre *cumhuriyet* sadece hükümetin değil, Fransa devletinin de şeklidir: “*Cumhuriyet, millî egemenliğe en iyi şekilde adapte olan*

<sup>691</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, s. 123.

<sup>692</sup> ROBERT, “La Forme...”, s. 365.

<sup>693</sup> Louis FAVOREU, Loïc PHILIP, *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., Paris, 1997, s. 827.

<sup>694</sup> ROBERT, “La Forme...”, s. 365.

*Devlet'in şekli haline gelmiştir ve onunla olduğu kadar demokrasiyle de özdeşleşmiştir.*"<sup>695</sup> VEDEL'e göre ise *cumhuriyet* kavramıyla birlikte değişmezlik kapsamına son derece somut olgular da girmektedir. Örneğin *cumhuriyet*'in demokratik mantığı gereği Cumhurbaşkanı doğrudan seçilmeli ve yasa yapım sürecine halk katılabilmelidir.<sup>696</sup>

Fransa Anayasa Konseyi işte bu görüş farklılıkları içerisinde, yukarıda belirttiğimiz 2003-469 sayılı ve 26.03.2003 tarihli kararında, senatörlerin, ülkenin merkezî yapısını yumuşatan anayasa değişikliğinin Anayasa'nın değiştirilmesi teklif dahi edilemeyen 89/5. maddesine aykırı olduğu iddiasını ve dolayısıyla *cumhuriyet* kavramını geniş yorumlama isteğini reddetmiştir. Oldukça kısa olan karar gerekçesinde Konsey, Anayasa'ya ve kuruluşuna dair kanuna bakarak yetkilerinin sınırlı sayıda ve kesin şekilde sayıldığını belirterek, anayasa değişikliğine dair kanunları inceleme yetkisinin olmadığına karar vermiştir.

Kanaatimizce karar metninin kısa tutulmasının nedeni yukarıda belirttiğimiz tartışmalara hiç girilmeden ve olabildiğince hukuka dayanan bir gerekçenin yazılması ihtiyacıdır. Ancak merkezî yapının yumuşatılması gibi değişmez maddeyle dolaylı şekilde ilgili bir anayasa değişikliği değil de, örneğin yeniden monarşiye geçilmesi gibi bir anayasa değişikliği kanunu varsayımı karşısında, kanaatimizce, Konsey'in tutumu bundan çok daha farklı olacaktır.

Fransa'daki tartışmanın bir benzeri Almanya'da da yaşanmaktadır. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin eski başkanlarından Roman HERZOG, Anayasa'nın değişmez nitelikteki 20. maddesinin Almanya devletinin esaslı niteliklerini barındıran temel norm olduğu düşüncesindedir. Yazara göre söz konusu madde düzenlemesi halkın egemenliğini de içeren demokrasiyi, devletin cumhuriyetçi yapısını, federalizmi, anayasal eşitliği, kuvvetler ayrılığını, devlet organlarının anayasaya saygı yükümlülüğünü, hükümetin ve yargının kanunlara ve hukuka tâbi olmasını ve sosyal devleti de kapsamaktadır.<sup>697</sup> Söz konusu maddeye bakıldığında, çeşitli ilkeler açıkça yazılmış olmasına karşın HERZOG'un egemenlik

<sup>695</sup> Maurice HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1929, rééd. CNRS, 1965, s. 343.

<sup>696</sup> Aktaran: BLACHER, *a. g. e.*, ss. 123-124.

<sup>697</sup> HERZOG, "La Hiérarchie...", ss. 16-17.

ve anayasal eşitlik ilkesine maddenin geniş yorumlanması yoluyla ulaştığı söylenebilir.<sup>698</sup>

Bununla birlikte, değişmez maddenin içeriğinin, değişmezliği yaratan anayasa-koyucunun öngörmediği şekilde geniş yorumlanmasının denetim sırasında anayasa yargıcını doğru karardan saptırma riski doğurduğuna dikkat çekilmelidir.<sup>699</sup> Değişmez maddelerin içeriği güncel şartlarla uyumlu hale getirilmek amacıyla yorumlanmaya muhtaçtır; ancak anayasa yargıcı yorum yaparken hem kurucu iradeyle bağı koparmamalı, hem de uluslararası insan hakları ve demokrasi standartlarını her zaman göz önünde bulundurmalıdır.

*(b) Anayasa mahkemesinin anayasayı yorumlamasına dair tezler*

Anayasal yorum konusunda iki adet tez öne sürülmüştür. Bunlardan ilkinde göre, anayasallık denetimi yapılırken bir kanunun anayasaya uygun olup olmadığının belirlenebilmesi için öncelikle anayasa metninin tam olarak ne dediğinin bilinmesi gerekir. Ancak gerçekte anayasa metni müphem ve yoruma açıktır. Bu yüzden denetimin gerçekleştirilmesi için metnin *hukuksal* bir yorumu yapılmalıdır. Böylece anlamı ortaya çıkartılmalıdır. Ancak bu yorum metnin içerisinde yer almamaktadır. Bu nedenle yapılan yorum bir saptama değil, tam anlamıyla bir tercihtir. Buna bağlı olarak denilebilir ki, bir kanun yorumlandığında, gerçek kanun koyucu ilk elden o kanunu yapan değil, yorumlayandır. Aynı şey anayasa için de geçerlidir. Sonuç olarak, halk veya temsilcileri tarafından kabul edilmiş bir kanunun anayasallık denetimini yapmak, kanunu denetimi yapan organın iradesine tâbi tutmaktır. Dolayısıyla anayasallık denetimi demokrasinin hiçbir biçimiyle uyumlu değildir. Bu nedenle, yukarıda incelediğimiz *yargıçlar hükümeti* adı verilen farklı bir yönetim biçimine yol açar.<sup>700</sup>

Bu bakış açısından bakıldığında örneğin ABD’de, Yüksek Mahkeme’nin tutumu göstermiştir ki anayasa yargıçları, yorumladıkları anayasa maddelerinin çoğunun kesinlik taşıması nedeniyle, ülke siyasetini öyle veya böyle

<sup>698</sup> Buna karşın HERZOG, maddenin son fıkrasında açıkça yazan direnme hakkını devletin esaslı nitelikleri arasında saymamıştır.

<sup>699</sup> GENEVOIS, “Les Limites d’Ordre...”, s. 913.

<sup>700</sup> HAMON, TROPER, *Droit...*, s. 65.

etkileyebilmektedir: Mahkeme önce, 1857 yılında Dred Scott davasında kölelik konusunda muhafazakar olmuş; 1896 yılında Plessys - Fergusson'a karşı davasında *eşit ama farklı* yaklaşımıyla ırksal ayrımcılık yapmış; veya 1880 yılından başlayarak iş hukuku ve ROOSEVELT'in "Yeni Düzen"i konusunda ekonomik müdahaleciliğe imza atmış, örneğin 1935 yılında Schechter Poultry Şirketi - Birleşik Devletler'e karşı davasında Yeni Toparlanma Kanunu'nu Anayasaya aykırı bulmuş; daha sonra ise yön değiştirmiş ve başyargıçlar E. WARREN ve W. BURGER etkisinde ilerlemeci olmuş ve tüm ırk ayrımcılıklarına karşı durmuş; 1954 yılında Brown - Topeka Eğitim Kurulu'na karşı davasında *eşit ama farklı* yaklaşımını iptal etmiş; federe yasama organlarında ve Temsilciler Meclisi'nde oranlılığı savunarak ve seçim bölgelerinin belirlenmesinde *gerrymandering* uygulamasını iptal ederek siyasal ayrımcılık karşıtı kararlar vermiştir.<sup>701</sup> Böylece Yüksek Mahkeme kararlarıyla ülke siyasetini sürekli etkilemiş, yönlendirmiş ve hatta bazen belirlemiştir. Bu durum yargı organının yasama ve yürütme organının alanına müdahale etmesi anlamını taşır ve demokrasiye uygun değildir.

Karşıt teze göre ise, anayasa metni yoruma muhtaç olsa da, anayasa yargıcının yaptığı yorum yargıcın kişisel siyasal düşüncesinden kaynaklanan yorumu değildir. Bunun öncelikli nedeni, yargıcın düşüncesini hukuksal olarak gerekçelendirme zorunluluğudur. Ayrıca anayasa yargıcı yasama organını sınırlandırmekten de korkar. Çünkü parlamento iptal edilen kanunu anayasa değişikliği olarak kabul edebileceği gibi anayasa mahkemesinin yapısını değiştirip yargıçların sayısını artırarak kararın kendi istediği yönde çıkmasını dahi sağlayabilir. Son olarak, yargıç kanun koyucudan farklı bir görev yürütmektedir; daha çok bir edebiyat eleştirmeniyle karşılaştırılabilir: Metni olabilen en olumlu şekilde değerlendirmeli ve yorumu olabildiğince fazla sayıdaki veriyle uyumlu olmalıdır.<sup>702</sup>

Bu ikinci tezin kabul edilmesi halinde bu sefer de anayasallık denetiminin kendine özgü niteliklerinin ortaya konması gerekir. Bunlardan ilki, referans normu olan anayasanın genel bir düzenleme olması nedeniyle uygulanmasında yorumun zorunlu olmasıdır. Bu zorunluluk, özellikle temel ilkelerin itiraz yoluyla yapılan başvurularda olduğu gibi somut sonuçlara uygulanmasında daha bariz bir hal alır. İkinci olarak, anayasal yorumun tek olması gerekir; çünkü yorum herkesi bağlar.

<sup>701</sup> TURPIN, *Contentieux*..., s. 30.

<sup>702</sup> HAMON, TROPER, *Droit*..., ss. 65-66.

Yorum tekliğinin sağlanması için de yorumun yalnızca tek bir organ tarafından yapılması ve bu yorumun diğer herkesi bağlaması gerekir.<sup>703</sup> Yorumu yapacak bu organ da, tarihsel sürecin sonucunda görülmüştür ki, anayasa mahkemesidir.

Anayasa yargıcı, üç nedenle anayasayı yorumlar: Metnin kesinlik içermemesi (bir başka deyişle birden fazla anlama gelebilmesi) nedeniyle açıklık getirilmesi, metnin yazarlarının eğiliminin ortaya çıkarılması ve son olarak, metnin siyasal ve sosyal algılardaki evrime göre değerlendirilebilmesi.<sup>704</sup> Söz konusu nedenler değişmez maddelerin yorumu için de aynen ve hatta öncelikle geçerlidir. Zira ülkenin temellerini oluşturan değişmez maddeler genelde herkesin üzerinde uzlaşacağı soyut kavramlardan ibarettir. Fransa Anayasası'ndaki "cumhuriyetçi yönetim", Almanya Anayasası'ndaki "insanlık onuru", Türkiye Anayasası'ndaki "demokratik, sosyal, hukuk devleti" gibi terimler kişiden kişiye değişen bir algıya sahiptir. Örneğin cumhuriyet kavramının dar anlamı yöneticilerin seçimle belirlendiği rejimken, geniş anlamının içerisine insan haklarına saygı, demokrasi, laiklik, eşitlik gibi kavramlar da dâhil edilebilmektedir. Hatta Yunanistan, İtalya, Fransa, Portekiz ve Türkiye gibi anayasasında yönetim biçiminin değiştirilemeyeceğine yönelik bir sınırlama bulunan ülkelerde cumhuriyetçi yönetim biçimine bağlı şekilde düşünülmesi gereken halk egemenliği ilkesi, eşitlik ilkesi, oy hakkı ve toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının da değişmez nitelikte olduğu dahi iddia edilebilir.<sup>705</sup>

Dolayısıyla değişmez maddeler, devletin temellerini göstermekle birlikte çoğunlukla kesin bir içerikten yoksundur. Bu nedenle anayasanın diğer maddelerine nazaran daha çok yoruma muhtaçtır.

Önüne gelen bir anayasa değişikliği davasında değişmez maddelerin ihlal edilmesinin önüne geçmek isteyen anayasa mahkemesi bahsettiğimiz bu yorumlardan bir tanesini seçmek durumundadır. Aksi takdirde karar vermesi mümkün değildir. Bu nedenle, görüldüğu üzere, anayasa mahkemesinin değişmez maddeler konusunda yorum yapması hem zorunludur, hem de yaptığı yorum ülkenin temellerinde çeşitli değişiklikler yarattığı için son derece de önemlidir.

<sup>703</sup> DRAGO, *Contentieux...*, ss. 100-101.

<sup>704</sup> HAMON, TROPER, *Droit...*, ss. 57-59.

<sup>705</sup> HOXHAJ, BJANKU, "The Basic...", ss. 55-56.



Anayasa mahkemesinin kavramların içeriklerini dar veya geniş yorumlamak dışında, anayasa yargısında kullanılan diğer yorum yöntemleri arasında da bir seçim yapması gerekir. Özellikle değişmez maddeler konusunda kullanacağı yorum yöntemi yaratacağı sonuç bakımından son derece önemlidir. Bu konuda iki yöntem öne çıkmaktadır: Tarihsel yorum ve dinamik yorum.

*(c) Anayasa mahkemelerinin değişmez maddeleri yorumlama biçimleri*

Anayasallık denetimini anayasa değişikliklerinin anayasanın değişmez maddelerine göre denetimine genişleten ülke sayısı son derece azdır. Ancak bu ülkelerin önemi ve anayasa mahkemelerinin vermiş olduğu kararların hukuksal gerekçelerinin güçlü oluşu nedeniyle konunun niteliksel etkisi niceliksel boyutuna göre daha büyük olmaktadır.

Bu ülkelerden Almanya, İtalya, Hindistan ve Türkiye anayasa mahkemeleri değişmez maddeleri geniş, Fransa Anayasa Konseyi ise dar yorumlamayı tercih etmektedir. Almanya ve Türkiye anayasa mahkemeleri değişmez maddeleri doğrudan değiştirmeyen anayasa değişikliklerini de değişmez maddelerin içeriğini değiştirip değiştirmemek yönünde inceleme yetkisini kendinden bulmaktadır. Almanya, İtalya ve Hindistan anayasa mahkemeleri anayasada açıkça yazılmış olmayan bazı kavramları değişmezlik yasağı içerisinde kabul etmektedir.

*(i) Değişmez maddelerin geniş yorumlanması ve sonuçları*

Aslî ve türev kurucu iktidar arasındaki farkın temelinde egemenlik yetkisinin hangi organda olduğu yatmaktadır. Bu iki iktidar arasındaki, çalışmamızın ilk kısmında ifade ettiğimiz bu ayrım, anayasa mahkemelerinin değişmez maddeler bakımından yaptıkları denetim yetkisinin temel dayanağını teşkil etmektedir. Çünkü değişmez maddeler tek egemen irade olan kurucu halkın iradesini yansıtmaktadır. Bu nedenle devletin egemenlik unsurudur ve yalnızca aslî kurucu iktidar devletin

egemen niteliğini ihlal edebilir, anayasa değişikliği iktidarı bunu asla yapamaz.<sup>706</sup> Eğer yapmak isterse anayasa mahkemesinin anayasanın koruyucusu sıfatıyla bu işlemi iptal etmesi gerekir. Zira bir anayasa, herhangi bir anayasa değişikliği ile kendi yıkımına ve ilgasına izin vermeyi düzenleyemez.<sup>707</sup>

Almanya Federal Yüksek Mahkemesi yeni bir anayasaya kaynaklık eden ve anayasa-öncesi hukuk düzenine ait olduğu için tüm anayasallık denetiminden muaf kurucu eylemle, anayasanın sert çekirdeğiyle sınırlanan ve bu nedenle de hukuksal bir anayasallık denetimine tâbi olan değiştirme eylemi arasındaki bu farkı kabul etmektedir. Mahkeme'ye göre eğer kurucu iktidar ilkel, egemen ve kontrol edilemez bir iktidarsa, değiştiren iktidar ancak ve ancak kurulu, egemen olmayan ve kontrol edilebilirdir. Anayasa yargısı, değişiklik yapan kanunla temel kanunun birbirine uyumlu olmasının teminatıdır.<sup>708</sup>

Buna bağlı olarak Federal Yüksek Mahkeme çok sayıda kararda<sup>709</sup> anayasa değişikliklerini ve uluslararası anlaşmaları değişmez maddeler bakımından denetlemiştir. Mahkeme, Federal Almanya Anayasası'nın değişmez nitelikteki ilk maddesindeki insan onuru kavramını değişmez nitelikte olmayan 2 ila 19. maddelerdeki bireysel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasa değişikliklerini denetlemek amacıyla kullanmıştır. İlk etkin denetimini yaptığı 1970 tarihli kararının<sup>710</sup> konusu değişmez nitelikte olmayan iletişimin gizliliğine dair Anayasa'nın 10. maddesidir. Aynı şekilde 2004 tarihli kararında<sup>711</sup> da değişmez maddeleri ihlal edip etmediği bakımından denetlenen anayasa değişikliği Anayasa'nın konutun dokunulmazlığını düzenleyen 13. maddesidir.

KOTZAR'a göre de "*Federal Almanya Anayasası'nın 79/3. maddesi 1. ve 20. maddelerin değişmez olduğunu ilan ederek aslında bunların kelimelerinin değiştirilmesini değil, içeriğindeki ilkelerin değiştirilmesini yasaklamaktadır. Ancak bu durum uygulamanın hem sınırlanmasına, hem de genişlemesine yol açar: Bir taraftan, temel içeriklerine sadık kalındığı sürece 1. ve 20. maddeler dahi*

<sup>706</sup> BEAUD, "La souveraineté de...", s. 1051.

<sup>707</sup> BEAUD, "La Souveraineté de...", s. 1051.

<sup>708</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, ss. 114-115.

<sup>709</sup> Kronolojik sıraya göre: 1951 tarihli BverfGE 1,44; 1953 tarihli BverfGE 3, 225; 1957 tarihli 6 BverfGE 32, 36; 1970 tarihli BverfGE 30, 1; 1993 tarihli BverfGE 89, 155; 2004 tarihli BverfGE 109, 279 ve 2009 tarihli BverfGE, 2 BvE 2/08 sayılı kararlar.

<sup>710</sup> 1970 tarihli BverfGE 30, 1 sayılı karar.

<sup>711</sup> 2004 tarihli BverfGE 109, 279 sayılı karar.

*değiştirilebilirdir.*<sup>712</sup> *Ancak diğer taraftan, değişmezliği açıkça ifade edilen 1. ve 20. maddenin ötesinde, anayasanın diğer maddelerini değiştiren anayasa değişiklikleri de eğer değişmez maddelerin temel içeriğini etkiliyorsa hukuken hükümsüz ve geçersizdir.*<sup>713</sup> Zira aksi takdirde değişmez maddelere dokunmasa da anayasanın başka bazı maddelerinde değişiklik yapılarak değişmez maddenin içeriğinin boşaltılması mümkündür.

Türkiye Anayasa Mahkemesi de, 1961 Anayasası döneminde geliştirmiş olduğu “dolaylı değiştirme yasağını” istikrarlı şekilde sürdürmüştür. Bu içtihadı göre Anayasa’nın ilk maddesindeki “cumhuriyet” sözcüğü yalnızca ülkenin yönetim şeklini kapsamamaktadır; bu sözcükle anlatılmak istenen “*nitelikleri Anayasa’da belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir.*”<sup>714</sup> Bu nedenle, yalnızca söz konusu ilk madde değil, buna bağlı olarak Cumhuriyet rejiminin niteliklerini belirleyen diğer maddeler de değişmezlik niteliğine sahiptir.<sup>715</sup> Aksi takdirde, 1961 Anayasa’nın değişmez ilk maddesine dokunulmadan başlangıç ve 2. maddede yapılacak değişikliklerle rejimin kökünden yozlaştırılması yolu açılmış olur.<sup>716</sup> Mahkemeye göre “*dünya yüzeyine yayılmış ülkelere göz atılacak olursa, adları ‘Cumhuriyet’ oldukları halde uyguladıkları rejim bakımından Anayasa’mızdaki sisteme taban tabana zıt düşen pek çok devletlerin bulunduğu görülmektedir.*”<sup>717</sup>

Türkiye Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin 1970 yılında verdiği ilk kararında hem değişmez nitelikteki “cumhuriyet” kelimesini geniş yorumlamış<sup>718</sup>, hem de buna bağlı olarak değişmezlik yasağının cumhuriyet rejimini ilgilendiren diğer maddelere de sirayet etmesi gerektiği kanaatine varmıştır. Mahkeme’nin içtihadına kaynaklık eden ilgili bölümü aynen alıntılanak açıklayıcı olacaktır:

---

<sup>712</sup> Biz bu görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce değişmez ilân edilen maddeler şeklen de değişmezdir. Maddelerdeki kelime ve cümlelerin de değişmezlik kapsamına girmesinin nedeni yapılacak değişikliğin maddenin anlamını ve dolayısıyla içeriğini de değiştirme ihtimalidir. Şekil ve içerik değişikliğine ilişkin yasaklar birbirini besleyen bir değişmezlik anlayışından kaynaklanmaktadır. Bilindiği üzere hukukta bir virgül bile çok şey değiştirebilir. Bir değişmez maddenin kelime ve cümlelerinde yapılacak değişikliklerin de içeriğe etki etmesi mutlaklıdır. Zaten aksi takdirde neden bir değişiklik ihtiyacı duyulsun ki? Bu nedenle, kanaatimizce, değişmezlik ilkesi hem maddenin şeklini, hem de içeriğini kapsamaktadır.

<sup>713</sup> KOTZUR, “Constitutional Amendments...”, s. 131.

<sup>714</sup> 15.4.1975 tarihli E. 1973/19, K. 1975/87 sayılı karar.

<sup>715</sup> Karşıt görüş için bkz: Server TANİLLİ, **Devlet ve Demokrasi – Anayasa Hukukuna Giriş**, Çağdaş Yayınları, 8. bası, İstanbul, 1996, ss. 124-125.

<sup>716</sup> TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, s. 172, dipnot 27.

<sup>717</sup> 21.10.1976 tarihli E. 1976/38, K. 1976/46 sayılı karar.

<sup>718</sup> Aynı yönde görüş için bkz: BATUM, **99 Soruda...**, s. 175.

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

*Bu bakımdan bu ilkelere değişmeyi öngören veya Anayasa’nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunamaz. Bu esaslara aykırı olarak çıkarılmış bulunan bir kanunun Anayasa’nın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir.”<sup>719</sup>*

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, “Cumhuriyet şeklinin değişmezliği” kavramının içine “anayasanın diğer maddelerinde belirtilen niteliklerini” de almış ve bu ilke ve esaslara aykırı düşen değişiklikleri denetleyebileceğini belirtmiştir.<sup>720</sup> Böylece Mahkeme cumhuriyet kavramını dar anlamıyla değil, geniş anlamıyla yorumlamış ve Türkiye’ye özel bir cumhuriyet rejimi yaratmıştır. Bu rejimin temel özelliklerini belirleme yetkisini kendinde bulan Anayasa Mahkemesi bunların Anayasa’nın 2. maddesinde sayılan temel ilkeler olduğunu belirtmiştir.

Fransa’da da değişmez konumdaki cumhuriyetçi yapının içeriği tartışma konusu olmuştur. Cumhuriyet kavramının geniş yorumlanması gerektiğini düşünen

<sup>719</sup> 16.6.1970 tarihli E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı karar.

<sup>720</sup> BATUM, **99 Soruda...**, s. 175. Vurgular BATUM’a aittir.

yazarlara göre, “cumhuriyetçi yapı” genel oy, temsilî rejim ve kuvvetler ayrılığı gibi kavramları da içermektedir.<sup>721</sup> FAVOREU de, Fransa Anayasa Konseyi’nin *Maastricht II* kararının yorumunda “cumhuriyetçi yapı” kavramının geniş anlamının cumhuriyetçi mirası ve Fransa Anayasası’nın 2. maddesi ile kanunlarla kabul edilmiş temel ilkelerde sayılan temel değerler serisinin bütününe kapsadığını düşünmektedir.<sup>722</sup>

YÜZBAŞIOĞLU da Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’nın ilk üç maddesindeki ilkelerin yalnızca kelime olarak değil, içeriklerindeki nitelikler itibariyle korunması gerektiği yönündeki görüşe katılmaktadır. Yazara göre sadece Cumhuriyet ve hukuk devleti gibi ilkelerin kelime olarak korunması yeterli değildir; çünkü örneğin “2. maddede hukuk devleti kalır ama siz yargıyı öyle bir düzenlersiniz ki ortada bağımsız yargı kalmamıştır. Dolayısıyla, bu nitelikleri dolaylı olarak etkileyen düzenlemelerin de değişmezliği işin doğası gereğidir.”<sup>723</sup>

Gerçekten de, her ne kadar değişmez maddelerin geniş yorumlanması anayasa mahkemelerine türev kurucu iktidarın iradesini sınırsız şekilde iptal etme yetkisi tanıyor gibi gözükse de, dar yorumlanması halinde de parlamento çoğunluklarının değişmez maddelerin içeriğini boşaltarak anayasal sınırlamaları etkisiz hale getirmesi mümkün hale gelmektedir. Örneğin cumhuriyetçi yapının değişmez madde olarak korunduğu Türkiye, Fransa ve İtalya gibi ülkelerde, parlamentonun bir anayasa değişikliği yoluyla değişmez maddeye dokunmaksızın genel seçimleri iptal eden bir düzenlemeyi kabul ettiği bir hal varsayıldığında, cumhuriyetçi yapı hukuksal olarak değil ancak fiilen yürürlükten kalkacaktır. Anayasada cumhuriyetçi yapı değişmez madde olarak varlığını sürdürürken seçimlerin yapılmasını sağlayan madde yürürlükten kaldırıldığı için genel seçimler yapılamayacak ve cumhuriyet kavramının özünü oluşturan iktidarın demokratik seçimlerle el değiştirmesi unsuru hiçbir zaman hayata geçemeyecektir. Aynı şekilde cumhuriyet rejiminin ve laikliğin değişmezlikle korunduğu 1982 Türkiye Anayasası’nın başkaca bölümlerinde İslamî bir devlet ya da monarşi kuracak düzenlemeler getirilebilir.<sup>724</sup>

<sup>721</sup> Didier MAUS, “Sur ‘la Forme Républicaine du Gouvernement’”, *Commentaire sous la Décision no. 92-312 DC du 2 septembre 1992*”, **Revue Française de Droit Constitutionnel (RFDC)**, no. 11, 1992, s. 412.

<sup>722</sup> FAVOREU, PHILIP, **Les Grandes Décisions...**, 9<sup>e</sup> éd., s. 827.

<sup>723</sup> **Anayasa’nın Değiştirilemez...**, ss. 52-53.

<sup>724</sup> ARATO, “Demokratik Anayasa...”, s. 37.

CHABRIER, başka bir örnekle, “Anayasa Konseyi’nin, nasıl olup da ırksal veya dinsel ayrımcılık öngören ya da Cumhuriyet’in laiklik ilkesini ihlal eden bir anayasa değişikliği karşısında suskun kalacağını” sorgulamaktadır.<sup>725</sup> Konsey’in cumhuriyet kavramını dar yorumlamaya devam etmesi halinde bu tür bir anayasa değişikliğini iptal etmemesi gerekir. Ancak bu anayasa değişikliğinden sonra Fransa Cumhuriyeti’nin temel niteliklerinin değişeceği de kesindir. Bu ve benzeri örnekler, değişmezlik kavramının ve dolayısıyla aslî kurucu halk iradesinin boşa çıkartılması anlamını taşıyacaktır.<sup>726</sup>

Kanaatimizce, anayasa içerisinde bir çelişki oluşturan bu tür durumlara anayasa mahkemesinin izin vermesi düşünülemez. Anayasayı koyan ve değişmez maddeleri belirleyen kurucu halkın iradesinin temsilcisi konumundaki anayasa mahkemesinin en temel görevlerinden biri, bu tür düzenlemelerin hayata geçmesini engellemektir.

Ancak değişmez maddelerin geniş yorumlanması önemli bir tehlikeyi de beraberinde getirmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin değişmez niteliğe sahip “cumhuriyet” kelimesini Anayasa’nın 2. maddesindeki nitelikleri ve Başlangıç’taki ilkeleri de kapsar şekilde kabul etmesi Mahkeme’ye sadece değişmez maddeleri değiştiren değil, tüm anayasa değişikliklerini denetleme imkânı sunmaktadır. Zira ONAR’ın ifade ettiği gibi “2. maddede yer alan insan haklarına dayanmak, millî, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olmak gibi niteliklerin ve Başlangıç’taki temel ilkelerin her birinin taşıdığı anlamın genişliğini dikkate aldığımızda, bu kavramlar üzerinde doğrudan veya dolaylı hiçbir etkisi olmayan bir Anayasa değişikliğini düşünebilmek güçtür.”<sup>727</sup> Bu nedenle YAYLA, Mahkeme’nin cumhuriyet terimini sadece bir hanedanı reddetmekle sınırlamamasını doğru bulmakla birlikte terimin genel anlam ve içeriğini Anayasa’nın 2. maddesinin tümüne yollama yaparak belirlemeye yönelmesini yanlış bulmaktadır.<sup>728</sup>

Cumhuriyet rejiminin niteliklerinin de değişmez ilan edildiği ancak Anayasa Mahkemesi’nin anayasa değişikliklerini esastan denetlemesinin açık şekilde

<sup>725</sup> Loïc CHABRIER, “Le Contrôle éventuel de la révision par le Conseil Constitutionnel”, Communication présentée au Congrès français de Droit constitutionnel de Dijon, 13, 14, 15 Juin 1996, s. 2.

<sup>726</sup> Karşıt görüş için bkz: CAN, **Kurucu iktidar**..., ss. 147-153.

<sup>727</sup> ONAR, **1982 Anayasası’nda**..., s. 146.

<sup>728</sup> Yıldızhan YAYLA, “Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü”, in **Prof.Dr. Hıfzı Timur Anısına Armağan**, İÜHF Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, ss. 1016-1017.

yasaklandığı 1982 Anayasası döneminde de Anayasa Mahkemesi değişmezliği geniş yorumlamaya devam etmiş ve Başlangıç bölümündeki ilkelerin değişmezlik kapsamı içinde olduğu içtihadını sürdürmüştür. Mahkeme, bir anayasa değişikliğiyle Türkiye hukuk düzenine dahil olan kamu denetçiliği kurumunu 2010 yılında verdiği kararda<sup>729</sup> Başlangıç'taki kuvvetler ayrılığı ilkesine göre denetlemiştir.

ÖZBUDUN'a göre ise Anayasa Mahkemesi'nin benimsemiş olduğu yorum yöntemi Mahkeme'ye anayasa değişikliklerinin âkibeti konusunda hemen hemen sınırsız bir takdir yetkisi vermektedir. Üstelik yazara göre, bu kavramlar geniş kapsamları yanında, çeşitli yorum ve değerlendirmelere açık kavramlardır. Böylece anayasa değişikliklerinin denetimi konusunda Anayasa Mahkemesi'nin belli bir andaki sübjektif yorum ve takdirinin egemen olması, “hukukîlik” denetiminin fiiliyatta bir “yerindelik” denetimine dönüşmesi tehlikesini ortaya çıkartmaktadır.<sup>730</sup>

ÖZBUDUN, Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin 2010/49 esas sayılı kararının ardından, Anayasa'da yapılabilecek değişikliklerin tümünü, anayasanın değiştirilemez hükümleriyle bir şekilde ilişkilendirmek mümkün olduğuna göre bu karardan sonra Anayasa Mahkemesi'nin onaylamadığı hiçbir anayasa değişikliğinin yapılamayacağını ifade etmektedir.<sup>731</sup>

ONAR'a göre “*kuşkusuz ki 1982 Anayasası'nı hazırlayan kurucu iktidar Anayasa'daki değiştirilmesi yasak hükümlerin kapsamını genişletirken bu değiştirme yasağına uymayı sadece yasama organının takdirine bırakmayıp Anayasa Mahkemesi'ne bu maddeler üzerinde yapılacak değişiklikleri denetleme yetkisini vererek yargısal güvence altına alsaydı veya Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisini sınırlı tuttuğuna göre, değiştirilmesi yasaklanan kuralların sayısını artırmasaydı daha tutarlı davranmış olurdu.*”<sup>732</sup> Ancak, kanaatimizce, sivil iradeye aksi yönde ortaya çıkan askerî iradenin yarattığı bu tutarsızlık Anayasa'nın değişmez maddesinin korumasız bırakılması sonucunu doğurmamalıdır. Yukarıda bahsettiğimiz yazarların iddiaları 1982 Anayasası'nın 2. ve 3. maddeleri için geçerli olsa bile ilk madde için geçerli sayılmamalıdır. Kaldı ki, çalışmamızın ilk kısmında açıkladığımız üzere, Anayasa'nın 2. ve 3. maddelerinde yer alan hükümlerden de

<sup>729</sup> 07.07.2010 tarihli E. 2010/49, K. 2010/87 sayılı karar.

<sup>730</sup> ÖZBUDUN, **Türk Anayasa...**, ss. 179-180.

<sup>731</sup> ÖZBUDUN, **a. g. e.**, s. 183.

<sup>732</sup> ONAR, **1982 Anayasası'nda...**, s. 164.

sınama meşruiyetine sahip olanların yine değişmezlik niteliğinin kabul edilmesi gerekir.

Kaldı ki yukarıda bahsettiğimiz yazarlar, kanaatimizce, Anayasa Mahkemesi'nin yetkisini aştığı iddiasını pozitif anayasa kurallarına dayandırırken, konuya bilimsel bir bakış açısından ziyade siyasal bir bakış açısıyla yaklaşmaktadır. Zira Anayasa Mahkemesi'nin yetkisini anayasada yazan yetkilerle sınırlandırmaya çalışırken, anayasa kurallarının aynı şekil ve oranda bağladığı parlamentonun yetkisini anayasanın yine pozitif hükümleri olan değişmezlik maddeleriyle sınırlandırmamaktadırlar. Oysa nasıl Anayasa Mahkemesi 148. maddede gösterilen yetkiyle sınırlıysa, Türkiye Büyük Millet Meclisi de 1982 Anayasası'nın değişmez maddeleriyle sınırlıdır. Her iki organ da kurulu iktidardır ve anayasa ile aynı ölçüde bağlıdır.

Bunun yanında, çalışmamızın ilk kısmında ifade ettiğimiz görüşle uyumlu olarak 1982 Anayasası'nda hukuksal değeri olan tek değişmez madde Türkiye Devleti'nin bir cumhuriyet olduğunu düzenleyen ilk maddesidir; çünkü bu madde bir devlet geleneği haline gelerek sınama meşruiyeti kazanmıştır. Bunun yanında Anayasa'nın hazırlanması sürecinde –demokratikliği tartışmalı olmakla birlikte– Kurucu Meclis'in sivil kanadını teşkil eden Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu'nun kabul ettiği tek değişmez madde budur. Hükûmet darbesi yaparak iktidarı elinde bulunduran askerî irade sonucu değişmezlikleri ilan edilen Anayasa'nın 2. ve 3. maddelerinin değişmezliğinin, kanaatimizce, Anayasa'dan kaynaklanan bir hukuksal değeri bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu maddelerin Anayasa Mahkemesi tarafından cumhuriyet rejimine özgülenmeyen içerikleri değiştirilebilir. Bir başka deyişle Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa'nın 2. ve 3. maddeleri üzerinde, Anayasa Mahkemesi'nin cumhuriyet rejimiyle ilgili yaptığı geniş yoruma dahil olmayan kısımlarında değişiklik yapabilir.

*(ii) Değişmezliğin dar yorumlanması gerektiği iddiası ve “olumlu yönde” değişiklik fikri*

Anayasada yer alan değişmez maddelerin geniş yorumlanmasının çeşitli sorunlara yol açtığı görülmektedir. Bazı yazarlarsa, uygulamayla ortaya çıkan bu



sorunlardan ziyade değişmezlik yasağının teorik nedenlerle dar yorumlanması gerektiğini iddia etmiştir. Bunun ilk nedeni, hukukta genel bir ilke olarak istisnaların dar yorumlanması gerektiğidir. Bu ilke uyarınca, değişmez maddeler de anayasaların içindeki istisnalar olarak dar yorumlanmalıdır.<sup>733</sup> Bu görüşe göre eğer aslı kurucu irade anayasanın başka maddelerinin de değiştirilmesini engellemek isteseydi bunu açıkça belirtebilirdi. Bu yapılmadığına göre değiştirme yasağının kapsamının anayasa mahkemesi tarafından yorum yoluyla genişletilmesi mümkün değildir.<sup>734</sup>

Bu iddianın önde gelen savunucularından GÖZLER, Fransa Anayasası'nın değişmezliği sağlayan 89/5. maddesinde yer alan "cumhuriyetçi yapı" kavramının dar yorumlanması gerektiğini düşünmektedir. Değişmezliğe pozitivist bir bakışla yaklaşan yazara göre ilgili madde bir monarşinin tesis edilmesini, bir başka deyişle, devlet başkanlığının miras yoluyla edinildiği bir hükümet biçimini yasaklamakla yetinmektedir. Söz konusu madde, GÖZLER'e göre, Fransa Cumhuriyeti'nin demokratik yapısını korumamakta, farklı bir ifadeyle, *diktatoryal bir cumhuriyet* kurulması olasılığını dışlamamaktadır.<sup>735</sup> PACTET ve MELIN-SOUCRAMANIEN de her ne kadar değişmez maddelerin değiştirilmesi girişiminin anayasanın ruhuna aykırı olacağını düşünseler de değiştirme yasaklarının ihlal edilmesi halinde pratik olarak hiçbir sonuç doğmayacağını; çünkü Fransa Anayasası'nın anayasa değişikliklerine karşı yargı yollarına ilişkin herhangi bir düzenleme içermediğini ifade etmektedir.<sup>736</sup>

Kanaatimizce söz konusu yazarların görüşü, özellikle II. Dünya Savaşı tecrübesinin ardından, pozitivist teoriye uygun olsa da, hayatın gerçekleriyle uyumlu değildir ve anayasa mahkemelerinin günümüz demokrasisindeki yer ve görevini inkâr etmektedir.

Fransa Anayasa Konseyi, Avrupa'nın siyasî anlamda bütünleşmesi adına 7 Şubat 1992'de Maastricht'te imzalanan Avrupa Birliği Anlaşması'nın (Maastricht Anlaşması) Fransa Anayasası'na aykırı olduğuna dair iddialar üzerine<sup>737</sup> 9 Nisan

<sup>733</sup> GÖZLER, *Le Pouvoir de...*, t. I, s. 140.

<sup>734</sup> ÖZBUDUN, *Türk Anayasa...*, s. 179.

<sup>735</sup> GÖZLER, *Le Pouvoir de...*, t. I, s. 140. Vurgu GÖZLER'e aittir.

<sup>736</sup> PACTET, MELIN-SOUCRAMANIEN, *Droit...*, s. 72.

<sup>737</sup> Fransız Anayasası'nın 54. maddesi uyarınca uluslararası anlaşmaların Fransa Anayasası'na uygun olup olmadığının incelenmesi için yürürlüğe girmeden önce Anayasa Konseyi'ne başvurmak mümkündür. Bu başvuruyu Cumhurbaşkanı, Başbakan, Meclis'lerin başkanları veya altmış milletvekili ya da altmış senatör yapabilir. Eğer Konsey, anlaşmayla Anayasa arasında bir çelişki

1992’de çok tartışılan bir sürecin ilk kararını vermiştir. *Maastricht I* olarak bilinen bu kararda<sup>738</sup> Anayasa Konseyi, çeşitli noktalarda Anayasa’ya aykırılık bulmuş ve Anlaşma’nın ancak bir Anayasa değişikliğinden sonra mümkün olabileceği kararına varmıştır. Bunun üzerine 25 Haziran 1992’de kabul edilen bir yasayla Anayasa, Konsey’in istekleri doğrultusunda değiştirilmiştir.

Ancak yapılan değişikliğe rağmen Maastricht Anlaşması’nın hâlâ Anayasa’ya aykırı olduğunu iddia eden altmış senatör, Anayasa’nın 54. maddesinin kendilerine verdiği yetkiyi kullanarak bir kez daha Konsey’e başvurmuştur. Anayasa Konseyi’nin bu başvuru üzerine verdiği *Maastricht II* kararı<sup>739</sup> değişmez maddelerin talî kurucu iktidarın sınırlarını belirlemesi konusunda son derece önemlidir. Anlaşma’yla Anayasa arasında bir çelişki kalmadığına ve bu nedenle Maastricht Anlaşması’nın onaylanabileceğine karar vermesine karşın Konsey, kararın 19. paragrafında açıkça “kurucu iktidarın ancak belli şartlar altında egemen olduğunu” ifade etmiştir. Söz konusu şartlardan biri olarak da Anayasa’nın 89. maddesinin 5. fıkrasında yer alan ve değiştirilemez nitelikteki “*yönetimin cumhuriyetçi yapısı değişiklik konusu yapılamaz*” hükmüne saygı gösterilmesini saymıştır. Böylece Fransa Anayasa Konseyi, zımnî olarak, Meclis’in Anayasa’yı değiştirirken Anayasa’nın değişmez maddelerine saygı göstermemesi halinde bunları<sup>740</sup> iptal etme yetkisinin kendinde bulunduğunu ifade etmiştir.

ROBERT’e göre Konsey, Fransa Anayasası’nda anayasa değişiklikleriyle ilgili olarak bazı şartlar belirlemekte ancak “*kurucu iktidarın egemenliğini kesinlikle reddetmemektedir. Konsey yalnızca, sıfatını hak eden bir hukuk devletinde bir anayasa değişikliğinin ancak ve ancak anayasada konuyla ilgili olarak yer alan düzenlemelere saygı duyularak yapılabileceğine vurgu yapmıştır.*”<sup>741</sup>

Kanaatimizce, kararda önemli bir çelişki olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü Konsey, kurucu iktidarın hem egemen olduğunu düşünmekte, hem de bunu şarta

---

görürse öncelikle Anayasa’nın değiştirilmesi gerekir. Aksi takdirde anlaşmanın onaylanması mümkün değildir.

<sup>738</sup> Anayasa Konseyi’nin 308 DC numaralı ve 09.04.1992 tarihli kararı, FAVOREU, PHILIP, **Les Grandes Décisions...**, 9<sup>e</sup> éd., ss. 787-792.

<sup>739</sup> Anayasa Konseyi’nin 312 DC numaralı ve 02.09.1992 tarihli kararı, FAVOREU, PHILIP, **Les Grandes Décisions...**, 9<sup>e</sup> éd., ss. 792-797.

<sup>740</sup> İptal edilebilecek olan sadece Meclis tarafından kabul edilen Anayasa değişiklikleridir. Referandum yoluyla yapılan Anayasa değişikliklerini iptal etme yetkisi olmadığını Konsey 6.11.1962 tarihli ve 20 DC numaralı kararıyla kesin olarak belirlemiştir.

<sup>741</sup> ROBERT, “La Forme...”, ss. 361-362.

bağlamaktadır. Ancak egemenliğin niteliklerinden en önemlisi, kendinden üstün veya onunla rekabet halinde başka bir iktidarı tanımamasıdır.<sup>742</sup> Konsey'in kararındaki çelişki kurucu iktidara, tarihsel geçmişin de etkisiyle, geniş bir takdir yetkisi tanımak istemesi, ancak bu yetkisinin de sınırsız olmadığı mesajını vermeye çalışmasından kaynaklanmaktadır.<sup>743</sup>

Kararı destekleyen yazarlar, denetim yetkisinin doğal olarak Konsey'de olduğunu düşünmektedir. *Anayasa Konseyi'nin Önemli Kararları* adlı eserin yazarları FAVOREU ve PHILIP düşüncelerini, kararın incelenmesi kısmında şu şekilde ifade etmiştir: “*Belirtilen yasakların ihlal edilmesinin cezalandırılmaması halinde, (Konsey'e) ihlalleri denetleme yetkisi verilmesinin anlamını kavrayamamaktayız.*” Hatta yazarlar, *cumhuriyet* kavramından anlaşılması gerekenin dar şekilde monarşi karşıtı yönetim biçimi değil, geniş anlamda “cumhuriyetçi gelenek ve Fransa Anayasası'nın ikinci maddesinde ve Cumhuriyet kanunları tarafından tanınmış temel ilkelere yazan temel değerler” olduğunu iddia etmektedir.<sup>744</sup> Konsey, kararında sadece kurucu iktidarın Cumhuriyet'in değişmezliğine saygı gösterme zorunluluğundan bahsetmiş; ancak Cumhuriyet'in içeriği tartışmasına girmemiştir. Oysa FAVOREU-PHILIP, *Maastricht II* kararında zımnen bu denetimin yapıldığını düşünmekte ve buna bağlı olarak ileride yapılacak bir anayasa değişikliği iptal başvurusunun da kabul edileceğini öngörmektedir.<sup>745</sup> Bu açık sınırlamaya karşın kurucu iktidara *egemen* sıfatının tanınmasının mantıklı olmadığını, çünkü *egemen* kurucu iktidarın, kendi koyduğu sınırları tanımayabilme ihtimali olduğunu belirten yazarlar, bu çelişkiye karşılık Anayasa Konseyi'nin anayasal kanunları denetleme yetkisi olduğunun kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedir. Çünkü yoksa “*Anayasa Konseyi ırksal veya dinsel ayrımcılık yasağını ihlal eden bir anayasal kanunu denetlemeyi ret mi edecektir?*”<sup>746</sup>

Ancak, bazı yazarlarsa, kararda yalnızca *Maastricht I* kararı uyarınca yapılan bir anayasa değişikliğinin denetiminin yapıldığını, Konsey'in, *Maastricht II* kararında, kurucu iktidarın anayasal sınırlarını belirlemesinden söz edilemeyeceğini

<sup>742</sup> DUGUIT, *Souveraineté et...*, s. 76.

<sup>743</sup> Aynı yönde bkz: FAVOREU, PHILIP, *Les Grandes Décisions...*, 9<sup>e</sup> éd., s. 825.

<sup>744</sup> FAVOREU, PHILIP, *a. g. e.*, 9<sup>e</sup> éd., s. 827.

<sup>745</sup> FAVOREU, PHILIP, *a. g. e.*

<sup>746</sup> FAVOREU, PHILIP, *a. g. e.*, s. 828.

iddia etmiştir.<sup>747</sup> Nitekim Anayasa Konseyi yargıçlarının denetim yapabilecekleri normlar, sınırlı sayıda ve açık şekilde, Fransa Anayasası'nın 61. maddesinde sayılmıştır: Organik kanunlar ve sıradan kanunlar.

Kanımızca, ilk görüş hukuksal anlamda daha doğrudur. Zira, Konsey'in "kurucu iktidarın yalnızca belli şartlar altında ve Anayasa'da öngörülen değişmez maddelere saygı göstermesi halinde egemen olduğunu" belirtmesi, zımnî olarak, "aksi takdirde denetler ve gerekirse kurucu iktidar işlemini iptal etme yetkisini kendimde görürüm" demektir. Kararın özünün bu konuya ilişkin olmaması ve anayasa değişikliği sonrasında anlaşmanın Anayasa'ya aykırılığının kalmadığına hükmedilmesi bu durumu değiştirmemektedir.

Sonuç olarak baktığımızda, Fransa Anayasa Konseyi, 1992 yılında verdiği *Maastricht II* kararıyla, kullanmamış olsa da, Anayasa'da belirtilen sınırlamalara (bunlara değişmez maddelere saygı da dahildir) uymayan anayasa değişikliklerini iptal etme yetkisini kendinde bulmuştur.

Ancak 2003 yılına geldiğimizde Anayasa Konseyi'nin bu içtihadında değişiklik yaşanmıştır. Fransa Anayasa Konseyi, aşağıda daha ayrıntılı şekilde ele alınacak olan 2003 tarihli kararında<sup>748</sup> önüne gelen anayasa değişikliği davasında yetkisiz olduğu kanaatine varmış ve davayı reddetmiştir.

Ancak dikkat edilmesi gereken nokta Konsey'in değişmez nitelikteki "cumhuriyet" terimini yorumlamak yerine anayasa değişikliklerini denetlemek konusunda Fransa Anayasası'nda kendine bir yetki tanınmamış olduğu yorumunu benimsemiş olmasıdır. Dolayısıyla Konsey'in dar yorumladığı husus cumhuriyet terimi değil, yetkileridir. Kanaatimizce, Fransa'yı diktatörlüğe dönüştürecek bir anayasa değişikliği söz konusu olduğunda Konsey cumhuriyet kavramının demokrasiyi de içerdiği yorumuyla bunu engellemek üzere devreye girmekten çekinmeyecektir. Zira iktidarın sınırlanması yoluyla demokrasinin ayakta kalmasını sağlayan kurumlardan biri olan Konsey'in, varlık nedeni olan demokrasinin açıkça yıkılması teşebbüsüne tepkisiz kalacağını düşünmemekteyiz.

<sup>747</sup> MAILLARD DESGREES DU LOÛ, "Le Pouvoir...", s. 728.

<sup>748</sup> 29.03.2003 tarihli ve CC 2003-469 DC tarihli karar

Değişmez maddenin dar yorumlanması konusunda Norveç'in farklı bir konumu bulunmaktadır. Zira dünyanın en eski yazılı anayasalarından olan 1814 tarihli Norveç Anayasası'nın 112. maddesi “bir anayasa değişikliğinin Anayasa’da bulunan ilkelerle asla çelişmeyeceğini ve Anayasa’nın ruhuna dokunamayacağını” düzenlemektedir. Ancak yazarların çoğu ve Anayasa Mahkemesi yargıçları 112. maddedeki bu sınırlamaya, içeriğini Norveç Parlamentosu’nun yorumlaması gerektiğini düşündüğünden fazla bir önem vermemektedir. Bu nedenle Norveç’te anayasa değişiklikleri içerikten değil, yalnızca şekilden denetlenmektedir.<sup>749</sup>

Bu başlık altında değerlendirmeyi uygun bulduğumuz bir durum da değişmez maddelerle getirilen sınırlamaların mutlak olmadığı, değişmez maddelerin -içeriğinin ve esasının değiştirilmemesi kaydıyla- “olumlu yönde” değiştirilebilecekleri iddiasıdır.

Örneğin ONAR, değişmez maddelerin mevcut durumlarını “tamamen veya kısmen değiştirme” amacını gütmeyen, sadece yeni ekleme yapmakla yetinen değişikliklerin mümkün olduğunu düşünmektedir. Yazar bu duruma örnek olarak 1949 tarihli Federal Almanya Anayasası’nın değişmez nitelikteki 20. maddesine 1968 yılında eklenen direnme hakkını örnek göstermektedir.<sup>750</sup> ÖZBUDUN da ONAR’a atıf yaparak “1982 Anayasası’nın 2. maddesinin tümü değil, sadece burada sayılan ‘nitelikler’ değişmezlik kapsamı içinde olduğuna göre, bu niteliklerin içeriklerini olumsuz yönde etkilemeyen değişiklik veya eklemelerin yapılabilmesi” gerektiğini düşünmektedir.<sup>751</sup>

Murat SEVİNÇ de, yukarıda bahsettiğimiz ve bazı yazarlar tarafından yoğun şekilde eleştirilen Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin 2008’deki türban kararında değişmezlikle ilgili olarak kullandığı gerekçeleri ve sonucu dar ve dolayısıyla daha özgürlükçü bir şekilde yorumlamanın mümkün olduğunu belirtmektedir. Yazara göre “Anayasa’nın dördüncü maddesindeki yasağın, korunan ilk üç maddedeki hiçbir kelimenin asla değiştirilememesine yönelik olduğunu, örneğin İstiklal Marşı’nın adının Bağımsızlık Marşı olarak değiştirilmesinin bu yasak yoluyla engellendiğini düşünmek “anlamsız bir katılıktır” ve hem akıl hem de hukuk dışıdır”.<sup>752</sup> ONAR da

<sup>749</sup> KLEIN, *Théorie et...*, s. 181.

<sup>750</sup> ONAR, *1982 Anayasası’nda...*, s. 18.

<sup>751</sup> ÖZBUDUN, *Türk Anayasa...*, s. 175.

<sup>752</sup> SEVİNÇ, “Anayasaların Doğumu:...” , s. 35.

aynı şekilde anayasada bazı maddelerin değiştirilmesinin yasaklanmış olmasından o maddelere hiçbir şekilde dokunulamayacağını değil, onların içeriklerini olumsuz yönde etkileyecek değişikliklerin yapılamayacağını anlamamız gerektiğini düşünmektedir. Yazara göre *“bu durumda, söz konusu maddelerin içeriklerini güçlendiren onlara, mevcut durumu bozmadan yeni nitelikleri ekleyen değişiklikler yapılabilecek demektir.”*<sup>753</sup>

SEVİNÇ, Anayasa Mahkemesi’nin 2008 tarihli türban kararının tümü ele alındığında Mahkeme’nin “temel ilkeler” kavramını kuru sözcükler olarak değil, tercih edilen siyasal düzenin somutlaşmış hali olarak algıladığını ve bu nedenle değişmezlik yasağını “nokta/virgülün” değişmezliği şeklinde algılamak için hiçbir neden olmadığını belirtmektedir. Yazarın buradan çıkardığı sonuç, Anayasa’nın ilk üç maddesinin kelimelerinin değil, özünün değiştirilemeyeceğidir. SEVİNÇ’e göre *“örneğin devlet şeklinin Cumhuriyet oluşu ve Cumhuriyet’in demokratik, laik, sosyal ve hukuk devleti nitelikleri değiştirilemez. Ancak öz dışında, örneğin Cumhuriyet’in demokratiklik niteliğini güçlendirecek ifadeler konulmasının, dilin ‘resmî dile’ dönüşmesinin, insan hakları ilkesinin güçlendirilmesinin ilk üç maddenin özüne ve düzenleniş mantığına ne zararı olabilir?”*<sup>754</sup>

Bu görüşteki temel sorun, anayasa hukukundaki neredeyse tüm kavramların bir siyasal referansı olması dolayısıyla hangi terimlerin içeriği güçlendirip, hangilerinin güçsüzleştireceğinin göreceli olmasıdır. Örneğin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 2. maddesindeki Cumhuriyet’in nitelikleri arasına “egemen” kelimesinin eklenmesi toplumun bir kesimi tarafından olumlu karşılanacakken, Avrupa Birliği’nin bir medeniyet hedefi olduğunu düşünen ve üye olmamız karşılığında egemenlik yetkilerinin bir kısmının Avrupa Birliği kurumlarına verilmesini kabul eden bireyler tarafından olumsuz bir adım olarak algılanacaktır. CAN’ın da ifade ettiği üzere *“değişmez maddelerde ‘ileri’ nitelikli yeni hükümlerin eklenmesi görüşü belirli bir ‘iyi’ ve ‘kötü’ yargısından hareket ettiğinden öznel niteliktedir. Hangi ilkenin iyi ya da ileri bir anlama geleceği siyasal duruşa, dünya görüşüne ve konjonktürel tutum alışlara göre değişkenlik göstermektedir”*.<sup>755</sup>

<sup>753</sup> ONAR, **1982 Anayasası’nda...**, s. 160.

<sup>754</sup> SEVİNÇ, “Anayasaların Doğumu:...”, ss. 35-36.

<sup>755</sup> CAN, **Kurucu İktidar...**, s. 182.

Buna ek olarak, değişmezlik kapsamındaki hükümlerin açıklayıcı şekilde değiştirilebileceği de ileri sürülmektedir. Örneğin SAĞLAM, 1982 Anayasası'nın üçüncü maddesindeki “dili Türkçedir” ifadesinin “Resmî dili Türkçedir” biçiminde değiştirilmesinin önünde bir engel olmadığını düşünmektedir.<sup>756</sup> Ancak bu fikre karşı olarak, 1924 Anayasası'nın 2. maddesindeki ve 1961 Anayasası'nın 3. maddesine bakıldığında, dil ile ilgili hükmün “resmî dil(i) Türkçe'dir” şeklinde olduğu ve dolayısıyla 1982 Anayasası'nı hazırlayanların bilinçli şekilde ve belli bir amaca yönelik olarak bu formülasyonu benimsediği de kolayca iddia edilebilir. Dolayısıyla SAĞLAM'ın “açıklama” teorisi, başka yazarlar tarafından “amacından saptırma” olarak yorumlanabilecektir.

SAĞLAM'a göre, “(Türkiye) Anayasa(sı)'nın ikinci maddesinin kapsamı ya da ifade biçimi ve üslubu eleştirilebilir. Ama bunlar, genel yapılarında Cumhuriyet anayasalarıyla korunmak istenen temel değerlerin özünü yansıtmaktadır. Bu özü korumak kaydıyla gerek üslupta ve gerekse norm niteliği taşımayan, normatif etkiye elverişli olmayan ifadelerde düzeltmeler yapılabilir”.<sup>757</sup>

Yazar, 1982 Anayasası'nın dördüncü maddesi ifadesinde ikinci maddenin tümünün değil, yalnızca Cumhuriyet'in niteliklerinin değişmezlik kapsamına alındığı görüşündedir. Dolayısıyla ikinci madde metnindeki “toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde” ibareleri değişmezlik kapsamında değildir. SAĞLAM, değişmezlik kapsamında olmayan söz konusu ibarelerin değiştirilebileceğini, işlevlerinin ise yorumlamada yardımcı olmak olduğunu belirtmektedir.<sup>758</sup>

Ne var ki, hukuksal metinlerde tek bir virgölün bile anlamda önemli değişiklikler yaratabildiği dikkate alındığında, değişmez maddelerin açıklayıcı şekilde yorumlanması amacıyla kullanıldığı bir an için kabul edilse dahi, madde metnindeki kelimelerde ve söz diziliminde yapılacak herhangi bir değişiklik değişmez maddenin içeriğini ve esasını değiştirme potansiyeli taşıyabilir. Esasın tam olarak belirlenmesinin yoruma bağlı olması ve hiçbir zaman kesinlik içerisinde tespit edilememesi nedeniyle değişmez maddede yapılmak istenen değişikliğin esası

<sup>756</sup> SAĞLAM, “Anayasa ve...”, s. 568.

<sup>757</sup> SAĞLAM, a. g. m.

<sup>758</sup> SAĞLAM, a. g. m.

etkileyip etkilemeyeceği asla tam bir kesinlik içerisinde belirlenemez. Bu da, değişmez maddenin değiştirildiği düşüncesini doğurabilir.

Yukarıda belirttiğimiz çekinceler dolayısıyla, kanaatimizce, anayasada açıkça değişmez olarak nitelenen madde ve ilkelerin içeriğine, açıklamak amacıyla veya esasını değiştirmemek kaydıyla dahi olsa, dokunulamamalıdır. Kimine göre açıklayıcı olan, başkasına göre içeriğini boşaltıcı olabilir; kimine göre olumlu yönde olan, başkasına göre olumsuz yönde bir değişiklik olabilir. Bu göreceli durumun değişmezlik niteliğinin kesinliğiyle bağdaşmadığını düşünmekteyiz.

*(iii) Yazılı olmayan değişmez maddelere dayanan anayasallık denetimi*

Çalışmamızın başında ifade ettiğimiz üzere yazılı olmayan değişmez madde kavramının anayasalarda değişmezlik kurumuyla çelişki yarattığını düşünmekteyiz. Zira değişmezlik, kurucu halk iradesinin devletin temeli olarak belirlediği ilkelerin değiştirilmesini engelleyen bir olgudur ve kesinlik sağlanabilmesi adına bu ilkelerin açıkça anayasa metninde gösterilmesi gerekir. Aksi takdirde anayasa mahkemesinin eline, tüm anayasa değişiklikleri için kullanabileceği denetimsiz bir yetki verilmiş olur ki bu durumun yargıçlar hükümeti tehlikesi doğuracağı açıktır.

Buna karşın, çeşitli anayasa mahkemeleri anayasada yazılı olmayan veya yazılı olup de değişmez niteliğe sahip olmayan norm ve ilkelere dayanarak anayasa değişikliklerinin anayasallık denetimini yapmıştır. Açıkça yazmasa da anayasanın yapısında bulunduğu iddia edilen sınırlamalarla ilgili tartışma, anlamlı şekilde, rejimin korunması gerektiği tartışmalarının alevlendiği Weimar Anayasası'nın son yıllarında başlamıştır.<sup>759</sup> Özellikle Federal Almanya Anayasa Mahkemesi ve Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin kararlarıyla günümüzde halen yoğun şekilde devam etmektedir.

Bu konudaki en güncel örneklerden biri Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin "Lizbon kararı" olarak bilinen karardır. Avrupa Birliği ülkeleri arasında, Avrupa Anayasası olarak bilinen Avrupa için Anayasa Kuran Anlaşma'nın (*Treaty establishing a Constitution for Europe*) yürürlüğe girmesi mümkün

---

<sup>759</sup> KLEIN, *Théorie et...*, s. 201.



olmayınca 2007 Lizbon Anlaşması adıyla bir reform belgesi kabul edilmiş ve 2009'da yürürlüğe girmiştir.

Bazı egemenlik yetkilerinin üye devletlerden Avrupa Birliği'ne geçmesini öngören Anlaşma'nın Almanya Anayasası'nın değişmez maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmıştır. Zira Lizbon Anlaşması'yla birlikte bazı egemenlik yetkilerinin Avrupa Birliği kurumlarına devredilmesi nedeniyle Federal Almanya Parlamentosu'nun temsilciler meclisi kanadı olan *Bundestag*'ın yetkilerinin azalması söz konusudur. Bu durumun oy haklarını ihlal ettiğini düşünen Almanya vatandaşlarının anayasa şikayeti yoluna başvurmaları mümkündür. Çünkü oy vermek yoluyla ülkenin yönetimine katılmak Anayasa'nın 79/3. maddesince değişmez olarak nitelenen demokratik düzenin bir parçasıdır. Hatta Federal Almanya Anayasa Mahkemesi özgür ve eşit oy hakkının, Anayasa'nın değişmez nitelikteki bir diğer maddesi olan ilk maddedeki insan onurunun da bir ifadesi olduğunu düşünmektedir. Eşit oy hakkının Almanya anayasa hukukunun değiştirilmesi olanaksız bir ilkesi olduğunu ifade eden Mahkeme'ye göre bunun nedeni, demokratik düzen ve insan onurunun “sonsuzluk hükmü” tarafından özel olarak korunan ilkeler olmasıdır.<sup>760</sup>

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi 30 Haziran 2009 tarihinde Lizbon Anlaşması'yla<sup>761</sup> ilgili verdiği kararda<sup>762</sup> Federal Almanya Anayasası'nda yazılı olmayan “egemenlik” ilkesini değişmez ilke olarak kabul etmiş ve Anlaşma'yı bu ilkeyle uyumlu olup olmaması açısından incelemiştir. Mahkeme'nin temel dayanağı, Federal Almanya'da “sonsuzluk maddesi” olarak anılan ve insan onuru ile demokratik düzen ilkesini ihlal eden anayasa değişikliklerinin anayasaya aykırı olduğunu düzenleyen Anayasa'nın 79/3. maddesinin bir yorumudur.

Mahkeme'nin görüşüne göre Anayasa egemen devlet halini kabul etmesinin yanında onu güvence altına da almaktadır. Ve hatta egemen devlet olma hali, sonsuzluk maddesi olarak bilinen Anayasa'nın 79/3. maddesiyle de korunmaktadır. Bu nedenle Almanya'nın federal bir devlete entegrasyonu –ve böylece egemenliğini

<sup>760</sup> BverfGE, 2 BvE 2/08 sayılı karar, § 211; aktaran: SCHÖNBERGER, “Lisbon in...”, s. 1204.

<sup>761</sup> Federal Almanya Anayasası'nın 23/1/3. maddesine göre Federal Almanya Anayasası'nı değiştiren veya ona ekleme yapan Avrupa Birliği anlaşmaları ve benzer düzenlemeler anayasa değişiklikleriyle aynı usûlde kabul edilmektedir ve aynı sınırlamalara tâbidir.

<sup>762</sup> 2009 tarihli BverfGE, 2 BvE 2/08 sayılı karar

kaybetmesi- basit bir anayasa değişikliğiyle mümkün olamaz; bunun için Almanya halkının özgürce yeni bir anayasa kabul etmesi gerekmektedir.<sup>763</sup>

Ancak Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı bazı yazarlar tarafından ağır şekilde eleştirilmiştir. Çünkü Mahkeme, 1949 yılında Adolf HITLER benzeri bir figürün ülkeyi yeniden savaşa ve diktatörlüğe sürüklememesi için Anayasa'ya yerleştirilmiş olan değişmezlik kurumunu Avrupa entegrasyonu ile ilgili, dolayısıyla aslı kurucu iktidarın iradesinden çok farklı bir amaçla kullanmıştır. Mahkeme açıkça Anayasa'nın Almanya'nın bir Avrupa federal devletinin kuruluşuna katılmasını yasakladığını belirtmiş ve etkisi Almanya'nın dışına taşacak şekilde Avrupa Birliği'nin entegrasyonuna ilişkin önemli bir engel yaratmıştır. Mahkeme'nin anayasa değişikliklerini iptal yetkisinin yalnızca insan onuru ve demokratik düzenin açıkça ihlal edildiği hallerle sınırlı kalması gerektiğini düşünen SCHÖNBERGER, Anayasa Mahkemesi'nin şimdiye kadar yaptığı gibi "sonsuzluk hükmü"nü dar şekilde yorumlaması gerektiğini düşünmektedir. Oysa konu Avrupa entegrasyonu olunca Mahkeme, sonsuzluk hükmüyle ilgili geleneksel ihtiyatlı kullanımını bir kenara bırakmıştır.<sup>764</sup>

Sonuç olarak, yazara göre, "*Mahkeme'nin Almanya'nın bir Avrupa federal devletinin kuruluşuna mevcut Anayasa yürürlükte olduğu sürece katılmayacağını ifade etmesi daha önce görülmedik şekilde yetkilerini aşmasıdır. Mahkeme, cevaplamak zorunda olmadığı bir soruyu cevaplamaktadır. En önemli siyasal tartışmalardan birinde Mahkeme, yasama organındaki büyük siyasal çoğunlukların seçeneklerini azaltmıştır. Değişmez maddelerin Almanya'nın 'egemen devletliğini' güvence altına aldığı şeklinde yorumlanıp yorumlanamayacağı son derece tartışmalıdır.*"<sup>765</sup>

Üstelik Mahkeme, egemenlik gibi soyut bir kavram dışında Anayasa'nın hangi maddesinin Almanya'nın bir Avrupa federal devletine entegrasyonuna engel teşkil

<sup>763</sup> BverfGE, 2 BvE 2/08 sayılı karar, § 146; aktaran: Matthias NIEDOBITEK, "The Lisbon Case of 30 June 2009 – A Comment from the European Law Perspective", *German Law Journal*, vol. 10, no. 8, 2009, [http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol10No08/PDF\\_Vol\\_10\\_No\\_08\\_1267-1276\\_Lisbon%20Special\\_Niedobitek.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol10No08/PDF_Vol_10_No_08_1267-1276_Lisbon%20Special_Niedobitek.pdf) (30.08.2013 tarihinde ziyaret edildi.), s. 1269.

<sup>764</sup> SCHÖNBERGER, "Lisbon in...", s. 1208.

<sup>765</sup> SCHÖNBERGER, a. g. m., ss. 1208-1209. Vurgular SCHÖNBERGER'e aittir.

ettiğini de ortaya koyamamıştır. Bilakis Anayasa'nın Başlangıç bölümü aksi yönde hükümler içermektedir.<sup>766</sup>

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Lizbon Anlaşması'nın anayasallığını değişmez maddelere göre denetlediye de sonuç olarak herhangi bir ihlal kararı vermemiş ve Anlaşma'nın devletlerin egemenliğini koruduğunu çeşitli açılardan ortaya koymuştur.<sup>767</sup> Ne var ki, Anayasa'da yazmasa da var olduğunu düşündüğü değişmez nitelikteki egemenlik ilkesi nedeniyle Almanya'nın federal bir yapıya katılamayacağına karar vermiştir. Böylece Anayasa Mahkemesi, Lizbon Anlaşması'nın kökenindeki Avrupa Birliği için Anayasal Anlaşma'nın hazırlayıcılarının arzularını boşa çıkarmıştır.<sup>768</sup>

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin egemenlikle ilgili bu yorumuyla değişmez maddelerle ilgili yorum yetkisinin sınırlarını aştığı düşünülebilir. Ancak bir başka bakış açısından bakıldığında devlet egemenliği, devletin varlık şartıdır.<sup>769</sup> Buna bağlı olarak egemenlik yalnızca anayasada yazılı olmayan bir değişmez madde değil, aynı zamanda anayasanın varolmasını sağlayan bir unsurdur. Bu bağlamda egemenlik, değişmez maddelerin de ön koşulu olan bir kavram olarak değişmezlik niteliğine sahiptir.<sup>770</sup> Bu nedenle, anayasanın koruyucusu olan anayasa mahkemesi tarafından yazılı olmasa dahi korunması doğal kabul edilmelidir.

MURSWIEK Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin bağımsızlığı değişmez bir ilke olarak kabul etmesinin bir uzantısı olarak, vergi yasağının konulması gibi devleti işlevsiz ve hareketsiz kılacak anayasa değişikliklerinin de mümkün olmadığını savunmaktadır. Ayrıca, iç güvenliğin korunması ve buna bağlı olarak güç kullanma tekeli elinde bulundurması ile üçüncü kişilere karşı bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması gibi yükümlülükler de yazara göre değişmez ilkeler kapsamındadır.<sup>771</sup>

<sup>766</sup> NIEDOBITEK, "The Lisbon...", s. 1269.

<sup>767</sup> Christian WOHLFAHRT, "The Lisbon Case: A Critical Summary", **German Law Journal**, vol. 10, no. 8, 2009, [http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol10No08/PDF\\_Vol\\_10\\_No\\_08\\_1277-1286\\_Lisbon%20Special\\_Wohlfahrt.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol10No08/PDF_Vol_10_No_08_1277-1286_Lisbon%20Special_Wohlfahrt.pdf) (30.08.2013 tarihinde ziyaret edildi.), s. 1282.

<sup>768</sup> Philipp KIIVER, "The Lisbon Judgment of the German Constitutional Court: A Court-Ordered Strengthening of the National Legislature in the EU", **European Law Journal**, vol. 16, no. 5, September 2010, s. 588.

<sup>769</sup> BEAUD, "La Souveraineté de...", s. 1051.

<sup>770</sup> Aynı yönde görüş için bkz: BEAUD, **La Puissance...**, s. 1062.

<sup>771</sup> Dietrich MURSWIEK, "Ungeschriebene Ewigkeitsgarantien in Verfassungen" (10.11.2008 tarihinde Bilkent Üniversitesi'nde düzenlenen toplantıya sunulan yayımlanmamış bildiri),

Kanaatimizce, egemenlik devletin ve anayasanın varlık koşulu olarak koruma kapsamında olsa da<sup>772</sup> devletin bazı işlevlerinin değişmezlik kurumunun içerisinde değerlendirilmesi doğru değildir. Bu işlevlerin neler olduğunun kesin ve somut şekilde belirlenmesinin imkânsızlığının yanında söz konusu işlevlerin hayata geçirilmesinde zaman içerisinde değişiklikler yapılması gerekeceği de açıktır. Bu nedenle, her ne kadar bir devleti devlet yapan temel işlevler olsa da, egemenliğe bağlı olarak kullanılan yetkilerin değişmezlik kapsamında değerlendirilmesi, kanaatimizce, doğru değildir.

İtalya Anayasa Mahkemesi de 1988’de vermiş olduğu 1146 numaralı kararda çok net şekilde şu sonuca varmıştır: “*İtalya Anayasası, bir anayasa değişikliği kanunuyla veya herhangi başka bir anayasal kanunla temel içerikleri ihlal edilemeyecek veya değiştirilemeyecek bazı üstün ilkeler içermektedir.*”<sup>773</sup> Yukarıda bahsettiğimiz üzere, 1947 İtalya Anayasası’nın 139. maddesinde “*Cumhuriyet yapısı değişiklik konusu yapılamaz*” hükmü bulunsa da İtalya Anayasa Mahkemesi bunun ötesine geçerek “bazı üstün ilkelerin” de türev kurucu iktidar için bağlayıcı olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme’nin 1996-1999 yılları arasında başkanlığını yürüten Renato GRANATA bu içtihadın kısmen Carl SCHMITT’in yukarıda ele aldığımız kurucu iktidarla anayasayı değiştirme iktidarı arasında yaptığı ayrımı dayandığını kabul etmektedir. İtalya’da da bu ayrımın teorisyenleri bulunduğunu ifade eden GRANATA’ya göre 1146/88 sayılı kararın hukuksal dayanağının temelinde bu ayrımdan ziyade anayasa-içi değerler arasında yapılan kategorilendirme bulunmaktadır.<sup>774</sup>

İtalya’da bazı yazarlar bu açık değişmezlik maddesine bazı üstü kapalı değişmezlik maddelerinin de eklenmesi gerektiğini düşünmektedir. Özellikle Anayasa’nın 2. maddesinde ifade edilen kişinin “ihlal edilemez” hakları bu kategoride sayılmaktadır. Bu yazarlara göre “ihlal edilemezlik” kuralı aynı zamanda

---

<http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers/murswiek/ewigkeitsgarantie> (21.08.2012 tarihinde ziyaret edildi.), s. 8, aktaran: SAĞLAM, “Anayasa ve...”, s. 585.

<sup>772</sup> Karşı görüş için bkz: GÖZLER, **Le Pouvoir de...**, t. I, s. 309. GÖZLER egemenlik ilkesinin anayasada yazılı olmayan bir ilke olması nedeniyle hukuksal değeri olmadığını düşünmektedir.

<sup>773</sup> FAVOREU, PHILIP, **Les Grandes Décisions...**, 9<sup>e</sup> éd., s. 826.

<sup>774</sup> İtalya Anayasa Mahkemesi Başkanı M. Renato GRANATA ile söyleşi: Entretien avec M. Renato GRANATA, Président de la Cour constitutionnelle italienne, **Cahiers du Conseil constitutionnel**, n° 6 (Dossier : Italie) - janvier 1999, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-6/entretien-avec-m-renato-granata-president-de-la-cour-constitutionnelle-italienne.52762.html> (16.07.2013 tarihinde ziyaret edildi.)

“değişmezlik anlamına gelmektedir.<sup>775</sup> Konu son derece tartışmalıdır; zira 1948 tarihli İtalya Anayasası’nın Kurucu Meclisi’nde yapılan uzun tartışmaların ardından kişilerin doğal haklarına yapılacak tüm referanslar açık şekilde reddedilmiştir. Ayrıca, ihlal edilemez hakların değişmezliğini sağlamaya yönelik bir değişiklik önergesi de yine Meclis tarafından kabul edilmemiştir. Ancak, bu önerge üzerinde yapılan tartışmalar öyle karmaşıktır ki, Meclis’in yukarıda bahsedilen yazarların tezine tamamen karşı bir pozisyon aldığını söylemek de mümkün değildir. Bilakis, kurucuların temel hakları düzenleyen normların ileride değişikliğe ihtiyaç duyabilecekleri üzerinde görüş birliğine vardığından bahsedilebilir. Fakat bu değişiklikler hakların sert çekirdeği üzerinde (ve dolayısıyla değiştirilemez kısımlarında) değil, yalnızca ayrıntılar üzerinde olabilecektir.<sup>776</sup> Nitekim gerçekten de İtalya Anayasa Mahkemesi, kurucu iradeyi dikkate alarak 1991 yılında değişmezlik korumasına birinci derece insan haklarını da eklemiştir.<sup>777</sup>

İtalya Anayasa Mahkemesi, anlaşılır şekilde, hiçbir zaman üstün ve değişmez kabul ettiği ilkelerin listesini oluşturmamıştır. Şimdiye kadar “üstün” veya “temel” olarak nitelediği ilkeler şunlardır: Ülke içerisinden hukuk birliği ilkesi<sup>778</sup>, yargısal koruma hakkı<sup>779</sup>, devletin laikliği<sup>780</sup>, demokratiklik<sup>781</sup> ve –çok genel şekilde- kişinin ihlal edilemez haklarının korunması<sup>782, 783</sup>.

Buna bağlı olarak İtalya Anayasa Mahkemesi fahri Başkanı Antonio BALDASSARRE ifade özgürlüğünün de “yürürlükteki demokratik sistemin niteliğini belirleyen ilkelerden” biri olduğunu ve bu nedenle bir anayasa değişikliğiyle değiştirilemeyeceğini ifade etmektedir.<sup>784</sup>

Hindistan’da ise normatif anlamda değişmez madde içermeyen 1951 tarihli Anayasa’nın Hindistan Parlamentosu tarafından, Yüksek Mahkeme’nin yasama

<sup>775</sup> LUCIANI, “Le Contrôle...”.

<sup>776</sup> LUCIANI, a. g. m.

<sup>777</sup> 23 Temmuz 1991 tarihli ve 366 numaralı karar.

<sup>778</sup> 1971 tarihli 30 sayılı karar.

<sup>779</sup> Örnek olarak: 1965 tarihli 98 sayılı, 1989 tarihli 232 sayılı, 2007 tarihli 349 sayılı kararlar.

<sup>780</sup> 1989 tarihli 203 sayılı, 1990 tarihli 259 sayılı, 1991 tarihli 13 sayılı, 1993 tarihli 421 sayılı, 2000 tarihli 508 sayılı kararlar.

<sup>781</sup> 1971 tarihli 30 sayılı karar.

<sup>782</sup> 1973 tarihli 183 sayılı, 1984 tarihli 170 sayılı, 1989 tarihli 232 sayılı, 2001 tarihli 73 sayılı, 2007 tarihli 348 sayılı kararlar.

<sup>783</sup> LUCIANI, “Le Contrôle...”.

<sup>784</sup> Antonio BALDASSARRE, “Rapport pour la Cour Constitutionnelle Italienne”, [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni\\_internazionali/BaldassarreXConferenza.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/BaldassarreXConferenza.pdf) (16.07.2013 tarihinde ziyaret edildi.)

politikalarına karşı çıkarttığı engelleri aşmak amacıyla günümüze kadar<sup>785</sup> 98 kez değiştirilmesi “temel yapı doktrini”<sup>786</sup> adı verilen bir içtihadı yol açmıştır. Anayasal bir temele dayanmadığı için eleştirilere maruz kalan söz konusu doktrinin temelinde, “değiştirme”<sup>787</sup> kelimesinin özünde bir sınırlılık bulunduğu ve eğer bir değişiklik anayasanın temel yapısını ihlal ediyorsa, o halde bir değişiklik olmaktan çıkıp daha fazla bir şeye dönüştüğü düşüncesi yatmaktadır.<sup>788</sup> Kurulduğu andan itibaren yasama ve yürütme organının saldırısına maruz kalan Yüksek Mahkeme’nin 1967 yılında ilk kez kullandığı bu doktrin, anayasallık denetiminin hayatta kalabilmesi için verilen mücadelenin bir sonucudur.<sup>789</sup>

Yüksek Mahkeme’nin verdiği iptal kararlarının Parlamento tarafından anayasa değişikliği yöntemiyle devamlı şekilde etkisiz bırakılması üzerine, 1964 tarihli Sajjan Singh – Rajashtan Eyaleti’ne karşı kararında<sup>790</sup> iki karşıoy olarak ortaya çıkan “anayasa değişikliklerinin de denetlenebileceği” görüşü 1967 yılında verilen Golaknath – State of Punjab’a karşı kararında<sup>791</sup> ilk kez Mahkeme üyelerinin çoğunluğunun desteğini almıştır. Mahkeme’nin bu karardaki görüşüne göre anayasayı değiştirme iktidarı temel hakları ihlal edemez. Söz konusu davada ilk kez davacı avukatları Hindistan Anayasası’nın anayasa değişiklikleriyle ihlal edilemeyecek “temel yapısından” bahsetmiş ve bu görüş Başyargıç Subba RAO tarafından kabul görmüştür. RAO’ya göre “*Hindistan Parlamentosu’nun temel hakları değiştirme veya sınırlama konusundaki yetkisizliği Anayasa’nın yapısından ve özgürlüklerin doğasından kaynaklanmaktadır*”.<sup>792</sup> Başyargıç oyunu belirlerken, muhtemelen, bu kararın hemen öncesinde Dieter CONRAD’ın Federal Almanya Anayasası’ndaki sonsuzluk hükümleriyle ilgili verdiği konferanstan etkilenmiştir.<sup>793</sup>

Temel yapı doktrini, 1973 tarihinde verdiği Kesavananda Bharati – State of Kerala’ya karşı kararıyla<sup>794</sup> Yüksek Mahkeme tarafından bu sefer açıkça benimsenmiştir. Indira GANDHI’nin, kazandığı seçim başarısının ardından

<sup>785</sup> Bu çalışma yapıldığı anda son değişiklik 02.01.2013 tarihinde gerçekleşmiştir.

<sup>786</sup> *Basic structure doctrine*

<sup>787</sup> İngilizce aslında “*amend*”.

<sup>788</sup> BROOKE, *Constitution-Making*..., s. 63.

<sup>789</sup> HALPERIN, “*La Doctrine...*”.

<sup>790</sup> 30.10.1964 tarihli 1965 AIR 845, 1965 SCR (1) 933 sayılı karar.

<sup>791</sup> 27.02.1967 tarihli 1967 AIR 1643, 1967 SCR (2) 762 sayılı karar.

<sup>792</sup> SAINT-HUBERT, “*La Cour...*”, s. 637.

<sup>793</sup> HALPERIN, “*La Doctrine...*”.

<sup>794</sup> 24.04.1973 tarihli WP(C) 135 OF 1970 sayılı karar.

Parlamento'dan geçirdiği “Yasama organının Anayasa’da istediği değişikliği yapabilmesine” yönelik anayasa değişikliğini inceleyen Yüksek Mahkeme değişikliği iptal etmese de bu değişiklikte dahi Anayasa’nın temel yapısının değiştirilemeyeceğini, doktrinin adını zikrederek belirtmiştir. Başyargıç SIKRI Anayasa’da yer alan temel hakların, bunları “değişmez” hale getiren İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ışığında yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>795</sup> Buna karşın değiştirilemez normların ne olduğu konusunda yargıçlar arasında görüş farklılığı bulunmaktadır: Bazı yargıçlar Golaknath kararındaki gibi temel hakların, bazıları “yönetici ilkelerin”, diğerleri ise demokratik yapı, seküler devlet niteliğinin ve yargı yollarına başvuru hakkının değişmez olduğunu düşünmektedir.<sup>796</sup>

Indira GANDHI’nin bu karara cevabı sert olmuştur. Sıkı yönetim ilan edip bir çok hakkı kısıtlayan I.GANDHI 1976 yılında Anayasa’yı 42. defa değiştirerek anayasa değişikliklerinin hiçbir şekilde denetime tâbi tutulamayacağını ve anayasayı değiştirme iktidarının sınırsız olduğunu Anayasa’nın 368. maddesine yerleştirmiştir. Buna karşın 1980 yılında gördüğü Minerva Mills Ltd. – Union of India’ya karşı davasının kararında Yüksek Mahkeme “*Anayasa Parlamento’ya sınırlı bir anayasayı değiştirme iktidarı tanıdığından Parlamento bu sınırlı iktidarın kullanımı yoluyla bunu sınırsız bir iktidara dönüştüremez. Kaldı ki, sınırlı anayasayı değiştirme iktidarı Hindistan Anayasası’nın temel unsurlarından biridir ve bu nedenle bu iktidarın sınırları yok edilemez*” diyerek söz konusu anayasa değişikliğini iptal etmiştir.<sup>797</sup>

Temel yapı doktrini günümüzde halen varlığını devam ettirmektedir. 1980 tarihli Maharao Sahib Shri Bhim Singhji - Union of India<sup>798</sup> ve Waman Rao & Ors etc. etc. – Union of India and Ors.<sup>799</sup> kararlarının ardından 2007 yılında verdiği IR Coelho (Dead) by LRS v. State of Tamil Nadu kararında<sup>800</sup> Yüksek Mahkeme anayasa değişikliklerini Hindistan Anayasası’nın temel yapısına göre incelemiştir.

Günümüzde temel yapı doktrini içerisinde kabul edilen unsurların listesi şu şekildedir: Anayasanın üstünlüğü, hukukun üstünlüğü, kuvvetler ayrılığı ilkesi,

<sup>795</sup> SAINT-HUBERT, “La Cour...”, s. 637. Vurgu SAINT-HUBERT’e aittir.

<sup>796</sup> HALPERIN, “La Doctrine...”.

<sup>797</sup> 31.07.1980 tarihli 1980 AIR 1789, 1981 SCR (1) 206 sayılı karar.

<sup>798</sup> 13.11.1980 tarihli 1981 AIR 234, 1981 (1) SCC 166 sayılı karar.

<sup>799</sup> 09.05.1980 tarihli 1980 AIR 1981 SCR (1) 1980 SCC 587 sayılı karar.

<sup>800</sup> 11.01.2007 tarihli karar.

Anayasa'nın Başlangıç bölümünde dile getirilen amaçlar, yargı denetimi, federal yapı, laiklik, demokratik ve cumhuriyetçi yapı, milletin birliği ve bütünlüğü, parlamenter hükümet, temel hakların özü ve yargı erkinin bağımsızlığı.<sup>801</sup>

Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin kabul ettiği “Anayasa'nın temel yapısı” doktrini sert eleştirilere maruz kalmaktadır. Söz konusu doktrinin Hindistan Anayasası'nda metinsel bir dayanağı olmadığını iddia eden pozitivist bakış açısına sahip yazarlar Kesavananda Bharati kararında olduğu gibi doktrinin içeriğinin her yargıç tarafından farklı şekilde doldurulabileceğini, bunun da Yüksek Mahkeme yargıçlarına Anayasa'yı diledikleri gibi değiştirme hakkı vereceğini ifade etmektedir.<sup>802</sup>

Temel yapı doktrini, anti-demokratik ve çoğunluk karşıtı olduğu iddialarının<sup>803</sup> yanında anayasa teorisi ve pratiği açısından da sorunlu bir tez olarak nitelendirilmiştir. Buna karşın Yüksek Mahkeme, 2006'da vermiş olduğu M. Nagaraj – Union of India'ya karşı<sup>804</sup> ve 2008 tarihli Ashoka Kumar Thapur – Union of India'ya karşı<sup>805</sup> kararlarında, her ne kadar denetlemiş olduğu anayasa değişikliklerini iptal etmemiş olsa da, temel yapı doktrinini kullanmaya devam etmiştir. Çünkü, bazı yazarlara göre, Yüksek Mahkeme yargıçları temsil, egemenlik veya yetkinin kötüye kullanılması gibi siyasal teorilerin temel kavramlarına yönelik olarak pragmatik bir yaklaşım sergilemektedir. Mahkeme, temel yapı doktrinini vatandaşların temel haklarının tam ve etkin şekilde korunmasını sağlamak için söz konusu kavramların yetersizliklerini aşmak amacıyla yaratmıştır.<sup>806</sup> Dolayısıyla aslında Yüksek Mahkeme'nin “anayasanın temel yapısı” gibi kesinlik arz etmeyen bir doktrin yaratmasının nedeni, siyasal kavramların vatandaşların temel haklarını korumadaki yetersizliğidir. Mahkeme, temel insan haklarını korumak için türev kurucu iktidarı anayasada yazmayan değişmez maddelere göre sınırlama görevi olduğunu düşünmüştür.

<sup>801</sup> KLEIN, *Théorie et...*, s. 177.

<sup>802</sup> GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional amendments – A Comparative Study*, Ekin, Bursa, 2008, ss. 93-95.

<sup>803</sup> Raju RAMACHANDRAN, “The Supreme Court and the Basic Structure Doctrine”, in **Supreme but not infallible. Essays in honour of the Supreme court of India**, edited by KIRPAL (B. N.) et alii, Oxford University Press, New Delhi, 2000, p. 108; aktaran: HALPERIN, “La Doctrine...”.

<sup>804</sup> 19.10.2006 tarihli karar.

<sup>805</sup> 10.04.2008 tarihli karar.

<sup>806</sup> SAINT-HUBERT, “La Cour...”, s. 639.



MURSWIEK'e göre de, Hindistan örneğinde olduğu gibi, eğer anayasa açık şekilde değişmez kurallar içermiyorsa, anayasanın kimliğini belirleyen çekirdeği saptamak güçlük yaratabilmektedir. Bu durumda, kuşku halinde, değişmez ilkeler konusunda ihtiyatlı davranmak gerekmektedir. Ancak demokratik hukuk devletini esas alan bir anayasa için, demokrasi ilkesi ve hukuk devletinin özgürlükleri güvence altına alan temel yapıları, ayrıca tüm insanların özgürlüğü ve eşitliği zorunlu olarak anayasanın değiştirilemeyen çekirdeğine dahil sayılmalıdır.<sup>807</sup>

Kanaatimizce, anayasada açık şekilde değişmez ilan edilmeyen madde ve ilkelerin anayasa değişikliklerinin denetiminde kullanılmaması gerekmektedir. Aksi takdirde kurucu iradenin değişmez olarak belirlemediği bazı norm ve ilkelerin anayasa mahkemesi yargıçlarının kişisel ve siyasal görüşleri doğrultusunda yasama organının anayasayı değiştirme iktidarını sınırlaması için kullanılması mümkün hale gelecektir. Nitekim özellikle Hindistan'da siyaset aktörleriyle Yüksek Mahkeme arasındaki devamlı gerilimin temel nedenlerinden biri anayasanın temel yapısı doktrini ve buna bağlı olarak gerçekleşen anayasa değişikliği iptalleridir.

Buna karşın Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin devletin egemen niteliğini korumak adına kendinde anayasa değişikliklerini ve uluslararası anlaşmaları denetleme yetkisi bulmasının kurucu iktidarın iradesiyle uyuşması nedeniyle hukuken yanlış olmadığını düşünmekteyiz. Zira kurucu halk, devleti kurarken, elbette ki onun bağımsız şekilde sürekliliğini istemektedir. Aksi takdirde aslî kurucu iktidar sıfatıyla bir devlet kurmasının hiçbir anlamı yoktur. Bu nedenle, bir devletin, mevcut anayasayla kurulan hukuk düzeni içerisinde egemenliğinden feragat ederek bir federasyona katılmasının kurucu halkın temsilcisi konumundaki anayasa mahkemesi tarafından engellenmesi mümkün olmalıdır. Egemen bir devlet bir federasyona ancak, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği gibi, aslî kurucu iktidarın yeniden ortaya çıkarak iradesini açıklamasıyla katılabilmelidir. Bunun da demokratik ve çok-sesli bir tartışma sürecinin ardından yapılacak özgür bir

---

<sup>807</sup> Dietrich MURSWIEK, "Ungeschriebene Ewigkeitsgarantien in Verfassungen" (10.11.2008 tarihinde Bilkent Üniversitesi'nde düzenlenen toplantıya sunulan yayımlanmamış bildiri), <http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers/murswiek/ewigkeitsgarantie> (21.08.2012 tarihinde ziyaret edildi.), s. 11, aktaran: SAĞLAM, "Anayasa ve...", s. 587.

referandum gerektirdiğini düşünmekteyiz.<sup>808</sup> Çünkü kurucu iktidarın devredilmezliği ilkesi çerçevesinde, egemenliği yalnızca halk sorgulayabilir.<sup>809</sup>

*(d) Anayasa mahkemesinin değişmez maddeleri yorumlarken kullanması gereken yorum yöntemleri*

Demokratik şekilde oluşmuş aslî kurucu iktidarın, bir başka deyişle kurucu halkın değişmez maddelerin belirlenmesinde tek yetkili organ olduğundan daha önce bahsetmiştik. Bundan yola çıkılarak normun yapım süreci ve oluşumundaki etkenleri, norm öncesi durumu ve normun norm koyucu tarafından belirlenen amacını ortaya çıkarmaya yarayan tarihsel yorumun<sup>810</sup> değişmez maddeler konusunda öncelikle başvurulması gereken yorum yöntemi olduğunu düşündüğümüz sanılabilir. Elbette değişmez maddeleri hazırlayan ve anayasaya koyan iradenin bu maddelerden ne anladığı önemlidir ve bu nedenle yorumda kullanılmalıdır ancak kanaatimizce bu, öncelikli yorum yöntemi olmamalıdır. Zira anayasa kısa erimli bir metin değildir. Yakın bir gelecekle ilgili değil, uzun süreli bir dönemi düzenlemek iddiasında olan bir metindir. Anayasanın yorumlanmasında, bu niteliğinden kaynaklanan nedenlerle bazı unsurlara dikkat edilmesi gerekir. Örneğin, anayasanın amacının belirlenmesinde yorum yetkisini kullanan yargıç, yorum yaptığı anda genel kabul gören değer ve ilkeleri dikkate alırken geçmişteki eğilimlerle güncel ilkeler arasında bir sinerji ve uyum gözetmelidir.<sup>811</sup>

Anayasanın maddeleri anayasa değişiklikleri yoluyla zamanla yaşanan gelişmelere uyarlanabilir ancak değişmez maddeler için bu durum söz konusu değildir. Bu nedenle değişmez maddelerin değişim ve gelişimlere ayak uydurabilmesi ancak yorum yöntemiyle mümkün olabilir. Bu nedenle, eğer gerekiyorsa anayasa mahkemesi değişmez maddenin içeriğini siyasal ve toplumsal değişikliklere göre ve geçmişteki eğilimlerle güncel ilkeler arasında bir uyum gözeterek yeniden değerlendirebilmelidir. Zira aslî kurucu iktidar tarafından

<sup>808</sup> MURSWIEK de egemenliği etkileyen anayasa değişiklikleri ve uluslararası anlaşmaların kabulünün ancak bir referandum yoluyla olabileceğini düşünmektedir. Bknz: KLEIN, *Théorie et...*, ss. 112-113.

<sup>809</sup> BEAUD, *La Puissance...*, s. 476.

<sup>810</sup> ODER, *Anayasa Yargısında...*, s. 74.

<sup>811</sup> BARAK, "L'Exercice de la Fonction...", s. 259.

“sonsuzca kadar” yürürlükte kalmak üzere hazırlanan anayasalardaki değişmez maddelerin anlamları, kurucu halk tarafından dahi tek ve değişmez şekilde belirlenemez. Her ne kadar evrensel kavramlardan oluşsalar da zaman içerisinde değişmez maddeleri oluşturan kavramların da anlamları değişebilir. Bu nedenle değişmezliğe ilişkin düzenlemelerle korunan ilke ve kavramlar öncelikle dinamik yorum yöntemiyle değerlendirilmelidir.<sup>812</sup> Bu noktada anayasa yargıcının işlevi de zaman içindeki değişimi norma yansıtmak ve normun anlamını değişime uyarlamaktır.<sup>813</sup>

Ancak anayasa yargıcının bunu yaparken tamamen bağımsız olması, sorumluluğuna gidilemeyen bir organın keyfiyetine göre değişmez maddelerin içeriğinin değiştirilmesine sebep olabilir. Bu nedenle anayasa mahkemesi yorumunu yaparken karşılaştırmalı hukuktan ve özellikle de güncel uluslararası insan hakları hukukundan yararlanmalıdır. Aslında bu, değişmezliğin demokrasi ve temel hak ve özgürlükleri koruyucu işlevi dikkate alındığında doğal bir zorunluluktur. Zira günceli yakalayamamış bir insan hakları koruma mekanizması aslında insan hakları ihlallerine hukuksal gerekçe yaratıyor demektir.

Bu durumu dikkate alan bazı ülkeler anayasanın yorumlanmasına dair özel düzenlemeler belirleme yolunu seçmiştir. Örneğin İspanya Anayasası'nın 10/2. maddesi İspanya Anayasası'nda tanınmış hak ve özgürlüklerin yorumunda uluslararası insan hakları hukukunun rolünü tanımlayan özel bir hükmü düzenlemektedir. Bu maddeye göre, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklere ilişkin normlar İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve İspanya'nın bu alanda onayladığı uluslararası antlaşma ve sözleşmelere uyumlu biçimde yorumlanmak durumundadır. Aynı şekilde Güney Afrika Anayasası'nın 39. Bölümü'nün 1/b maddesi uyarınca Anayasa'nın temel hak kataloğunun yorumunda uluslararası hukuk dikkate alınmak zorundadır. Aynı mantığın, kanaatimizce, anayasasında değişmez maddeler bulunan ülkelerin anayasa mahkemeleri tarafından da öncelikle uygulanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, kanaatimizce, anayasa mahkemelerinin değişmez maddelere ilişkin denetimlerinde yorum yapmalarının bir zorunluluk teşkil etmesi karşısında bu

---

<sup>812</sup> Commission de Venice, **Rapport sur l'Amendement Constitutionnel**, (Venice 11-12 Décembre 2009), CDL-AD (2010) 001, § 221.

<sup>813</sup> ODER, **Anayasa Yargısında...**, s. 225.

yorumun dinamik ve uluslararası insan hakları hukukuna uygun bir yorum olması gerektiğini düşünmekteyiz.

Anayasa mahkemelerinin kararları bağlayıcı olsa da bu, değişmez maddelere ilişkin davalarda yaptığı yorumun eleştirilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Nitekim örneğin Türkiye Anayasa Mahkemesi, değişmez maddeleri dolaylı şekilde etkileyen anayasa değişikliğini iptal ederken, anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini haiz olduğunu düşünen yazarlar tarafından dahi eleştirilmiştir. Mahkeme'nin 05.06.2008 tarihli Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinin değiştirilmesiyle ilgili vermiş olduğu iptal kararında yapılan değişikliği, objektif anlamlarıyla Anayasa'nın değişmez ilkelerine uygun bir içerikte değerlendirme alternatifini kullanmamış olduğu ifade edilmiştir.<sup>814</sup>

Aynı şekilde Almanya Anayasa Mahkemesi'nin aşağıda daha ayrıntılı şekilde inceleyeceğimiz Lizbon Anlaşması'yla ilgili kararında Almanya Anayasası'ndaki değişmez maddelere ilişkin olarak yapmış olduğu yorum bazı yazarlar tarafından ağır şekilde eleştirilmiştir. Örneğin SCHÖNBERGER, *“anayasa yargıçlarının gerçekten söyledikleri şeyi ima etmeleri halinde Lizbon Anlaşması'nı hiçbir zaman onaylamamaları gerektiğini”* ifade etmiştir. Kendilerini gerekçelendiremeyen yargıçların ciddiyetsizliğinin Mahkeme'nin Avrupa Birliği'yle ilişkilerine zarar verdiğini düşünen<sup>815</sup> yazar, Federal Anayasa'yı hazırlayanların düzmece bir yasallıkla diktatörlüğe geçilmesini engellemek adına koydukları değişmezlik maddesinin, Mahkeme'nin yorumuyla Avrupa'nın entegrasyonu yönünde atılan her adımı potansiyel olarak engelleyebilecek bir araca dönüştüğünü düşünmektedir.<sup>816</sup> Görüldüğü üzere SCHÖNBERGER'e göre Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu kararla değişmezlik kurumunu konuluş amacından saptırmış ve Avrupa Birliği'nin bir federal devlete dönüşmesini engellemek amacıyla kullanmıştır.

Değişmezlik yasağının yorumlanmasıyla ilgili sonuç olarak denebilir ki anayasa mahkemesi, kendine anayasa tarafından verilen yetkileri yorumlayarak anayasa değişiklikleri konusunda parlamentonun yetki sınırını zamana göre gelişen bir şekilde çizebilir. Mahkemenin parlamentoya sınır çizme yetkisinin geniş veya dar kullanılmasına yine mahkeme kendi karar verecektir. Hatta aynı anayasa mahkemesi

<sup>814</sup> SAĞLAM, “Anayasa ve...”, s. 583.

<sup>815</sup> SCHÖNBERGER, “Lisbon in...”, s. 1202.

<sup>816</sup> SCHÖNBERGER, a. g. m.

bu sınırları zaman içerisinde vereceği kararlarla genişletebilir veya daraltabilir. Önemli olan, bu içtihat değişikliklerinin keyfi veya siyasal kararlarla değil, hukuksal olarak gerekçeli ve belli bir tutarlılık içerisinde yapılmasıdır.

*e. Değişmez maddelerin demokrasi ilkelerinin yargısal yollarla korunmasındaki önemi*

Demokrasinin “yasaların halk veya onun temsilcileri tarafından yapıldığı hükümet biçimi” olarak tanımlanması halinde anayasallık denetimi, yasalar üzerinde yapılan bir denetim olduğu için ilk bakışta demokrasiyle bağdaşmaz gözükacaktır. Ancak demokrasi çoğunluğun hükümeti olarak kabul edilmez, denetimin de yasaların içeriği üzerinde değil de demokrasinin kurallarına saygı üzerinde olduğu kabul edilirse cevap aksi yönde olacaktır.

Demokrasinin temel kuralları karar süreçlerine ve bir gün çoğunluk olabilme imkânına sahip olacak şekilde azınlıkların özgürlüklerine saygıyı güvence altına alır. Demokrasinin devamlılığı tam olarak bu kurallara saygı duyulmasıyla mümkün olur. Bu halde anayasallık denetimi, demokrasiyle sadece uyumlu değildir, onun işleyebilmesi için elzemdir de.<sup>817</sup> Bu bakımdan, özellikle azınlık ve insan haklarına saygıyı koruyan değişmez maddelere ilişkin denetim demokrasinin sürekliliğini sağlamaktadır. Bir başka deyişle, anayasa mahkemesinin kurucu halk tarafından belirlenmiş değişmez maddelerinin anayasa değişiklikleriyle ihlal edilmesi veya içinin boşaltılmasına karşı yapacağı denetim demokrasiye aykırı değil, bilakis demokrasinin varlığını sürdürebilmesinin bir gereğidir.

Demokratik sistemin hukuka uygun işleyişinde ağırlıklı işlevin bir mahkemeye verilmesinin gerekçelendirilmesinde sadece hukuk devleti düşüncesi yeterli görülmemiş, anayasa yargısının gerçek meşruiyetini, tüm devlet güçlerini temel uzlaşma olarak bağlayan anayasanın üstünlüğünden aldığı anlayışı ağırlık kazanmıştır. Bu anlayışın köklerinde, anayasada garanti edilen temel hakların ve

---

<sup>817</sup> Michel TROPER, “Démocratie Continue et Justice Constitutionnelle”, in **La Démocratie Continue**, sous la direction de Dominique ROUSSEAU, Bruylant-LGDJ, Paris, 1995, s. 125.

siyasal iktidarın bugünkü sınırlarının, uzun ve zorlu mücadeleler sonucu mutlakiyetçi devlet anlayışı ve uygulamalarından koparılıp alınabilmiş olması yatar.<sup>818</sup>

Tarihsel süreçte oluşan bu meşruiyet kaynağının geçerliliğini sürdürebilmesi için anayasa mahkemelerinin edinmiş oldukları misyona uygun hareket etmesi gerekmektedir. Anayasallık denetiminin meşruluğu demokrasinin gereklerine uygun olduğu ölçüde mevcuttur.<sup>819</sup> Demokratik ilkeleri ve insan haklarını ihlal eder şekilde yapılan bir anayasallık denetimi, var olma nedeni ve amacına aykırı hareket etmiş olacaktır. Bu seçeneğin hayata geçmesi halinde anayasallık denetiminin kendinin ve özellikle de değişmez maddelerle ilgili denetimin demokrasiye aykırı olup olmadığının doktrinde ve siyasetçiler arasında tartışılması olağan kabul edilmelidir.

#### (1) Anayasallık denetiminin güncel demokrasi anlayışının bir gereği haline gelmesi

Çalışmamızın ilk kısmında günümüz demokrasi anlayışına göre yasama organını egemen kabul etmediğimizi açıklamıştık. Bunun nedeni artık çoğunlukların değil, anayasanın üstünlüğünün genel olarak kabul edilmiş olmasıdır. TROPER'e göre karşı karşıya olunan seçim basittir: *“Ya halkın egemen olduğunu kabul ederiz ki bu durumda sınırsız bir yetkiye sahiptir, bu yetkisini istediği biçimde kullanabilir ve tabii ki hiçbir anayasallık denetimine tâbi değildir ya da aksine, halkın yetkisini sınırsız şekilde kullanamayacağını ve en azından anayasal ilkelere, insan haklarına ve temel özgürlüklere uyması gerektiğini ve anayasa yargısının bunu denetleyebileceğini kabul ederiz ki bu durumda halkın egemen olduğunu iddia etmemiz artık mümkün değildir.”*<sup>820</sup> Burada yazarın “halktan” kastı güncel halkın temsilcileridir; zira halkın kendisi anayasa yargısının denetimine tâbi değildir, ancak temsilcilerinin oluşturduğu yasama organı tâbidir.

Gerçekten de yakın zamana kadar demokratik “işleyiş” yönetilenlerle yönetenlerin bir kabul edilmesi ve halkla temsilcilerinin, genel iradeyle parlamenter iradenin karıştırılması ve böylece parlamentonun egemenle eşitlenmesi üzerine oturmaktaydı. Temsilcilerin yasama işlemleri halkın iradesiyle özdeşleştirilmekte ve

<sup>818</sup> DİKMEN CANIKLIOĞLU, *Anayasal Devlette...*, s. 256.

<sup>819</sup> DRAGO, *Contentieux...*, s. 121.

<sup>820</sup> TROPER, “Justice Constitutionnelle...”, s. 31.

halkın buna itiraz etmesi mümkün olmamakta, çünkü anayasal olarak temsilcilerinin ifade ettiğinden farklı ve bağımsız bir iradesinin olduğu kabul edilmemekteydi.<sup>821</sup>

Çalışmamızın ilk kısmında açıkladığımız üzere, anayasanın parlamento üyelerini seçen halkın iradesinin de üzerinde bulunan aslı kurucu halkın iradesini yansıttığı kabul edildiğindedir ki anayasa mahkemesinin yaptığı denetimin, üstün kurucu halk iradesi adına yapılan bir denetim olduğunun kabul edilmesi mümkün olabilmıştır. Kanunların, “egemenliğin sahibi milletin seçtiği vekiller” aracılığıyla yapıldığını kabul eden ve bu nedenle anayasaya uygunluklarının denetlenmesinin demokratik olmadığını iddia eden yazarların kabul etmesi gereken en önemli gerçek, 21. yüzyılda artık sırf parlamento çoğunluğunun, bir soyutlamadan ibaret olan milletin iradesini ortaya koymaya yeterli olmadığıdır. Parlamento çoğunluğunun iradesi, demokrasinin hayata geçtiği anlamına gelmemektedir. Demokrasiyi temsil etmek için eskiden kullanılan slogan “yasa yoluyla demokrasi” olsa da günümüzde bu “anayasa yoluyla demokrasi” halini almıştır.<sup>822</sup> Buradan yola çıkarak demokrasinin yeniden bir tanımını yapmak gerekmektedir. Bu tanımın dar veya geniş olması, her ikisinin de anayasallık denetiminin demokrasiyle çelişmediğini ve meşru olduğunu ortaya koyması bakımından fark yaratmaz.

En dar tanıma göre demokrasi, bizzat halkın iktidarındır. Tek gerçek demokrasi doğrudan demokrasidir ve bugün gördüğümüz rejimler aslında demokrasi değildir. Bu durumda, ülkeyi halk değil de yöneticiler yönettiği için, yöneticilerin iradesini denetlemek halkın iradesini denetlemek değildir. Demokrasi kavramını geniş anlamıyla algıladığımız zamansa temsili demokrasi de demokrasinin bir türüdür; ancak yalnızca çoğunluğun iktidarına indirgenemez. Çoğunluk tarafından yok edilemeyecek azınlık haklarını da bünyesinde barındırır ve azınlıkların da bir gün çoğunluk olabilmesi için özgürlükler içerir. Bu durumda da anayasallık denetimi azınlıkların korunması için bir araçtır.<sup>823</sup> Azınlık haklarını koruyan anayasa maddeleri üzerinde anayasa değişikliği yapmak için yeterli sayıya ulaşan bir çoğunluğu engellemek içinse tek hukuksal araç değişmez maddeler ve bunlara ilişkin anayasallık denetimidir.

<sup>821</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du...*, s. 493.

<sup>822</sup> D. ROUSSEAU, *a. g. e.*, s. 489.

<sup>823</sup> HAMON, TROPER, *Droit...*, s. 64.

Özellikle demokrasinin geniş tanımını kabul edenlere göre her kanun halkın iradesini veya genel iradeyi ifade etmez. Aslında yasama organının yetkilerini ve hangi konularda, hangi şartlara uygun olarak ve hangi ilkeleri gözeterek kanun yapabileceğini anayasa belirler. Bu nedenle yasa koyucu, ancak ve ancak anayasada belirtilen şartlara uyduğu hallerde genel iradeyi ifade etmiş olur. Buna karşın, eğer söz konusu şartlara uyulmamışsa genel iradeden değil yasa koyucunun iradesinden bahsedebiliriz ve denetim organı, halkın iradesine aykırı gelmeden kanunu iptal edebilir.<sup>824</sup> Değişmez maddelere aykırı anayasa değişikliği yapılması halinde de aynı şekilde ortada genel iradeye uygun bir anayasa değişikliği yoktur. Söz konusu anayasa değişikliği yalnızca parlamento üyelerinin iradesini ifade etmektedir. Dolayısıyla anayasa mahkemesinin bu anayasa değişikliğini iptal etmesi halinde iptal edilen halkın iradesi değil, parlamenterlerin iradesidir. Korunansa, hukuk devletidir. Modern anayasa hukuku demokrasiden çok hukuk devletine vurgu yapmaktadır. Bunun nedeni, demokrasinin aşılmış veya kullanılmaz hale gelmiş bir kavram olması değil, bilakis, hukuk devletinin demokrasinin ileri aşaması ve mükemmelleşmiş hali olmasıdır.<sup>825</sup>

Buna bağlı olarak diyebiliriz ki, statüsünden ve hukuk sistemindeki konumundan kaynaklanan bazı sınırlamalarla bağlı ve özel bir usulün sonunda karar veren anayasa yargıcı bir karşı-iktidardır. Müdahalesiyle birlikte, kapsamlı olarak genel iradenin ifadesi olacak şekilde kanunun yapımına katılmaktadır. Kanunun yapımına ve genel iradenin ifadesine katıldığı için de temsilcidir. Temsil ettiği ise tek egemen olan aslî kurucu halktır. Dolayısıyla, çalışmamızın ilk kısmında açıklamaya çalıştığımız Dominique ROUSSEAU'nun sürekli demokrasi kavramını temel alırsak, demokrasiyle anayasallık denetimini uyumlaştırmaya çalışmak tamamen gereksizdir. Hükümet biçimlerinin geleneksel sınıflandırmasına sadık kalıyorsak ve temsilî demokrasinin de bunlardan biri olduğu fikrini sorgulamıyorsak, öyleyse anayasallık denetimi ve sürekli demokrasi demokrasinin yeni bir görünümü değildir, ama yalnızca temsilî demokrasinin bir yöntemidir.<sup>826</sup>

Burada altı çizilmesi gereken nokta, yeni anayasa düşüncesinin yönetilenlerle yönetenler arasında bir fark yaratmış olmasıdır. Anayasa yargısı yeni bir demokratik

<sup>824</sup> HAMON, TROPER, **a. g. e.**

<sup>825</sup> FAVOREU, "De la Démocratie...", s. 161.

<sup>826</sup> TROPER, "Démocratie Continue...", ss. 135-136.



“işleyişi” hayata geçirmektedir: Daha önce karıştırılmaları, aynı kabul edilmeleri ve birbirinin yerine sayılmaları nedeniyle temsilcilerin iradesi halkın iradesine göre daha öncelikliydi; ancak halk egemenliği artık anayasa mahkemesi aracılığıyla öncelikli bir konuma gelmiştir; çünkü artık halk temsilcilerin iddialarına karşı kendi iradesini ortaya koyabileceği, mahkeme gibi bir organdan yararlanabilmektedir.<sup>827</sup>

Bir başka deyişle, hukuksal meşruiyetini, halkın üstün iradesinin ürünü olan anayasanın üstün hukuksal gücünden alan anayasa yargısı, demokratik meşruiyetini de özgürlüklere güvence sağlama işlevinden ve temsilciler üzerinde halk denetimini sağlayan bir organ olmasından almaktadır.<sup>828</sup>

Bunun yanında, artık tek başına “anayasa: kuvvetler ayrılığı” düşüncesi geride kalmıştır. Anayasa günümüzde yönetilenlerin haklarının güvencesi olarak da görülmektedir. Ancak bu gelişim doğrudan anayasa yargısının varlığına ve içtihat siyasetine bağlıdır. Kuşkusuz geleneksel anayasa kavramında da hakların sayılması vardır. Ancak hakların resmî bir belgede yalnızca sayılmış olması o belgeyi bir haklar ve özgürlükler bildirgesine dönüştürmez. Bunun olabilmesi için, hakların, bunu yapmaya özgülenmiş bir kurum yani anayasa mahkemesi tarafından “yazılması” gerekir. Anayasa hakları saydığına hem listedeki haklar sınırlı sayıdadır, hem de onlara saygı gösterilmesi siyaset oyununa, farklı kurumlar arasındaki güç dengesine veya hukukçuların verdiği öneme bağlıdır. Buna karşın, haklar anayasa mahkemesi gibi bir kurum tarafından sayıldığında hem özgürlükler listesi anayasal ilke koyan her kararla uzar, hem de onlara saygı gösterilmesi hukuksal yaptırımla güvence altına alınmış demektir.<sup>829</sup>

Ancak belirtmek gerekir ki, her ne kadar genel kuralları ortaya koymaya çalışsak da, anayasallık denetiminin demokrasiyle ilişkisi her ülkede bazı farklılıklar göstermektedir. Bunun da üç temel sebebi vardır: (1) Sisteminde anayasallık denetimine yer vermiş temsilî demokrasilerin neredeyse tamamında hukuk devleti ve anayasal demokrasi ilkelerinin işlediği veya en azından kabul edildiği görülmektedir. Bu ülkelerde anayasa yargısı güçlü bir meşruluktan zaten yararlanmaktadır. (2) Anayasa yargıcının anayasada belirtilen işlevi ve yetkileri de o ülkede anayasallık denetiminin demokrasiye aykırı kabul edilip edilmemesinde etkili olmaktadır. Son

<sup>827</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du...*, s. 493.

<sup>828</sup> DİKMEN CANIKLIOĞLU, *Anayasal Devlette...*, s. 256.

<sup>829</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du...*, s. 492.

olarak, (3) ülkenin tarihsel geçmişi de bu konuda belirleyici olabilmektedir. Örneğin Almanya, İtalya ve İspanya'da anayasallık denetiminin meşruluğu tarihsel nedenlere dayanmaktadır.<sup>830</sup> Aynı şekilde, tarihsel olaylar nedeniyle bazı ülkelerde demokrasinin korunması görevi anayasalara yerleştirilen değişmez maddelere verilmiştir.

Ancak değişmez maddelerin yalnızca varlığı demokrasi ve insan haklarının korunması için yeterli değildir; söz konusu maddelerin anayasa mahkemesi tarafından anayasallık denetimleri sırasında aktif olarak kullanılması da gerekmektedir.

(2) Değişmez maddelere ilişkin anayasallık denetiminin demokrasinin korunmasındaki işlevi

Değişmez maddelere ilişkin anayasallık denetiminin tartışma konusu olmasının temelinde kanunlara karşı anayasallık denetiminin de tartışılıyor olması yatmaktadır. Hemen yukarıda da belirttiğimiz üzere, parlamento çoğunluklarının millet iradesinin temsilcisi olduğunu düşünen ve millet iradesinin de sınırlandırılmaması gerektiğinden yola çıkan yazarlar, anayasa mahkemesinin parlamento çoğunluklarının işlemlerine yönelik denetimini demokrasiye aykırı görmektedir. Buna bağlı olarak bu görüşü benimseyen yazarlar, hele ki anayasa değişiklikleri sırasında kurucu iktidar olarak işlev gören meclisin, yetki kaynağı seçim olmayan ve bu nedenle demokratik meşruiyeti bulunmayan anayasa yargıçları tarafından engellenemeyeceğini düşünmektedir. Ancak kanaatimizce bu düşünce 20. yüzyılın başına tekabül eden eski bir demokrasi anlayışına dayanmanın ötesinde, aynı zamanda yanlış bir mantık üzerine kurulmuştur.

Öncelikle, millet kavramı Fransız Devrimi'yle birlikte öne çıkmış soyut bir kavramdır ve burjuvalar tarafından halkın yönetimden uzaklaştırılması amacıyla kullanılmıştır. Bu nedenle "millet iradesi" vurgusu demokratik değil, bilakis halkın yönetimle bağını kopartan anti-demokratik burjuva bir vurgudur. Bu yanlış demokrasi algısından kaynaklanan daha önemli yanlış, halkın iradesinin parlamentoda yansımını bulduğu algısıdır. Parlamentoda ortaya çıkan irade, SIEYES'in millî egemenlik ilkesine de uygun olarak, halkın değil, parlamenterlerin

---

<sup>830</sup> DRAGO, *Contentieux...*, ss. 121-122.

iradesidir. Çünkü SIEYES, ROUSSEAU'nun aksine, vekillerin kendilerini seçenlerin iradesiyle bağlı olmaması gerektiğini, kendi iradeleriyle hareket etmeleri gerektiğini ifade etmiştir. Halkın iradesi yalnızca seçimlerde sandık başında ortaya çıkar ve sadece parlamenterlerin belirlenmesini sağlar. Saf temsilî rejimlerde halkın egemenliğin kullanılmasına katılmak adına başka bir işlevi bulunmamaktadır.

Ancak bundan parlamentoda oluşan iradenin sınırsız olduğu düşüncesi doğmamalıdır. Zira meclis iradesinin de üzerinde, anayasada şekillenen aslî kurucu halkın iradesi bulunmaktadır. Söz konusu irade, parlamenterlerin iradesi üzerinde etkin olabilmek ve onu sınırlayabilmek için kendini temsil eden bir organa ihtiyaç duymaktadır. Anayasa mahkemesinin yapmış olduğu denetim, işte bu irade adına yapılan bir denetimdir. Anayasa yargıçları kanunların anayasaya, anayasa değişikliklerinin de değişmez maddelere uygun olup olmadığına karar vermek suretiyle aslında parlamento iradesinin aslî kurucu halkın iradesini ihlal edip etmediğini belirlemektedir.

Dominique ROUSSEAU'ya göre de *“anayasallık denetimi aracılığıyla sağlanan demokratik gelişmenin özü temsilî demokrasi mantığının içine doğrudan demokrasi ilkesini yerleştirmesidir: Halk egemenliğinin doğrudan ifade edilmesinin pratik olarak imkânsız olması onun temsil edilmesini sağlayan kurumların yaratılmasına neden olmuştur; ancak söz konusu kurumların “ihnet etmeye” meyilli olmaları veya halkın iradesini “kötü” ifade etmeleri mümkündür. Bu nedenle temsilci kurumların, halk egemenliğinin ifadesi olan anayasayı ihlal edip etmediklerinin denetlenmesi mahkemenin temsilcilerin iradesini halkın egemenliğine tâbi kılmasını sağlar.”*<sup>831</sup>

Bu bakış açısıyla, anayasanın tüm toplumun üzerinde anlaştığı bir sözleşme ve kurucu halkın genel iradesinin bir ürünü olduğu kabul edilirse, anayasa mahkemesinin anayasaya aykırı bulduğu işlemleri iptal etmesinin bizzat demokrasinin bir gereği olduğu da ortaya çıkmaktadır. Nitekim TROPER de, bir kanunun anayasaya aykırılık gerekçesiyle yürürlüğe girmesinin engellenmesinin genel iradeye aykırı olmadığını düşünmektedir. Yazara göre *“bir işlemin anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, o işlemin genel iradenin ifadesi olup olmadığının denetlenmesidir. Bu yüzden anayasallık denetimi demokrasinin bir freni veya*

---

<sup>831</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du...*, s. 493.

*düzeltilmesi değil, bilakis demokrasinin zorunlu bir aracıdır.*"<sup>832</sup> Zira, RAWLS'un ifade ettiği üzere "demokratik olarak onaylanan ve bir haklar bildirgesine sahip olan anayasada vatandaşlar belli anayasal esasları, mesela eşit temel siyasal hak ve özgürlükleri, ifade ve toplanma özgürlüklerini, vatandaşların güvenliğini ve bağımsızlığını garanti altına alan seyahat, iş seçimi özgürlüklerini ve hukuk devleti koruyuculuğunu bir daha geri dönülmemek üzere tespit eder. Bu durum, olağan yasaların özgür ve bağımsız vatandaşlarca belli yollarla yapılmasını güvence altına alır. Halk, bu tespit edilmiş prosedürler aracılığıyla makûl demokratik iradesini ifade edebilir (gerçekte etmese bile) ve bu prosedürler olmadan böyle bir iradeye de sahip olamaz."<sup>833</sup> Yazarın "geri dönülmemek üzere tespit"ten kastının değişmez madde ve ilkeler olduğu açıktır. Dolayısıyla kurucu halk tarafından belirlenen değişmez madde ve ilkeler daha sonra göreve gelecek olan türev kurucu iktidarın demokratik şekilde iradesini ifade edebilmesinin aracıdır. Bunlar olmazsa demokratik ortam yok olma tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır.

Dominique ROUSSEAU bu düşüncenin de ilerisine giderek, demokrasinin bizzat anayasa yargısı tarafından yaratıldığını iddia etmektedir. Yazara göre "anayasallık denetimi meşrudur çünkü onu meşru kılan bir demokrasinin tanımını yaratmaktadır."<sup>834</sup> Tanımın bir kavramın hayat bulabilmesi için temel şart olduğu göz önünde bulundurulduğunda yazarın, demokrasiyi var edenin anayasa mahkemesinin yaptığı denetim olduğunu düşündüğü anlaşılmaktadır.

Rainer ARNOLD ise farklı bir açıdan yaklaşarak, Almanya örneğinde değişmez maddelerin korunmasının aynı zamanda demokrasinin temelini teşkil eden halkın egemenliğinin korunması anlamına geldiğini ifade etmektedir.<sup>835</sup>

Öte yandan anayasallık denetimi, parlamenter sistemin disiplinli partiler nedeniyle içine düştüğü krize de kısmî bir çözüm getirmektedir. Çünkü yasamanın yürütmenin iradesinin altına girmesiyle tamamen etkisizleşen parlamenter azınlığın anayasa mahkemesi aracılığıyla kendini ifade etmesini ve parlamenter çoğunluğun kararlarına itiraz edebilmesini ve böylece demokrasinin işlemeye devam etmesini sağlamaktadır. Muhalefetin anayasa mahkemesi aracılığıyla sahip olduğu itiraz

<sup>832</sup> TROPER, "Justice Constitutionnelle...", s. 33.

<sup>833</sup> RAWLS, *Siyasal...*, ss. 265-266.

<sup>834</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du...*, s. 508.

<sup>835</sup> Rainer ARNOLD, "Les Dispositions Inalterables de la Constitution: La Perspective Allemande", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 1, 2012, s. 231.

potansiyeli, istikrarlı azınlıkların olduğu ve aklileştirilmiş parlamenter sistemin yürürlükte olduğu ülkelerde daha önemli bir hal almaktadır. Çünkü bu tür ülkelerde parlamenter çoğunlukla hükümet bloğu uzun süreli şekilde özdeşleşmektedir. Aklileştirilmiş bir parlamenter sistemde anayasa yargıcı, başvurulması halinde parlamenter azınlığın savunucusu haline gelmektedir. Bu nedenle, parlamenterler tarafından anayasa yargısına başvurulabilmesi, anayasa yargısının bir tanınma ve meşruluk aracıdır.<sup>836</sup>

Aynı şekilde anayasallık denetimi demokratik organlar arasında dengeyi de sağlamaktadır. Anayasa yargısı devletin çeşitli organları arasındaki yetkiler dengesini, her birine anayasadan kaynaklanan yetkilerinin kapsamını ve sınırlarını belirleyerek güvence altına almaktadır.<sup>837</sup> Elbette ki bu sınırlamalara yasama ve dolaylı şekilde, yasamayı etkisi altına almış olan yürütme organı da tâbidir. Anayasa yargısının yetkisi, anayasaya uygunluğunu incelediği işlemin parlamentoda ne kadar büyük bir çoğunlukla kabul edildiğine göre değişmeyeceği için bir anayasa değişikliğinin, parlamentonun tüm üyeleri tarafından oybirliğiyle kabul edilmiş olsa dahi, değişmez maddeleri ihlal etmesi halinde, anayasal dengenin devam etmesi adına iptal edilmesi gerekmektedir.

## 2. Anayasa mahkemesinin demokratik sistemlerdeki yeni konumu ve görevleri

Gerçek demokrasi hem çoğunluğun iktidarının tanınmasını gerektirir, hem de onun sınırlanmasını.<sup>838</sup> Anayasa mahkemesi, yasamada oluşan çoğunluk iktidarını sınırlayabilen yegâne organ olarak demokrasinin temel unsurlarından birini oluşturur. Aynı şekilde anayasa mahkemesi, çağdaş demokrasi anlayışının bir gereği olan anayasanın üstünlüğü ilkesinin de hayata geçmesini sağlar. Çünkü bir anayasanın normatif olabilmesi için talimatlarının bir otorite tarafından güvenceye alınması gerekir. Söz konusu otoritenin görevi anayasaya saygı gösterilip gösterilmediğini denetlemektir. Bir başka deyişle, devletin kurumlarını ve insan haklarını sadece

<sup>836</sup> DRAGO, *Contentieux...*, s. 123.

<sup>837</sup> DRAGO, *a. g. e.*, s. 124.

<sup>838</sup> BARAK, "L'Exercice de la Fonction...", s. 239.

yazmak yeterli değildir; bunun yanında siyasal değil, hukuksal bir mekanizmanın anayasa hükümlerinin ihlal edilmesini cezalandırabilmesi gerekir.<sup>839</sup>

Buna karşın, anayasanın ve insan haklarının “koruyucusu” ünvanı verilmesinin anayasa mahkemesini denetlenemez şekilde aşırı güçle donatmak anlamını taşıyacağı yönünde eleştiriler de bulunmaktadır.<sup>840</sup> Ancak genelde kabul edilen, bir demokraside anayasa mahkemesinin iki amacının olduğudur: demokrasiyi kollamak ve hukukla toplum arasında bulunan boşluğu doldurmak. Anayasa yargıcının görevi, çoğu zaman birbirini tamamlayan bu iki görevi yerine getirmektir.<sup>841</sup>

#### *a. Demokrasinin ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasında anayasa mahkemesinin rolü*

Deneyim göstermektedir ki demokrasi sadece yasaların anayasaya uygunluğunun denetlenmesine bağlı değildir. Birleşik Krallık ve Hollanda’da anayasallık denetimi yoktur ancak bunlar en büyük demokrasilerdendir.<sup>842</sup> Buna karşın ABD ve Almanya gibi ülkelerde ise yine tarihsel deneyimler göstermiştir ki anayasallık denetimi demokrasinin önemli bir güvencesidir.

Demokrasi günümüzde, sadece yöneticilerin genel oy ilkesinin geçerli olduğu düzenli seçimler aracılığıyla belirli bir dönem için seçildiği bir sistem olarak değil, ama aynı zamanda kamusal güçlerin ve benzerlerinin müdahalelerine karşı bireylerin özerkliğini koruyacak kamusal özgürlüklerden, medenî ve siyasî haklardan oluşan bir sistem olarak tanımlanmaktadır.<sup>843</sup> Böylece yöneticiler yalnızca belirli aralıklarla sandık başında değil, yönetici sıfatını taşıdıkları her anda kamuoyunun ve tek tek bireylerin denetimine tâbidir.

<sup>839</sup> FELDMAN, “Le Constitutionnalisme...”, s. 699.

<sup>840</sup> MALAURIE, “La Nécessité de...”, s. 293.

<sup>841</sup> BARAK, “L’Exercice de la Fonction...”, s. 231.

<sup>842</sup> MALAURIE, “La Nécessité de...”, s. 294. Yukarıda bahsettiğimiz üzere, Birleşik Krallık’ta 2000 yılından bu yana Human Rights Act 1998 yürürlüktedir ve 2005 tarihli Constitutional Reform Act aracılığıyla kurulan ve 1 Ekim 2009 tarihinden itibaren işlemeye başlayan Yüksek Mahkeme bu metne dayanarak, kıta Avrupası’ndaki şekilde olmasa da, kısmî bir anayasallık denetimi yapma yetkisine sahiptir.

<sup>843</sup> Yves POIRMEUR, “Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l’homme?”, *in La Légitimité de la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel (Colloque de Rennes – 20-21 Septembre 1996)*, sous la direction de Guillaume DRAGO, Bastien FRANÇOIS, Nicolas MOLFESSIS, Economica, Paris, 1999, ss. 296-297.

Anayasallık denetiminin kabul edildiği ülkelerde anayasa yargıcının güncel demokratik rejimlerdeki en önemli görevlerinden biri demokrasiyi korumak için mücadele etmektir. Bu görev, demokrasiye yeni geçmiş ülkelerde olduğu kadar eskiden beri demokratik kabul edilen ülkelerdeki yargıçlar için de geçerlidir. “Bize bir şey olmaz” varsayımı artık geçerli değildir. Her şey olabilir. Kant’ın, Beethoven’in ve Goethe’nin Almanya’ında demokrasi yozlaşmış ve yıkılmışsa bu tehlike her yer için geçerli demektir. Özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında yaşanan bilinçlenme süreci yasama faaliyetinin anayasal denetimi düşüncesinin desteklenmesi gerektiğini ortaya koymuş ve insan haklarına merkezî bir konum bahşetmiştir. İşte bu bilinç savunmacı, hatta militan demokrasinin benimsenmesini sağlamıştır.<sup>844</sup>

Özellikle tarihsel geçmişlerinde parlamenter diktatörlükler yaşamış olan ülkelerde anayasa yargıcı demokrasinin korunmasında daha ön planda işlev görebilmektedir. Hem bu ülkelerde, hem de anayasallık denetiminin olduğu diğer ülkelerde, örneğin demokrasinin yalnızca çoğunluğun hâkimiyeti değil de aynı zamanda bazı değerlerin hâkimiyeti olduğuna karar vererek demokrasi kavramını<sup>845</sup> tanımlayan anayasa yargıcısıdır.<sup>846</sup>

Modern demokrasilerin anayasa mahkemesi yargıçlarının çoğu için savunmacı demokrasinin korunması bir önceliktir. Genel olarak demokrasinin, özel olarak ise insan haklarının hukuksal olarak korunması gelişmekte olan demokrasilerin çoğunun bir niteliğidir. Bu olgu, II. Dünya Savaşı’nda yaşanan acı olayların bir sonucudur. Bu durum sıklıkla, konuyla ilgili araştırmacılar tarafından yargı erkinin toplumdaki diğer güçlere karşı kuvvetlenmesi olarak görülmektedir. Ne var ki söz konusu gelişme, ikincil bir sonuçtur. Bu çağdaş gelişmeyle amaçlanan bir demokrasideki anayasa mahkemesinin yetkisini artırmak değil, daha çok demokrasiyi ve insan haklarını koruma mekanizmasını güçlendirmektir. Yargı erkinin yetkisinin artması, demokratik dengenin unsurlarından biri olması nedeniyle, koruma mekanizmasının güçlendirilmesinin zorunlu bir sonucudur.<sup>847</sup> Çünkü günümüz modern demokratik rejimlerinde esas olan (yürütmeye yasama arasından çok) çoğunlukla muhalefet

<sup>844</sup> BARAK, “L’Exercice de la Fonction...”, ss. 237-238.

<sup>845</sup> Bernard LACROIX’ya göre “demokrasi”, içeriğe göre farklı anlamlar alan ve hukuksal olmayan bir kavramdır. Anayasalarda yer alabileceği gibi yer almayabilir de. Yer olsa da almasa da demokrasiyle ilgili söylemler hiçbir hukuksal yaptırım içermez. Yalnızca, pozitif hukukta yer alan bir takım kurum ve çeşitli kuralları gerekçelendirmeye yarar. Aktaran: TROPER, “Démocratie Continue...”, s. 129.

<sup>846</sup> TROPER, a. g. m., s. 126.

<sup>847</sup> BARAK, “L’Exercice de la Fonction...”, s. 238.

arasında bir dengenin sağlanmasıdır; böylece muhalefet, çok güçlü bir çoğunluk tarafından ezilemez ve iktidara gelme şansını sürdürür. Fakat bu, ancak bir hakemin, çoğunluğun temel haklara saygı göstermesini sağlayan bakışı altında oyunun kurallarına saygıyı gözetmesiyle mümkün olabilir.<sup>848</sup>

Yukarıda açıkladığımız Dominique ROUSSEAU'nun “sürekli demokrasi” teorisinde anayasa mahkemesine güçlü bir atıf vardır. Bu bazı yazarlara şaşırtıcı gelebilir; çünkü anayasallık denetimine karşı en sık ileri sürülen tez, denetimin, halkın genel iradesinin hayata geçmesinin önünde engel olduğudur. Ancak yazar, sürekli demokrasinin daimî şekilde, “üstün” genel iradenin kötüye kullanımına karşı korunması gerektiğine işaret etmektedir. Ve bu nedenle de anayasallık denetimini kendi tezini desteklemek için kullanması olağandır.<sup>849</sup>

Dominique ROUSSEAU'ya göre “*günümüzde vatandaşlar, partilerin, meclisin dışında ve siyasetçilerin yanında kamuyu ilgilendiren olaylarla ilgili olarak konuşmak, tartışmak, karar vermek, harekete geçmek ve müdahale etmek için toplanmak ve onları ‘gerçekten’ temsil etmek üzere yeni insanlar aramaktadır*”.<sup>850</sup> Yazarın ifadelerinden, bu “gerçek” temsilcinin anayasa mahkemesi olduğunu anlamak zor değildir. Nitekim Dominique ROUSSEAU, makalesinin ilerleyen sayfalarında bu konuya daha ayrıntılı şekilde değinmektedir.

Yazara göre, anayasa mahkemesinin çalışma mantığı onu zorunlu olarak bir sözcü konumuna getirmektedir. Aslında, kişilerin yararına olacak şekilde halkın seçilmişlerine saygı gösterme yükümlülüğü altında oldukları bir haklar ve özgürlükler metni dayatan mahkeme kendini, seçilmişlere, bir yasa içerisinde ifade bulmuş olan iradelerinin halkın iradesi olmadığını söyleyebilecek bir konumda bulmaktadır.<sup>851</sup> Bir başka deyişle anayasa mahkemesi yasama organına “*yaptığın kanunlardaki irade yalnızca senin iraden, halkın değil*” deme cesaretini anayasadaki temel hak ve özgürlük maddeleri aracılığıyla edindiği bireylerin savunucusu rolünden almaktadır. Çünkü anayasa mahkemelerinin temel görevlerinden biri de temel hakların korunmasıdır.<sup>852</sup> Anayasa yargıcı yüzyıllar boyunca artan insan

<sup>848</sup> FAVOREU, “De la Démocratie...”, s. 162.

<sup>849</sup> George VEDEL, “Préface”, in **La Démocratie Continue**, sous la direction de Dominique ROUSSEAU, Bruylant-LGDJ, Paris, 1995, s. V.

<sup>850</sup> D. ROUSSEAU, “De la Démocratie...”, s. 6.

<sup>851</sup> D. ROUSSEAU, a. g. m., s. 10.

<sup>852</sup> DİKMEN CANIKLIOĞLU, **Anayasal Devlette...**, s. 248.



hakları kazanımlarının bekçisidir; eski kazanımlarından hiçbirini kaybetmeden bunlara yenilerini eklemelidir.<sup>853</sup>

Parlamentonun çok kere uzlaşmaz çıkar çatışmaları alanı haline gelmesiyle kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi sadece özgürlüklerin korunması değil, klasik özgürlükler anlayışının tabanı olarak belli bir sosyal düzenin süreklileştirilmesinde etkili bulunmuştur. Anayasa yargısı, hukuk devletini koruma aracıdır ve kanunların yargısal denetimi yoluyla üstlenilen iki misyon vardır: Klasik özgürlüklerin ve sosyal düzenin korunması.<sup>854</sup>

Üstelik anayasa mahkemesi kararlarının iki adet üstünlüğü de bulunmaktadır. Dominique ROUSSEAU'ya göre, anayasa mahkemesi yargıçları anayasada ifade edilen halkın iradesini, örneğin örgütlenme özgürlüğünü bir yasayla ihlal etmeyi temsilcilere yasaklamak şeklinde yorumlarsa, kararları meclis için hukuksal olarak bağlayıcıdır: *“İptal edilen yasa yürürlüğe giremez. Ve her ne kadar göreve gelme yöntemleri eleştirilebilir olsa da mahkeme üyelerinin meslekî nitelikleri, bu denetimin, tartışma, gerekçelendirme ve pedagojik saikli olma ilkeleri göz önünde bulundurularak yapılmasını gerektirir.”*<sup>855</sup> Dolayısıyla anayasa mahkemesi kararları hem meclisin kararlarını iptal edebilme yönünden daha üstündür, hem de meclisin kararları gibi bir anda alınan gerekçesiz kararlar olmama yönünden daha niteliklidir.

Bunlara ek olarak, genel iradenin dönüşümünde anayasa mahkemesinin rolü ilgi çekicidir. Hükümet çoğunluğunun iradesine karşı muhalefetin mahkemeye başvurduğu durumlarda yasa taslağında değişiklik olabilir veya mahkeme tarafından yasanın itiraz edilen bölümü iptal edilebilir ve yasa kısmî şekilde iptal edilmiş olarak yürürlüğe girer. Bu hallerde, hükümet çoğunluğunun iradesine muhalefetin iradesi eklenmiş olur ve bu durum demokrasinin özündeki oybirliği fikrine daha yakındır. Fransa Anayasa Konseyi *“kanun ancak anayasaya saygı gösterdiği ölçüde genel iradeyi ifade eder”* derken, anayasanın, tüm vatandaşların üzerinde uzlaştığı unsurları ifade ettiğini ve bu nedenle de, çoğunluğun iradesinin genel olabilmesi için bireylerin ortak onayını ifade eden anayasal hükümlere olabildiğince yakın olması gerektiğini işaret etmektedir.<sup>856</sup>

<sup>853</sup> VEDEL, “Le Conseil...”, s. 153.

<sup>854</sup> DİKMEN CANIKLIOĞLU, **Anayasal Devlette...**, s. 249.

<sup>855</sup> D. ROUSSEAU, “De la Démocratie...”, s. 17.

<sup>856</sup> D. ROUSSEAU, “De la Démocratie...”, ss. 22-23.

Anayasa mahkemesinin değişmez maddeleri korumak yoluyla genel iradeyi dönüştürmesinin bir başka örneği ise, bireylerin, temel hak ve özgürlüklerinin gerçek koruyucusunun parlamento değil de mahkeme olduğunu anlamasıdır. Bunun en somut örneği Hindistan’da yaşanan süreçtir. Hindistan Anayasası’nda değişmez madde bulunmasa da Hindistan Parlamentosu’nun çok sık ve keyfi denebilecek bir şekilde anayasa değişikliğine başvurması üzerine Hindistan Anayasa Mahkemesi “temel yapı” doktrinini üretmiş ve anayasa değişikliklerinin Anayasa’nın temel yapısını ihlal edemeyeceğine yönelik kararlar vermeye başlamıştır. İlk başlarda yadırganan ve eleştirilen bu tutum zamanla güçlü bir mahkemenin temel hakları korumadaki yeteneklerinin görülmesi üzerine halk tarafından benimsenmiştir.<sup>857</sup>

Sonuç olarak, bilimsel pozitivizm adına, bir başka deyişle, sırf anayasa metni yasama organını açıkça sınırlamadı diye veya değişmezliği sağlayan madde kendini korumuyor iddiasıyla türev kurucu iktidarın denetlenebilmesini reddeden görüşün artık desteklenebilir olmadığı kabul edilmelidir. Bir anayasal sistemin kendini yok etmek için kullanılamayacağı düşüncesi, Weimar Almanyası sendromunun dünyaya kazandırdığı bir sorunsaldan kaynaklanmaktadır.<sup>858</sup> Demokratik yollarla başa geçen iktidarlar, yönetimleri boyunca demokratik şekilde hareket etmelidir. Demokrasinin sürekliliği ve korunması adına bunun denetimini yapacak olan organ anayasa mahkemesidir. Bu nedenle demokratik rejimlerde anayasa mahkemesinin yeni rolü, anayasallık denetimi yapmak suretiyle demokrasinin kendini savunma mekanizmasını oluşturmaktır.

Demokrasinin korunması için yapılan bu anayasallık denetiminde elbette değişmez maddelere ilişkin denetim öncelikli bir konumdadır. Zira kurucu halk tarafından belirlenmiş veya daha sonra meşruiyet kazanmış değişmez maddelerin neredeyse tümü demokrasiyi ve temel hak ve özgürlükleri koruyan düzenlemeler içermektedir. Bu yüzden anayasa mahkemesinin görevi, demokrasi ve insan haklarını korumak için değişmez maddelerin ihlal edilmesini engellemek olmalıdır. Bunu yapmak için mahkemenin, kendi varlık nedenine ve değişmezlik düşüncesinin altında yatan gerekçelere bakması yeterlidir.

---

<sup>857</sup> BROOKE, *Constitution-Making...*, s. 65.

<sup>858</sup> KLEIN, *Théorie et...*, ss. 203-204.

### *b. Anayasa mahkemesinin kurucu halkın temsilcisi konumuna gelmesi*

Demokratik aslı kurucu iktidar olarak tanımladığımız kurucu halk anayasayı yazan ve dolayısıyla ülkeyi kuran halktır. Hem devletin temel organlarını hem de temel hak ve özgürlükleri belirleyen kurucu halk, bunlardan ülkenin temeli olarak kabul ettiklerini değişmezlik yoluyla korumaya alabilir. Böylece kurucusu olduğu yasama organına, bir başka deyişle türev kurucu iktidara “*bu değişmez maddelere dokunmamak suretiyle yasa yapabilir ve anayasayı değiştirebilirsin; eğer bunu kabul etmiyor ve değişmez maddeleri değiştirmek istiyorsan o halde bu devleti*<sup>859</sup> *sonlandırıp yeni bir devlet kurman gerekir*” demektedir.

Türev kurucu iktidarın hangi şartlar altında demokratik kesinti olmaksızın mevcut devlete son verip tümünden yeni bir anayasa yazabileceğine çalışmamızın sonunda değineceğiz. Eğer yasama organının yeni bir devlet kurmak iradesi yoksa değişmez maddeler kurucu halkın iradesi olmaları itibarıyla kendi için bağlayıcıdır. Türev kurucu iktidarın değişmez maddeleri ihlal edip etmediğinin denetimi bu nedenle kurucu halkın temsilciliği haline gelmektedir.

#### (1) Anayasa mahkemesinin genel iradeyi temsil eden organlardan biri olması

Yasanın genel iradeyi, yani egemenin iradesini ifade ettiğini iddia eden yasa-merkezci tez uzun yıllar anayasa hukukunda baskın görüş olmuştur. Ancak yeni bir tez bu görüşü aşmıştır. Fransa Anayasa Konseyi'nin 23 Ağustos 1985 tarihli kararında belirttiği gibi yasama organı genel iradeyi ifade edebilmek için anayasaya saygı göstermekle yükümlü olduğundan, seçilmiş temsilcilerin iradesiyle egemenin iradesinin bire bir aynı kabul edilmesi artık mümkün değildir. Çünkü “*nasıl olur da bir egemenin iradesi, yine aynı egemenin bir başka ‘temsilcisi’ tarafından sınırlanabilir, denetlenebilir veya iptal edilebilir?*”<sup>860</sup>

<sup>859</sup> Bu çalışmada “devlet” kavramı Kelsen’ci bir bakış açısıyla “anayasayla kurulan hukuksal sistem” olarak kullanılmıştır.

<sup>860</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, s. 185.

Bu güncel teze göre, anayasa mahkemesi de halkın temsilcilerinden biridir ve bu temsilcilik niteliği, anayasal ilkeleri açıklama görevinden kaynaklanır. Egemenin iradesini açıkladığı ve yasamayı da buna saygı göstermek için zorladığı içindir ki anayasa yargıcı genel iradeyi ifade eder.<sup>861</sup> Ancak halk egemenliğinin anayasa mahkemesi tarafından ete kemiğe büründürülmesi ve ifade edilmesine de şüpheyile yaklaşmak gerekir. Çünkü genel iradenin tek başına mahkeme tarafından ifade edildiğini iddia etmek, halkın bu sefer mahkemeye özdeş olduğunu kabul etmek anlamına gelecektir. Ancak bu da, tıpkı halkla parlamentoyu özdeş kabul eden tez gibi, halkın iradesinin yerine geçmek olacaktır.<sup>862</sup>

Ancak burada anayasa mahkemesi, genel iradeyi temsil etme işini tek başına yüklenmemektedir. Mahkeme, gördüğü denetim işlevi aracılığıyla hem yasamanın genel iradeyi ifade etmekteki tekel statüsünü yok etmekte ve egemenliği yasamanın da üzerinde yer alan başka bir alana taşımakta, hem de kendini halkı temsil eden organlardan biri kılmaktadır. Çünkü TROPER'in yazdığı gibi, *“genel iradeyi, bir başka deyişle egemene tanınan iradeyi ifade etme işlemine katılan, yani millet egemenliğini kullanan herkes halkın temsilcisidir. Öyleyse, yasama işlevine katılan anayasa yargıcı da, egemene tanınan bir irade olan genel iradenin ifade edilmesine katılmaktadır. O da egemen halkın temsilcilerinden bir tanesidir.”*<sup>863</sup>

Bunun nedeni, kanunun anayasaya uygunluğunu denetleyen ve kanunun genel iradeyi ifade edip etmediğini onaylayan organın, bunu ancak genel iradenin ne olduğunu yorumlayabilmesi sayesinde yapabilmesidir. Dolayısıyla mahkeme de genel iradenin ifade edilmesine katılmaktadır. Bir başka deyişle, o da egemenin bir temsilcisidir.<sup>864</sup>

Böylece vatandaşlar artık iktidar çemberinin dış sınırında ve egemenliklerini yalnızca kendi içlerinde ortaya koymaya mahkûm edilmiş olarak değil veya oy denilen anlaşmayla iktidara ulaşma işini temsilcilerine bırakarak değil, anayasa yargıcı adı verilen ve parlamento ve hükümetin yanında egemenliği kullanan bir kurum aracılığıyla iktidar düzeninin bir parçası olmaktadır.<sup>865</sup>

<sup>861</sup> BLACHER, a. g. e.

<sup>862</sup> D. ROUSSEAU, “Une Résurrection...”, s. 10.

<sup>863</sup> TROPER, “Démocratie Continue...”, s. 133.

<sup>864</sup> TROPER, a. g. m.

<sup>865</sup> D. ROUSSEAU, *La Démocratie...*, s. 85.

Bu nedenlerle denebilir ki, genel iradenin ifadesi artık, anayasanın üstünlüğünün kabul edildiği bir rejimde, yasamanın iradesiyle özdeş değildir; çünkü artık (tek başına) yasama egemen güç olarak kabul edilmemektedir. Anayasallık denetimindeki gelişmeler, halkın seçilmiş temsilcilerinin kurucu iradeye saygı göstermesini zorunlu kılmaktadır.<sup>866</sup> Onu buna zorlayan anayasa mahkemesi de, kurucu iradenin temsilcisi sıfatıyla, genel iradenin ifadesine katılan bir organ haline gelmiştir.

(2) Değişmez maddelerin yorumlanması: Kurucu halkın iradesinin ortaya çıkartılması

Anayasa mahkemesinin genel iradeyi ifade eden organlardan biri olduğunu kabul eden TROPER, buna karşın, kurucu halk ve güncel halk arasındaki ayrımı kabul etmemektedir. Bu ayrıma yaptığı itirazı kabul etmemekle birlikte önemli görmekte ve hatta kendi düşüncemize dayanak kabul etmekteyiz. Çünkü yazarın çekincesi aslında bizi anayasa mahkemesinin yeni rolüne taşımaktadır. Şöyle ki, TROPER'e göre *“kurucu halkı yasamayı elinde bulunduran halkla karşılaştırırsak çok esaslı bir sorunla karşı karşıya kalırız: İkincisi asla gerçek anlamda egemen olamaz; çünkü ölümlerden oluşan bir halka tâbidir.”*<sup>867</sup>

Bu yorum “kurucu halk” ve “güncel halk” (ya da “yasamayı elinde bulunduran halk”) arasındaki ayrımın iki özne arasındaki irade bağlantısına gönderme yaptığını ima etmektedir. Ancak TROPER'e göre böyle bir bağlantı mümkün değildir; çünkü bunlardan sadece “güncel halk” (ya da “yasamayı elinde bulunduran halk”) kendini ifade edebilmek yeteneğine sahiptir; tabii eğer anayasa mahkemesi “ölü halk” adına egemenliği ifade etmeyi kabul etmezse.<sup>868</sup>

İşte bu noktada, kanaatimizce, değişmez maddeler aracılığıyla yasamayı elinde bulunduran halkı sınırlamak isteyen ve buna hakkı da olan aslî kurucu halkın bu iradesinin hayata geçebilmesi için anayasa mahkemesi devreye girmektedir. Çünkü kurucu halkın, iradesini açıklamak için bir temsilciye ihtiyacı vardır. Hukuk

<sup>866</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, s.186.

<sup>867</sup> TROPER, “Quelques Remarques...”, s. 378.

<sup>868</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, s. 188.

sisteminin kurucu ilkelerinin yazarı olarak nitelendiği ve iradesi milletvekillerininkinden daha üstün kabul edildiği için iradesinin kuruculuk anında tükenmemesi gerekir.<sup>869</sup> Anayasacılık egemenin iradesinin devam etmesini, sürekli olmasını arzular.<sup>870</sup> Dolayısıyla TROPER'in alaycı bir edayla belirttiği “anayasa mahkemesinin ‘ölü halk’ adına egemenliği ifade etmesi” değişmez maddeler kurumunun önemli bir unsurudur. Evet, kurucu halk ölmüştür ancak iradesinin o anayasa yürürlükte olduğu sürece egemen olmaya devam etmesi değişmez maddeler aracılığıyla mümkündür.

Kurucu halkın temsilcisi parlamentodaki milletvekilleri değildir. Çünkü onlar “güncel halkın” temsilcisidir. “Güncel halk” ile “kurucu halk” aynı olmadığına göre parlamento kurucu halkı temsil, onun iradesini de ifade edemez. Bir başka deyişle, gerçek egemenin iradesinin yalnızca anayasada yer aldığı kabul ettiğimiz andan itibaren, “güncel halkın” temsilcilerinin “farazî egemenin” iradesini ifade ettiğini kabul etmek imkânsızlaşır.<sup>871</sup> Bu durumda anayasanın temel ilkelerini yazan kurucu halkın temsilcisi ancak, parlamentonun iradesini denetleme yetkisine sahip olan anayasa yargıcısıdır.

“Yasamayı elinde bulunduran halkın” iradesinin anayasaya uygunluğunu ancak ondan daha üst seviyedeki bir iradenin denetlemesi mümkündür. Bu da kurucu halkın iradesidir. Onun ifade edilmesi görevi ise, söz konusu denetimi yapabilecek tek organ olan Anayasa Konseyi'nindir. Bu anlamda, parlamentoda ezici bir çoğunlukla kabul edilen yasaların dahi anayasa yargısı tarafından iptal edilebilmesini sağlayan gerekçe, söz konusu denetimin kurucu halk adına ve onun koyduğu ilkeler çerçevesinde yapılıyor olmasıdır.<sup>872</sup>

Aslında ABD Yüksek Mahkemesi bu durumu yıllar önce ortaya koymuştur. Mahkeme, 1803 yılında verdiği ünlü *Marbury v. Madison* kararında anayasaların, aslî kurucu iktidarın sahibi olan halkın siyasi iradesini ve kurduğu siyasi sistemin temel ilkelerini ortaya koyduğunu ve iktidarı kullanan organların yetkilerini çizdiğini belirtmektedir. Bu yetki dağılımını güvence altına almak için anayasa koyucu

---

<sup>869</sup> Konuya anayasal demokrasi açısından bakan bazı yazarlar kuruculuk eyleminin tümünden değişmez olduğunu, dolayısıyla gelecek nesillerin anayasayı hiçbir şekilde değiştiremeyeceğini iddia etmiştir. Bu görüşün eleştirisi için bkz: BEAUD, *La Puissance...*, s. 446.

<sup>870</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, s. 191.

<sup>871</sup> TROPER, “Quelques remarques...”, s. 379.

<sup>872</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, s. 189.

sıfatıyla halk (başka bir deyişle kurucu halk), yazılı bir anayasa yapma yolunu seçmiştir. Bu nedenle de yasamanın anayasaya aykırı işlemlerinin geçersiz olması da esas olmalıdır.<sup>873</sup>

Dominique ROUSSEAU'nun altını çizdiği gibi “*kurucu ilkeler, açıklandıkları tarihsel ana sıkışık kalan ‘şeyler’ deşildir.*”<sup>874</sup> Anayasal ilkeleri yorumlayarak anayasa yargıcı, yaşayan halkla zaman-ötesi halkın<sup>875</sup> daha önce koyduğu ilkeler arasında bir köprü kurmakta ve anayasal ilkeleri açıklamak suretiyle “güncel halkla” ve onun temsilcileriyle, “zaman-ötesi halkın” koymuş olduğu kurucu ilkeleri uyumlu hale getirerek egemenin “temsilcisi” sıfatına kavuşmaktadır.<sup>876</sup> Yasama usulünün düzenleniş biçimi göstermektedir ki anayasa yargıcı seçilmiş temsilcilerin işlemlerini denetlemekte, takip etmekte ve bazen de iptal etmektedir ve bunu, iradesini geçmişte kurulmuş, bugün kurulan ve aynı şekilde gelecekte kurulacak olan tüm iktidarlara dayatan egemen adına yapmaktadır.<sup>877</sup>

Maurice HAURIOU'ya göre de “*parlamentoda kabul edilen yasalar devletin çeşitli organlarını güncel şekilde düzenler. Ancak anayasa, daha derin gerçeklikleri olan ve geleneksel bir uzlaşma üzerine kurulu bir yapıdır. Bu uzlaşmanın konusunu teşkil eden öğeler anayasal ilkeler olarak karşımıza çıkar. Anayasa yargıcı da kanunların anayasaya uygunluğunu denetlerken anayasadaki belli bir madde adına değil, anayasada egemen olan ilkeler adına iptal kararları verir. Bu da gerçek bir anayasal meşruiyet yaratır.*”<sup>878</sup> Böylece aslında anayasa yargıcının görevinin, ülkenin üzerine kurulduğu temel anayasal ilkelerin devamını sağlamak olduğu ortaya çıkar. Bu demektir ki anayasallık denetimi, HAURIOU'nun “anayasal meşruiyet” olarak adlandırdığı kurucu ilkelerin ortaya çıkartılması fırsatıdır.<sup>879</sup> Böylece anayasa yargıcı, yasama organına yani seçilmiş temsilcilere anayasanın hukuksal bir yorumunu hatırlatarak, siyasal temsilin egemenlik iradesini ifade etmek için yeterli olmadığını altını çizmektedir.<sup>880</sup>

<sup>873</sup> Marbury v. Madison, ss. 176-177, [http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0005\\_0137\\_ZO.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0005_0137_ZO.html) (07.05.2012 tarihinde ziyaret edildi.).

<sup>874</sup> D. ROUSSEAU, “La Démocratie...”, s. 87.

<sup>875</sup> ROSTOW, “The Democratic...”, s. 197.

<sup>876</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, ss. 190-191.

<sup>877</sup> BLACHER, *a. g. e.*, s. 186.

<sup>878</sup> HAURIOU, *Précis de...*, ss. 95-96.

<sup>879</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, s. 193.

<sup>880</sup> BLACHER, *a. g. e.*, s.194.

Diğer bir deyişle, anayasa yargıcı, vatandaşların birlikte yaşamak için üzerinde anlaşığı ilkelerden yola çıkarak halkın seçtiği temsilcilerin kabul ettiği kanunları denetlemektedir. Çünkü ancak bu ilkelere saygılı olması halinde kanun genel iradenin ifadesi olarak kabul edilebilir.<sup>881</sup> Aynı şekilde, değişmez maddeleri belirleyen irade kurucu halka ait olduğundan dolayı anayasa mahkemesinin anayasa değişikliğine ilişkin kanunların değişmez maddelere uygunluğu denetimi de kurucu halk adına yapılmış olmaktadır.

Ancak belirtmek gerekir ki anayasa yargıcı kurucu halkın temsilcisi niteliğini kazanırken, seçilmiş temsilcilere karşı bir silah haline gelmemektedir. Parlamento gerçek egemen güç adına denetlemekte ve sınırlamakta ancak bunu güncel halkın isteği doğrultusunda değil, kurucu halkın anayasada beliren iradesine uygun şekilde yapmaktadır. Bu nedenle, kurucu halk tarafından belirlenen rejime ilişkin temel ilkelerin korunması ve yorumlanması, anayasa mahkemelerinin temel görevlerinden biridir.<sup>882</sup>

## **B. Anayasa mahkemesinin değişmez maddelerin korunmasına ilişkin yetkisi**

Anayasa mahkemesinin yetkileri genelde anayasa metninin içerisinde gösterilmiştir. Mahkemenin yetkilerine dair maddeler aynı zamanda yetkinin sınırlarını da belirlemektedir. Sınırlı yetkilere sahip bir yargı organı olmasına karşın anayasa mahkemesinin kararlarına karşı denetim mümkün değildir; çünkü yargı sisteminin en üstünde yer almaktadır. Anayasa mahkemesinin anayasadaki sınırlarla kendini bağlı hissedeceği ve bunları ihlal etmeyeceği varsayılır. Fakat çoğu anayasa mahkemesi zaman zaman yetkilerinin sınırlarını zorlar ve bazen de onları aşar. Bu, o günün şartları nedeniyle bir zorunluluktan kaynaklanabileceği gibi iktidarla zıt görüşteki mahkeme üyelerinin keyfiyetinden de kaynaklanabilir.

Anayasa mahkemeleri, ihtiyaç duyduklarında, anayasal kurallar koyarak kendi yetkilerini belirleyebilmektedir. Bunun en açık örneklerinden biri ABD Yüksek Mahkemesi tarafından gerçekleştirilmiştir. ABD 1787 Anayasası kanunların

<sup>881</sup> D. ROUSSEAU, *La Démocratie...*, s. 83.

<sup>882</sup> DİKMEN CANIKLIOĞLU, *Anayasal Devlette...*, s. 248.



anayasallık kontrolünü yapma yetkisi vermediği –ancak aynı zamanda bu kontrolü yapmayı yasaklamadığı- bir Yüksek Mahkeme ihdas etmiştir ve Mahkeme'nin kendisi, Marbury - Madison'a karşı davasında anayasallık kontrolü yapma yetkisinin bünyesinde var olduğunu ilân etmiştir. Tabii burada Mahkeme, üstün organ olma niteliği sayesinde Anayasa'yı yorumlayabilmiş ve yetkisini genişletebilmiştir. “Üstün olma” ifadesiyle kastedilen, başka hiçbir otorite tarafından kurulmamış olması, hiçbir denetime tâbi olmaması ve yetkilerinin başka hiçbir kamu otoritesi tarafından belirlenmediği bir konumda bulunması sonucunda kendi yetkilerini kendinin belirleyebilmesidir.<sup>883</sup>

Buna karşın, anayasa mahkemesinin sınırlanamaz olduğunu söylemek de mümkün değildir. Mahkemenin yetkisi için en azından bir tane – belki de tek – sınırlama aracı vardır: Kurucu iktidar.<sup>884</sup> Bir anayasa mahkemesi, görevi olan anayasayı korumak işini kendiyile ilgili maddeler için de kabul etmeli ve üstün aslı kurucu iradenin koyduğu sınırları aşmamalı ve ihlal etmemelidir. Aksi takdirde, korumakla yükümlü olduğu kurucu halkın iradesine bizzat kendisi saygı göstermemiş olacak ve bu nedenle türev kurucu iktidara çizeceği sınırlar ve değişmez maddelerle ilgili yapacağı denetimin meşruiyeti tartışma konusu haline gelecektir.

Bir anayasa mahkemesinin değişmez maddeleri korumak amacıyla başvurabileceği tek yöntem, dava edilmeleri halinde önüne gelecek anayasa değişikliklerinin içerik denetimini yapmaktır. Bu konuda anayasasında değişmez madde olan ve değişmez maddeyi ihlal ettiği gerekçesiyle bir anayasa değişikliğinin dava edildiği ülkelerden –bizim bilgimiz dahilinde olan- yalnızca Fransa'da, bu denetimi yapmaya yetkili tek organ olan Anayasa Konseyi söz konusu denetimi yapmakta çekingen bir tavır göstermektedir. Onun dışındaki ülkelerde (Almanya, İtalya, Hindistan ve Türkiye) anayasa mahkemeleri anayasa değişikliklerinin anayasanın özüne (temel unsurlarına) uygunluğunu denetleme yetkileri olduğunu kabul etmiştir.<sup>885</sup> Ancak bu ülkelerden yalnızca Hindistan ve Türkiye'de iptal edilen anayasa değişikliklerine rastlanmaktadır.

<sup>883</sup> TROPER, *Pour une Théorie...*, s. 311.

<sup>884</sup> MALAURIE, “La Necessité de...”, s. 293.

<sup>885</sup> Avusturya ve Bulgaristan anayasa mahkemeleri de anayasa değişikliklerini iptal etme yetkisi olduğunu kabul etmesine karşın bu ülkelerin anayasalarında değişmez madde bulunmamaktadır.

## 1. Anayasa mahkemesinin değişmez maddeleri koruma görevi

Anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun denetimi Şekil ve esas olmak üzere iki düzeyde söz konusu olmaktadır. Anayasa değişikliklerinin Şekil yönünden anayasaya uygunluğunun denetimi, bu değişikliklerin anayasada öngörölen usül ve Şekil kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmadıklarının incelenmesini içermektedir.<sup>886</sup>

Anayasa değişikliklerinin esas yönünden anayasaya uygunluğunun denetlenmesi ise anayasanın anayasa değişikliğini düzenlediği maddelerle değil, değişmez olarak kabul ettiği maddelerle ilgili bir denetimdir.<sup>887</sup> Bu durum “anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri” kavramını gündeme getirmektedir.<sup>888</sup> Bunun için, usüline uygun Şekilde kabul edilerek bir anayasa normu haline gelen anayasa değişikliğinin hiyerarşik olarak üzerinde bulunan normlar olduğunun kabul edilmesi gerekir. Çünkü hukuk normları hiyerarşisinde bir norm, ancak kendinden üst seviyede bulunan başka bir norma aykırı düştüğü takdirde geçersiz sayılabilir.<sup>889</sup> Bu nedenle, değişmezlik konusundaki en önemli meselelerden biri, anayasa mahkemesi tarafından, değişmez maddeler aracılığıyla türev kurucu iktidara konulan sınırların birer usül kuralı mı yoksa maddî bir sınır mı olduğunun ortaya konmasıdır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, pozitivist yazarlar, bir anayasada açıkça değişmez olduğu belirtilen madde veya maddelerin dahi, eğer anayasa mahkemesine bunları korumak yönünde açıkça bir yetki verilmediyse, dokunulmaz olmadığını ifade etmektedir. Bu bakış açısına göre, eğer anayasada, anayasa mahkemesine anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi verilmediyse veya, 1982 Türkiye Anayasası’nda olduğu gibi, denetim yetkisi yalnızca Şekil açısından tanındıysa, anayasa değişikliğine dair kanunlar, “doğaları”, konuları veya tanımları nedeniyle değil, anayasa mahkemesine bu tür kanunları denetleme yetkisini açıkça vermeyen anayasal metnin sessizliği nedeniyle anayasa yargısı denetiminin konusunu teşkil

<sup>886</sup> ÖZBUDUN, **Türk Anayasa...**, s. 175.

<sup>887</sup> SAĞLAM da, Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin kararlarının aksine, anayasa değişiklikleriyle ilgili kanunların denetimini, Anayasa’nın 148. maddesinde yer alan değişiklik yapmayla ilgili biçim denetimi kurallarına değil, bu konuda özel kural olarak kabul ettiği Anayasa’nın 4. ve 11. maddelerine dayandırmaktadır. Bknz: SAĞLAM, “Anayasa ve...”, s. 578.

<sup>888</sup> Kavrama ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bknz: BROOKE, **Constitution-Making...**, ss. 52-78.

<sup>889</sup> ÖZBUDUN, **Türk Anayasa...**, s. 176.

edemezler.<sup>890</sup> Eğer buna rağmen anayasa mahkemesi bir esas denetimi yaparsa bu, anayasanın tanıdığı yetkilerin aşılması olur ve dolayısıyla anayasanın ihlal edilmesi anlamını taşır.

Bu noktada pozitivist yazarların, genelde, turev kurucu iktidara değişmez maddeleri değiştirme yetkisi tanımadıklarını da hatırlamakta fayda bulunmaktadır. Değişmez maddeler, anayasadaki ilgili dzenleme gereği, turev kurucu iktidarın değiştirme iktidarının dışındadır. Ancak turev kurucu iktidar olan yasamanın kanunların ve anayasa değişikliklerinin yapım aşamasında herhangi bir organ tarafından denetlenmemesi nedeniyle, anayasa tarafından açıkça yasaklanmış bir işlemi yapmalarının onunde hiçbir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla yasama, açıkça anayasayı ihlal eden bir kanun veya anayasa değişikliğini kabul edebilir. Onemli olan, anayasayı ihlal eden bu normun denetlenerek iptal edilebilmesidir. Kanaatimizce, pozitivist yazarların, anayasa mahkemesinin anayasa değişikliklerinin esas denetimi açısından açıkça yetkilendirilmediği hallerde denetim yapılamayacağı iddiası, bu nedenle, hayatın gerđekleriyle uyum halinde değildir.

Ancak buna karşın, anayasa değişikliklerinin anayasallık denetiminin yapılması kolayca ulaşılan bir sonuç olmamıştır. Değişmez maddelerin anayasa mahkemeleri tarafından korunabilmesi için oncelikle anayasa mahkemesinin kendini anayasa değişikliklerini esastan denetlemek konusunda yetkili gormesi gerekmektedir. Genelde anayasalarda yazılmayan bu yetkinin varlığına mahkemeler yorum yontemiyle ulaşabilmektedir. Fakat elbette, anayasalarda açıkça yazılmaması nedeniyle anayasa mahkemelerinin boye bir yetkiye sahip olmadığını dışunen yazarlar ve mahkemeler de bulunmaktadır.

#### *a. Anayasa mahkemesinin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi ve karşı gorumşler*

Anayasallık denetimini anayasa değişikliklerine kadar genişleten pek az sayıda ulke bulunmaktadır. Bunun en onemli nedeni anayasa değişikliğinin bir kuruculuk işlevi olması nedeniyle anayasa mahkemesinin anayasalarda genelde bu konuda

---

<sup>890</sup> Marguerite CANEDO, "L'Histoire d'Une Double Occasion Manquće", **Revue du Droit Public (RDP)**, no. 3-2003, 2003, s. 770.

açıkça yetkilendirilmemiş olması ve mahkemenin yorum yoluyla kendinde bu tür bir yetki bulmamasıdır. Almanya gibi anayasa mahkemelerinin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini kendinde bulduğu ülkelere karşın Fransa Anayasa Konseyi'nin Anayasa'daki değişmez maddeye dayanarak bir anayasallık denetimi yapmamasının arkasında kültürel ve tarihsel nedenler yatmaktadır: Federal Almanya Anayasa Mahkemesi acı dolu geçmişini hatırlarken Fransa Anayasa Konseyi halen millet iradesinin üstünlüğünü iddia eden SIEYES'in etkisi altındadır.<sup>891</sup>

Fransa'da Anayasa Konseyi yalnızca anayasa değişikliklerinin değil, olağan kanunların dahi anayasaya uygunluğunu denetlemekte çekingen davranmıştır. Bunun en önemli nedenlerinden biri, 1789'da mutlak monarka karşı burjuvazinin halk adına elde ettiği yasama yetkisini mutlaklaştırma arzusu olmuştur. Bu arzu, temsilî demokrasiyi açıkça reddetmesine karşın ROUSSEAU'nun genel irade teorisine de bağlanınca, temsilcilerin iradesinin denetlenmesi fikri olanaksız hale gelmiştir.<sup>892</sup>

Fransa pozitif hukukunda da, değişmez maddelere aykırı içeriği olduğu düşünülebilecek değişiklik kanunlarının, bu duruma rağmen genel iradeyi ifade ettiği genel olarak kabul edilmektedir. Bunda, SIEYES'in temsilî rejim şemasına eklenen Rousseau'cu doktrin önemli bir etkidir.<sup>893</sup> Bunun sonucunda Fransız Devrimi'ni gerçekleştirenlerin kafasında bir neslin gelecek nesilleri kesin şekilde bağlamasının mümkün olmadığı düşüncesi şekillenmiştir.<sup>894</sup>

Ünlü Fransız hukukçu VEDEL, yıllar sonra, türev kurucu iktidarın sınırsızlığı düşüncesinin takipçisi olarak gerekçesini basit şekilde ortaya koymuştur: “*Türev kurucu iktidar, ilk kurucu iktidardan farklı bir doğaya sahip bir iktidar değildir.*”<sup>895</sup> Ancak yazar, “*Droit Constitutionnel*” kitabında hukuksal anlamda yönetimin cumhuriyetçi yapısının değiştirilmesinin yasaklanmasının bir monarşi veya soya bağlı bir imparatorluk kurulmasını engelleyeceğini de kabul etmiştir.<sup>896</sup> Dolayısıyla, her ne kadar dar şekilde yorumlasa da VEDEL de değişmez maddenin hukuksal bir değeri olduğunu en baştan beri kabul etmektedir.

<sup>891</sup> Wanda MASTOR, Liliane ICHER, “Constitutional Amendment in France”, in **Engineering Constitutional Change – A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA**, edited by Xenophon CONTIADES, Routledge, Oxon, 2013, s. 119.

<sup>892</sup> GÖZTEPE, “Anayasa Yargısı...”, s. 48.

<sup>893</sup> DİKMEN CANIKLIOĞLU, **Anayasal Devlette...**, s. 249.

<sup>894</sup> ROUSILLON, **Le Conseil...**, s. 74.

<sup>895</sup> VEDEL, “Schengen et...”, s.179.

<sup>896</sup> VEDEL, **Droit...**, s. 278, aktaran: GÖZLER, **Le Pouvoir de...**, t. I, s. 139.

## (1) Fransa Anayasa Konseyi'ne göre türev kurucu iktidarın “egemenliği”

Fransa Anayasa Konseyi, normlar hiyerarşisi teorisini parlamentonun sınırlanmasını sağlayan bir ilke olarak kararlarında defalarca kullanmıştır. Örneğin, 16 Ocak 1982 tarihli ve 132 DC sayılı millileştirmeye ilgili kararında Konsey, “hiçbir şey yasamayı, yetkilerini kullanırken, devletin tüm organlarının uymak zorunda olduğu anayasal değerdeki ilke ve kurallara uymaktan muaf tutamaz” demiştir. Aynı şekilde, Yeni Kaledonya’yla ilgili 23 Ağustos 1985 tarihli ve 197 DC sayılı kararında da Konsey, çok daha net bir biçimde anayasanın üstünlüğünü yasa-merkezciliğe yeğ tuttuğunu göstermiştir: “Oylanan kanun ancak anayasaya saygı çerçevesinde genel iradeyi ifade eder.”<sup>897</sup> Buradan anlaşıldığı üzere, Anayasa Konseyi, anayasayı ihlal eden yasaları, her ne kadar parlamento tarafından yapılmış olsalar da genel iradenin ifadesi olarak kabul etmemektedir.

Konsey, 1992 yılında anayasa değişikliğine dair bir kanunun Anayasa’ya uygunluğunu denetleme talebiyle karşılaşmıştır. Süreç şu şekilde gelişmiştir: Fransa’nın Avrupa Birliği’nin en önemli antlaşmalarından biri olan Maastricht Antlaşması’nı imzalaması öncesinde söz konusu antlaşmanın Fransa Anayasası’na uygun olup olmadığının denetlenmesi gerekmiştir. Konsey, 9 Nisan 1992 tarihinde verdiği *Maastricht I* kararında<sup>898</sup> antlaşmanın imzalanabilmesini Anayasa’nın bazı maddelerinin değiştirilmesi şartına bağlamıştır. Bunun üzerine Kongre halinde toplanan Fransa Parlamentosu, 25 Haziran 1992’de, Anayasa’nın antlaşma hükümlerine uygun hale getirilmesi amacını taşıyan anayasa değişikliğine dair bir kanunu kabul etmiştir.<sup>899</sup> Ancak, Maastricht Antlaşması’nın Anayasa’nın millî egemenlikle ilgili 3. maddesine, bölgesel toplulukların Senato’da temsilini düzenleyen 24. maddesine ve hükümetin yetkilerine ilişkin 20. maddesine aykırı olduğunu iddia eden altmış Senatör, Anayasa’yı Maastricht Antlaşması’na uygun hale getiren söz konusu kanunun da aynı gerekçelerle Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Konseyi’ne dava açmıştır. Görüldüğü üzere, Maastricht

<sup>897</sup> Fransa Anayasa Konseyi’nin 23 Ağustos 1985 tarihli ve 197 DC sayılı kararı, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/1985/85-197-dc/decision-n-85-197-dc-du-23-aout-1985.8176.html> (26.07.2013 tarihinde ziyaret edildi.)

<sup>898</sup> 09.041992 tarihli ve CC 92-308 DC numaralı karar.

<sup>899</sup> 25.06.1992 tarihli ve 92-554 numaralı kanun.

Antlaşması'nın imzalanması problemi, değişiklik yapma iktidarının sınırlarıyla yakından ilgilidir.<sup>900</sup>

Bunun üzerine Fransa Anayasa Konseyi, 2 Eylül 1992 tarihinde çok önemli, ancak anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin bazı önemli sorulara cevap vermeyen<sup>901</sup> bir karar almıştır. *Maastricht II* adıyla anılan bu kararının<sup>902</sup> 19. paragrafında Konsey şöyle demiştir:

*“Kurucu iktidar, bir yandan (Anayasa'nın) 7., 16. ve 89. maddesinin 4. fıkrası gereğince bir anayasa değişikliğinin başlatılamayacağı veya sürdürülemeyeceği dönemlerle ilgili sınırlamalara uymak, bir yandan da 'yönetimin cumhuriyet şeklinin değişiklik konusu yapılamayacağına' dair 89. maddenin 5. fıkrasındaki düzenlemeye saygı göstermek şartıyla egemendir; kendine uygun gelen şekilde anayasal değerdeki düzenlemeleri kaldırabilir, değiştirebilir veya tamamlayabilir; (...).”*

Konseyin, Fransa Anayasası'ndaki değişmez maddenin değiştirilip değiştirilemeyeceğine dair soruya verdiği bu oldukça belirsiz cevapta herkes kendi tezini destekleyici unsurlar bulmuştur.<sup>903</sup> Gerçekten de egemenliğin en önemli şartlarından biri olan herhangi bir kuralla sınırlanamama ilkesini göz önünde bulundurulduğunda Konsey'in Meclis'i nasıl “egemen” kabul edebildiği tartışmaya açık bir konudur.

Aynı şekilde, söz konusu kararla, yukarıda bahsettiğimiz 197 DC sayılı karardaki “Anayasa'yla sınırlı Meclis” düşüncesinden vazgeçilip vazgeçilmediği de anlaşılammaktadır. George VEDEL, iki karar arasında bir çelişkidense, Konsey'in Meclis'in egemenliği kullanma yetkisiyle anayasallık denetimi arasında bir denge gözettiğini ifade etmektedir. Değişmezliği “mistik” ve anayasa-üstü bir kural olarak kabul eden yazara göre eğer Konsey değişmez maddeye değer verseydi hukuksal mantıktan çıkararak bu dengeyi bozardı.<sup>904</sup> VEDEL'e göre “*anayasa yargıcı, millî egemenliğe aykırı hareket etmekten ve genel iradeyi iptal etmekten uzaktır; bilakis, bunların üstün ve toptan ifadesi demek olan anayasaya saygıyı sağlayarak bu ikisine*

<sup>900</sup> BEAUD, *La Puissance...*, s. 459.

<sup>901</sup> DRAGO, *Contentieux...*, s. 341.

<sup>902</sup> 02.09.1992 tarihli ve CC 93-312 numaralı karar.

<sup>903</sup> ROUSILLON, *Le Conseil...*, ss. 72-73.

<sup>904</sup> George VEDEL, “Schengen et Maastricht”, *Revue Française de Droit Administratif (RFDA)*, no. 2, 1992, s. 179.

*de saygıyı sağlamış olur.*”<sup>905</sup> Ancak bu düşüncesiyle yazar, anayasayı ihlal eden meclis işlemlerinin iptal edilmesini imkânsız hale getirmektedir.<sup>906</sup>

Gerçekten de, karardaki “kurucu iktidar egemendir; uygun gördüğü şekilde anayasal değerdeki düzenlemeleri ortadan kaldırabilir, değiştirebilir veya tamamlayabilir” şeklindeki ifadenin ön plana çıkarılması halinde Konsey’in, kurucu iktidarı “egemen” kabul etmesi nedeniyle ve Parlamento’nun da “türev kurucu iktidar” sıfatını haiz olması göz önüne alındığında, anayasa değişikliklerini denetleme taraftarı olmadığı izlenimi doğmaktadır. Zira ilk kısımda açıkladığımız üzere, “egemen” sıfatı ancak şarta bağlanamayan, denetlenemeyen ve sınırsız iktidarlara için kullanılabilir. Bu düşünce, Konsey’in 23 Temmuz 1992 tarihli *Maastricht III* adlı kararıyla<sup>907</sup> da uyum içerisindedir. Söz konusu kararda Konsey, yetkisinin kesin şekilde Anayasa’yla belirlendiğini ve orada açıkça yazmayan bir yetkiye sahip olamayacağını ifade etmiştir.<sup>908</sup>

Konsey’in anayasa değiştirme iktidarına getirdiği söz konusu sınırlar, kuruculuk işlevine *maddî* sınırlar getirilmesi düşüncesini savunan başvuruçuların beklentilerini karşılamamaktadır. Başvuruçulara göre kurucu iktidar, iddialarına göre Maastricht Antlaşmasıyla ihlal edilen millî egemenlik gibi bazı temel ilkelere dokunamamalıdır. Konsey’in sınırlama adına kullandığı referanslardan yalnızca hükümetin cumhuriyetçi yapısının değiştirilememesi maddî bir sınır teşkil etmektedir. O da doğrudan Anayasa’dan kaynaklanmaktadır.<sup>909</sup>

Ancak, bir yoruma göre ise, söz konusu kararda “egemen kurucu iktidardan” kastedilenin, egemenlik yetkisini doğrudan kullanan halk olduğu kabul edilmelidir. Çünkü aynı kararın içerisinde Konsey Anayasa’yı değiştirme yetkisine çeşitli sınırlamalar getirmiştir: “*Kurucu iktidar, bir yandan, Anayasa’nın 7, 16 ve 89. maddenin 4. fıkrası gereğince anayasa değişikliği yapılamayacak dönemlerde ve diğer yandan, ‘yönetimin cumhuriyetçi yapısı değişiklik konusu yapılamaz’ hükmünü içeren 89. maddenin 5. fıkrasına saygıyla sınırlı olarak egemendir.*” Burada

<sup>905</sup> VEDEL, “Le Conseil...”, s. 151.

<sup>906</sup> Özellikle 2008’de Fransa Anayasası’nda yapılan değişikliklerle Anayasa Konseyi’ne yürürlüğe giren kanunları da iptal etme yetkisinin tanınmasının ardından VEDEL’in düşüncesi uygulamayla tamamen uyumsuz hale gelmiştir.

<sup>907</sup> 23.07.1992 tarihli ve CC 92-313 numaralı karar.

<sup>908</sup> MOUTOUH’a göre “(kararın bu yönde çıkmasından) daha normal bir şey olamaz”. Bknz: Hugues MOUTOUH, “Le Contrôle de Constitutionnalité des Lois Constitutionnelles: Suite et Fin”, **Recueil le Dalloz**, no. 17/7114, 2003, s. 1099.

<sup>909</sup> DRAGO, **Contentieux...**, s. 342.

kastedilen “kurucu iktidar”, türev kurucu iktidar yani Parlamento’dur.<sup>910</sup> Şayet bu şekilde bir ayırım yapılmazsa Konsey’in “egemen kurucu iktidara” sınır koyduğunu kabul etmek gerekir ki bu da, yukarıda belirttiğimiz gibi, “egemen” sıfatıyla uyumlu olmaz. Nitekim FAVOREU-PHILIP de karar metnindeki bu durumu şu şekilde ortaya koymuştur: “*Anayasa Konseyi ‘kurucu iktidar egemendir’ deyip geniş bir takdir yetkisinden yararlandığını söylemektedir; ama aynı zamanda bazı sınırlarının olduğundan bahsetmektedir: Çelişkili değil mi?*”<sup>911</sup>

Konsey’in 2 Eylül 1992 tarihli kararının barındırdığı bu çelişkili ifade doktrinde tartışma yaratmıştır. Bazı yazarlar haklı olarak şu soruyu sormuştur: “*Eğer kurucu iktidar egemense, kendine konulan sınırlamaları tanımayabilir; ancak bu durumda bunları çok net bir şekilde ve hatta bazı anayasal düzenlemeleri (16. madde) geniş yorumlayarak hatırlatmanın ne anlamı vardır?*”<sup>912</sup> Yazarların çoğu kararda geçen sınırlamaların hiçbir anlamı olmadığını ve formalite icabı sayıldığını düşünmektedir. Hatta aralarında VEDEL’in de olduğu bazı yazarlar, Anayasa’nın Cumhuriyet’e değişmezlik niteliği kazandıran 89. maddesinin 5. fıkrasının da değiştirilebileceğini belirtmiştir.<sup>913</sup> Kimi yazarlarsa, Anayasa Konseyi’nin bahsettiği sınırlamaların bazılarının biçime yönelik olduğunu ve bu nedenle bir “kurulu” iktidar olan Parlamento’nun bunlara uyması gerektiğine, aksi takdirde Anayasa Konseyi tarafından değişikliğin iptal edilebileceğine (örneğin anayasa değişikliği yapılamayacak zamanlarda değişiklik yapılması girişimi); ancak bazılarının ise değişikliğin içeriğine yönelik olduğuna ve bu durumda Parlamento’nun “kurucu” iktidar kabul edilmesi gerektiğine, bu nedenle de değişikliklerin içerik nedeniyle denetiminden (Anayasa’nın 89. maddesinin 5. fıkrasındaki yönetimin cumhuriyetçi yapısının değiştirilemeyeceği kuralı) kaçınılması gerektiğine yönelik görüş bildirmişlerdir.<sup>914</sup>

Yukarıda FAVOREU-PHILIP’in sorduğu “*bu bir çelişki değil mi?*” sorusuna MOUTOUH durumun çelişkiden öte, absürd bir durum olduğu cevabını vermektedir: “*Anayasa, anayasa-koyucunun iktidarına, şeklen olduğu kadar madden de önemli bir*

<sup>910</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, s. 116.

<sup>911</sup> FAVOREU, PHILIP, *Les Grandes Décisions...*, 9<sup>e</sup> éd., s. 825.

<sup>912</sup> FAVOREU, PHILIP, *a. g. e.*, s. 844.

<sup>913</sup> VEDEL, “*Souveraineté et...*”, s. 90.

<sup>914</sup> RENOUX, VILLIERS, *Code...*, s. 624.



*sınırlama dayatmakta, ama aynı zamanda hiçbir organ bu sınırlamaya saygıyı güvence altına alamamaktadır”.*<sup>915</sup>

BLACHER’in bu soruya cevabı ise, Anayasa Konseyi’nin, bu kararla, yasama organından Anayasa değişikliklerini denetleyebilmek için yetki istediği yönündedir. Yazara göre Konsey, denetim yetkisini tek başına anayasa değişikliği kanunlarına genişletmemektedir. Buna karşılık, Anayasa tarafından değişiklik için bazı sınırlar konmuş olması nedeniyle yargıçlar, bu sınırlardan bahsederek, anayasacı rejimin gereklerine işaret etmektedir. Konsey, yasama organından, anayasa değişikliği yapmaya yetkili organların uymak zorunda olduğu anayasal düzenlemelere saygıyı sağlayabilmesi için 7 Kasım 1958 tarihli Anayasa Konseyi’ne Dair Kanun’da<sup>916</sup> değişiklik yapılmasını talep etmektedir.<sup>917</sup>

Kanaatimizce BLACHER’in, Anayasa Konseyi’nin yasama organından yetkilerini artırmasını istediği yönündeki düşüncesinde doğruluk payı vardır. Ancak Konsey’in bunu neden açıkça değil de yorumu gerektirecek şekilde yaptığının bir cevabı yoktur. Konsey açıkça, Anayasa değişikliğine dair kanunları denetleme yetkisinin olmadığını, ancak bu durumda Anayasa’da yer alan değişmez maddeleri korumasının mümkün olmadığını, bunun da aslı kurucu iktidarın değişmez maddeleri Anayasa’ya yerleştirirken ortaya koyduğu iradeye aykırı olduğunu ifade edebilir ve yetkisinin değişmez maddeleri koruyabilmek için artırılmasını yoruma gerek bırakmayacak şekilde talep edebilirdi.

Kaldı ki Konsey, *Maastricht II* kararında Anayasa tarafından tanınan yetkilerinin sınırlı sayıda olduğunu ve bunları artırmasının mümkün olmadığını ifade etmiş olmasına karşın, buna aykırı şekilde bazı durumlarda Anayasa’da yazmayan yetkiler yaratmış ve bunları kullanmıştır. Örneğin Yeni Kaledonya’daki Olağanüstü Hal Kanunu’nda değişiklik yapan bir kanunu denetlerken, daha önce yürürlüğe girmiş olan asıl kanunu da denetleyebilmiştir.<sup>918</sup> Oysa o tarihteki Fransa Anayasası’nın 61. maddesinde Konsey’e yalnızca henüz yürürlüğe girmemiş

<sup>915</sup> MOUTOUH, “Le Contrôle...”, s. 1100.

<sup>916</sup> 07.11.1958 tarihli ve 58-1067 numaralı hükümet kanunu (ordonnance). Fransa’da hükümetler, kendilerine tanınan alanlarda yasama işlemi yapabilmektedir. Bu alanlarda yaptıkları genel düzenleyici işlemler kanun seviyesindedir.

<sup>917</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, ss. 117-118.

<sup>918</sup> 25 Ocak 1985 tarihli ve 85-187 DC karar.

kanunları denetleme yetkisi tanınmıştır.<sup>919</sup> Bu durumda aslında Konsey'in Anayasa'da yazmayan yetkileri yaratmada çekingen davrandığı alanın yalnızca anayasa değişiklikleri olduğunu kabul etmek gerekir.

BEAUD ise, *Maastricht II* kararıyla Anayasa Konseyi'nin anayasa değişiklikleri için maddî sınırlar bulunduğunu ifade ettiğini iddia eden doktrini desteklemiştir. Yazara göre mahkeme bu kararıyla, tam olarak ortaya koymasa da, kurucu iktidarla değiştirme iktidarı arasındaki keskin ayrılığı onaylamıştır.<sup>920</sup>

Bu durumda, kanaatimizce, Fransa Anayasa Konseyi'nin anayasa değişikliklerini Anayasa'nın değişmez maddelerine göre denetleme yetkisi olduğunu söyleyip, buna karşın denetlememesinin nedeni, yapılan değişikliklerde değişmez maddelere yönelik bir ihlal görmemiş olmasıdır. Bu da aslında değişikliklerin zımnen denetlendiğini gösterir. Aslında Konsey Anayasa değişikliklerini, Anayasa'nın 7, 16 ve 89. maddesinin 4. fıkrasına ve değişmez nitelikteki cumhuriyetçi yapıya göre denetlemiş ancak bunlara herhangi bir aykırılık bulmamıştır. Kararında bu maddelerden açıkça bahsetmiş olması, olsa olsa, yasama organına anayasa değişikliklerini bu maddelere göre denetleme yetkisi olduğunu hatırlatmak içindir. Dolayısıyla Anayasa Konseyi anayasa değişikliklerinin açıkça denetlenerek iptal edilebileceğine dair açık kapı bırakmıştır. Önümüzdeki yıllarda önüne gelen bir davada bir anayasa değişikliğini iptal etmesi, *Maastricht II* kararıyla çelişkili olmayacaktır. Aksine, bugünkü çelişkili ve yoruma muhtaç durumu sonlandırması açısından yararlı olacaktır.

BLACHER de, her ne kadar Konsey Anayasa değişikliğine dair kanunları incelemekten kaçınmaktaysa da, içtihadının Anayasa'nın bu tür bir denetimin başlatılmasını onayladığını belirtmektedir. Yazara göre, “*madem ki Anayasa metni Anayasa'yı değiştiren iktidara bazı sınırlamalar koymuş durumdadır, o halde anayasa yargıcının anayasallık denetimi mekanizmasında bazı reformlara gitmesi mantıksız olmayacaktır*”.<sup>921</sup>

Sonuç olarak, Konsey'in *Maastricht II* kararı Anayasa metnine fazla sadık kalması ve kuruculuk işlevi sırasında kabul edilen sınırlamalar konusunda sessiz

<sup>919</sup> 2008 tarihindeki anayasa değişikliğinin ardından Anayasa Konseyi'ne yürürlüğe girmiş olan kanunları da denetleme yetkisi tanınmıştır.

<sup>920</sup> BEAUD, “Maastricht et la...”, s. 16.

<sup>921</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, s. 118.

kalması nedeniyle hayal kırıklığı yaratan bir karar olmuştur.<sup>922</sup> Bu hayal kırıklığı ve doktrindeki tartışmalar 2003 yılına kadar devam etmiştir.

## (2) Fransa Anayasa Konseyi'nin adem-i merkeziyetçi yapıyla ilgili kararı

Fransa Anayasa Konseyi anayasa değişikliklerine dair kanunları denetleyip denetleyemeyeceği tartışmalarına 26 Mart 2003'te verdiği kararla<sup>923</sup> son vermiştir. *Maastricht II* kararında “kurucu iktidarın Anayasa'nın değişmez maddelerine saygı gösterme yükümlülüğünden” bahseden Konsey, 469 DC numaralı bu kararında<sup>924</sup> önceki düşüncesinden vazgeçmiştir. İptal davasının konusu Fransa'nın merkezî yapılanmasını yumuşatan bir anayasa değişikliğidir. Anayasa'nın 54. maddesinde kendilerine tanınan yetkiyi kullanan altmış senatörün değişikliğin, Fransa Anayasası'nın 89. maddesindeki “*yönetimin cumhuriyetçi yapısının değiştirilmesi değişiklik konusu yapılamaz*” şeklindeki değişmez maddeyi ihlal ettiği yönündeki iddiasını Konsey, son derece kısa bir kararla reddetmiştir. Kararın gerekçesinde Anayasa Konseyi, Anayasa'da kendilerine tanınan yetkinin 61. maddede sınırlı sayıda sayıldığını; buna göre yalnızca, usûlüne uygun şekilde başvurulması halinde, organik kanunların ve sıradan kanunların anayasallık denetimine tâbi tutulabileceğini; ne yetkilerinin sayıldığı söz konusu 61. maddede, ne değişmezlik sıfatını taşıyan 89. maddede, ne de Anayasa'nın diğer maddelerinde kendine anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi veren bir hükmün bulunmadığını ifade etmiştir. İlgili kararda şu ifadelere yer verilmiştir:

*“Anayasa Konseyi'nin yetkisi Anayasa tarafından kesin olarak sınırlandırılmıştır; ancak anayasal metin tarafından konulan ilkelere saygı çerçevesinde kalan organik kanunlar aracılığıyla yetkisi belirlenebilir ve tamamlanabilir; Anayasa Konseyi, söz konusu metinlerde açıkça öngörülenler dışındaki hallerde karar vermeye çağırılmaz;*

<sup>922</sup> DRAGO, **Contentieux**..., s. 342.

<sup>923</sup> 29.03.2003 tarihli ve CC 2003-469 DC tarihli karar. Kararın Fransa Devleti'nin merkezî yapısına etkisi için bkz: Julien JORDA, “Les Collectivités Territoriales Outre-mer et le Révision de la Constitution”, **Revue Française de Droit Communautaire (RFDC)**, no. 56, 2003, ss. 697-723

<sup>924</sup> FAVOREU, PHILIP, **Les Grandes Décisions**..., 14<sup>e</sup> éd., ss. 817-819. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2003/2003-469-dc/decision-n-2003-469-dc-du-26-mars-2003.857.html> (07.12.2010 tarihinde ziyaret edildi.)

*“Anayasa’nın 61.maddesi Anayasa Konseyi’ne organik kanunların ve söz konusu maddede belirtilen şartlara uygun hallerde olağan kanunların Anayasa’ya uygunluğu denetimi görevini vermiştir; Anayasa Konseyi Anayasa’nın ne 61. maddesinde, ne 89. maddesinde, ne de başka bir maddesinde anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini haiz değildir;*

*“Yukarıda belirtilenlerden çıkan sonuca göre Anayasa Konseyi’nin, Anayasa’ya uygunluğunun denetlenmesi amacıyla başvurucu senatörler tarafından talep edildiği şekilde, Kongre’nin 17 Mart 2003 tarihinde kabul ettiği Cumhuriyet’in adem-i merkeziyetçi şekilde düzenlenmesine dair anayasa değişikliğini denetleme yetkisi bulunmamaktadır.”*

Konsey, kararın ilk paragrafında, yetkilerinin Anayasa’da açıkça ifade edilenlerden ibaret olduğunu; ancak Anayasa’daki hükümlere aykırı olmayan bir şekilde hazırlanmış organik kanunlarla yetkilerinin tanımlanabileceğini ve tamamlanabileceğini; söz konusu metinlerde öngörülen durumların dışındaki hallerde kendine başvurulamayacağını belirtmiştir. Böylece Konsey, anayasa değişikliklerini denetim yetkisi kapsamında çıkartmış ve kapsamı Parlamento tarafından kabul edilen organik kanunlar ve sıradan kanunlarla sınırlamıştır.<sup>925</sup>

Böylece Anayasa Konseyi, Kongre tarafından gerçekleştirilen anayasa değişikliklerini denetlemesi yönündeki talebe yetkisizlik gerekçesiyle olumsuz cevap vermiş olmaktadır. Konsey’in kararına göre türev kurucu iktidarın yaptığı anayasa değişikliklerinin Anayasa Konseyi tarafından denetlenmesi mümkün değildir. Bir başka deyişle Konsey, anayasada değişiklik yapma iktidarının tam ve bütünü kapsayan bir kurucu iktidar olduğunu, dolayısıyla aslî kurucu iktidarla aynı seviyede olduğu kararına varmıştır.<sup>926</sup>

Ancak bazı yazarlar yine de, Konsey’in yetkisizlik kararını türev kurucu iktidarı egemen kabul ettiği için değil fakat içeriğe girmekten çekinmesi nedeniyle verdiğini düşünmektedir. Zira Konsey dilekçeyi incelemeye alarak *“bir Cumhuriyet’in adem-i merkeziyetçi bir yapıya kavuşturulması onun cumhuriyetçi yönetim şeklini değiştirmez”* diyebilecek konumdadır. Ancak yetkili olduğunu kabul etmesi halinde, yalnızca her zaman uzak kalmaya çalıştığı siyasal alana girmek

<sup>925</sup> MAILLARD DESGREES DU LOÛ, “Le Pouvoir...”, s. 729.

<sup>926</sup> MAILLARD DESGREES DU LOÛ, a. g. m., s. 731.

zorunda kalmayacak, aynı zamanda “yönetimin cumhuriyetçi yapısının” ne anlama geldiğini tanımlamak zorunda kalacaktır. Anlaşılan kararsız kalmıştır.<sup>927</sup> Yetkisizlik kararıyla birlikte cumhuriyet kavramından ne anlaşıldığına dair temel bir tartışma fırsatı kaçırılmış ve konu kapanmıştır.<sup>928</sup>

Bu konudaki tartışma 2003 tarihli kararlar kapanmış gözükmeyle birlikte, anayasal normlarla anayasa-üstü normlar arasındaki muhtemel hiyerarşi sorununun halen çözülemediğini düşünen yazarlar mevcuttur.<sup>929</sup> Ancak kanaatimizce, Fransa Anayasası’ndaki değişmezlik yasağını oluşturan cumhuriyetçi yapı anayasa-üstü bir norm değil, anayasa-içi fakat diğer normlardan hiyerarşik olarak üstte olan bir normdur. Dolayısıyla Anayasa Konseyi kararını ayrıntılandırıysaydı da anayasa-üstülük tartışmasına girmemesi gerekirdi.

Anayasa’nın değişmez maddelerinin anayasa-üstü olup olmadığı tartışması bir yana, Anayasa Konseyi’nin *Maastricht II* kararında bahsettiği sınırlamaları somut bir olayda kullanma ihtimali de her zaman mevcuttur. Kanaatimizce, Anayasa’nın değişmez nitelikteki 89. maddesinin 5. fıkrasında belirtilen yönetimin cumhuriyetçi yapısının doğrudan değişiklik konusu yapılması halinde 1992’deki içtihadına dönmesi kuvvetle muhtemeldir.

GENEVOIS’ya göre Fransa’daki deneyim, kurucu iktidarın eylemlerine içerikle ilgili olarak getirilen sınırlara atfedilen güçsüz önemle yargısal denetim yokluğu arasındaki bağı ortaya koymaktadır. Açıkça, yalnızca 14 Ağustos 1884 tarihli anayasal kanunun mirası olan yönetimin cumhuriyetçi yapısına dair anayasal düzenleme metninde yer alan içeriksel sınırlama geleneksel olarak dar şekilde yorumlanmıştır. Dahası, III. Cumhuriyet dönemine kadar giden egemen doktrin, buradaki sınırlamanın değişmez olmadığı yönündedir.<sup>930</sup>

MAILLARD DESGREES DU LOU’ya göre de Anayasa Konseyi’nin 2003 kararı, 1962 ve 1992 kararlarının bir devamıdır. Zira Konsey tüm kararlarında yetkilerinin Anayasa’nın 61. maddesinde yazılanlardan ibaret olduğunu belirtmekte ve referandum aracılığıyla kabul edilen kanunlara ilişkin anayasallık denetimi yapma yetkisi bulunmadığını ifade etmektedir. Bu bakımdan Konsey içtihadında bir

<sup>927</sup> ROBERT, “La Forme...”, ss. 363-364.

<sup>928</sup> ROBERT, a. g. m., s. 365.

<sup>929</sup> DRAGO, *Contentieux...*, s. 343.

<sup>930</sup> GENEVOIS, “Les Limites d’Ordre...”, s. 920.

süreklilik vardır ve bu şekilde anayasa yargıçları anayasa-üstülüğün kaygan zeminine girmekten kendilerini alıkoyabilmiştir.<sup>931</sup>

Ancak belirtmek gerekir ki yazarın “1992 kararı” olarak işaret ettiği karar, 1992’de verilmiş üç *Maastricht* kararından yalnızca üçüncüsüdür. Gerçekten de bu karar referandumda kabul edilen bir kanun hakkında Konsey’e başvurulup başvurulamayacağıyla ilgilidir ve Konsey’in görüşü olumsuzdur. Ancak bu konu içerisinde incelenmesi gereken karar *Maastricht III* değil, *Maastricht II* kararı ve ön plana çıkartılması gereken unsur da referandumla kabul edilen kanunlar değil, meclis tarafından kabul edilen anayasa değişikliği kanunlarının Konsey’in yetkisi dâhilinde olup olmadığıdır. Zira aşağıda daha ayrıntılı şekilde ele alacağımız üzere, referandum yoluyla kabul edilen anayasa değişikliklerinin anayasallık denetiminin yapılamayacağına dair neredeyse tüm yazarlar, yargıçlar ve mahkemeler arasında bir oybirliği söz konusudur. Oysa yazar bu karardan yalnızca “*Maastricht III, Maastricht II’nin yarattığı kafa karışıklığını susturdu*” şeklinde bahsetmekte ancak kararın neden kafa karıştırdığını belirtmemektedir. Yazarın kararda ön plana çıkardığı tek unsur Konsey’in “kurucu iktidarın egemen olduğuna” dair tespittir.<sup>932</sup> Ancak, *Maastricht II* kararında ifade edilen “hükümetin cumhuriyetçi yapısını değiştiremeyen”, bir başka deyişle “sınırlanmış bir egemenlik” nasıl mümkün olabilir? Buna ne Konsey, ne de yazar tatmin edici bir cevap verebilmektedir.

Yazara göre, Fransa Anayasası’nın üstün ilkeleri arasında yer alan hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve temel hak ve özgürlükler gibi ilkeleri Anayasa Konseyi aracılığıyla değil, yöneticilerini ve temsilcilerini seçerek, sivil tepkiler göstererek ve değişiklik halkoyuna sunulduysa referandumda oylayarak Fransız halkı aracılığıyla korunmalıdır. Aynı şekilde, anayasaya saygıyı temin etmekle yükümlü Cumhurbaşkanı da bu ilkeleri ihlal eden bir anayasa değişikliği inisiyatifine olur

<sup>931</sup> MAILLARD DESGREES DU LOÛ, “Le Pouvoir...”, ss. 730-731. Buna karşın yazar, aynı makalesinde, “büyük karışıklıkların yaşandığı dönemlerde yapılan Anayasa değişiklikleri veya yazımında anayasa-üstü kuralların felsefi bariyerler olarak kullanılması gerektiğini savunmaktadır. Bknz: a. g. m., s.735.

<sup>932</sup> Belirtmek gerekir ki yazar makalesinde talî kurucu iktidarın egemen olduğu iddiasını ön plana çıkarsa da ilerleyen sayfalarda bu egemenliğin çeşitli unsurlarla sınırlandırıldığını ve hatta bu egemenliğin demokrasilerde ancak çeşitli denge ve fren mekanizmalarıyla birlikte kullanılabileceğini ifade etmektedir. Söz konusu denge ve fren unsurları öncelikle anayasa değişikliği usulüne uygunluk, daha sonra ise Danıştay’ın görüşünün alınması ve Millet Meclisi ve Senato’nun ayrı ayrı ve Kongre halinde değişikliğe onay vermesidir. Hatta yazar Meclis görüşmeleri sırasında milletvekillerinin anayasa-üstü kavramlara dayanarak değişikliğin Anayasa’nın dokunulamayacak ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle süreci durdurmaya çalışmasını da bu denge ve fren mekanizmaları içinde saymıştır. Bknz: a. g. m., ss. 735-736.

vermemeli ve eğer bir anayasal kanun uygun olmayan şartlarla kabul edildiyse, kabul edilmiş bir kanun için Anayasa Konseyi'ne gitmek mümkün olmasa da, Kongre halinde toplanmadan önce Parlamento'dan metni yeniden görüşmesini talep etmeli veya kanunu referanduma göndermelidir.<sup>933</sup> Ancak soru, bu temennilerinin tümünün boşa çıkması ve Anayasa'nın üstün ilkelerine ve değişmez maddeye aykırı bir anayasa değişikliğinin kabul edilmesi halinde ne olacağıdır. Anladığımız kadarıyla yazarın bu soruya verebileceği tatmin edici bir cevap bulunmamaktadır.

### *b. Anayasa mahkemesinin kendi yetkisini genişletmesi*

Anayasa mahkemelerinin yetkileri anayasalarda belirtilmiştir. Normlar hiyerarşisi teorisinin bir yansıması olarak hiçbir kurulu organın anayasada yazılmayan bir yetkiyi kullanamayacağı da genelde anayasalarda açık şekilde ifade edilmiştir. Ancak bu yönde bir pozitif hüküm olmasaydı dahi kaynağı anayasa olmayan bir yetkinin hukuken var olmasının mümkün olmadığı normlar hiyerarşisinin doğal bir sonucu ve hukuksal bir faraziyedir.

Buna karşın anayasa mahkemeleri, anayasayı koruyan organ olarak anayasa koyucular tarafından öngörülmeven bazı durumlarda yetkilerini genişletme yoluna gitmektedir. Örneğin Türkiye Anayasa Mahkemesi, 1972 yılında aldığı bir kararda<sup>934</sup> Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kuruluş Kanunu'nda yürütmeyi durdurma yetkisi verilmediği için bu yönde bir karar veremeyeceği kanaatine varmıştır. Uzun yıllar bu içtihadına sadık kalan Anayasa Mahkemesi 1993 yılında ise yürürlüğün durdurulması konusunda bir kural boşluğu olduğu görüşüne dayanarak söz konusu boşluğu içtihat yoluyla doldurmuş ve yürütmeyi durdurma yetkisinin olduğuna karar vermiştir.<sup>935</sup> Dolayısıyla Mahkeme, Anayasa'da yazılı olmayan bir yetkiyi kendinde bulabilmiş ve kullanabilmiştir.<sup>936</sup>

<sup>933</sup> MAILLARD DESGREES DU LOÛ, a. g. m., s. 736.

<sup>934</sup> 06.04.1972 tarihli E. 1972/13, K. 1972/18 sayılı karar.

<sup>935</sup> 21.10.1993 tarihli E. 1993/33, K. 1993/40-2 sayılı karar.

<sup>936</sup> Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma içtihadının incelenmesine ilişkin bkz: Mehmet Merdan HEKİMOĞLU, **Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları**, Detay Yayıncılık, Ankara, 2004, ss. 341-361.

ÖZBUDUN'a göre de türev kurucu iktidar ancak anayasada belirtilen usûl ve şekil kurallarına uymak şartıyla türev kuruculuk yetkisini kullanabilir. Dolayısıyla, kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli olan mahkeme, anayasada açık bir hüküm olmasa bile anayasa değişikliklerinin anayasada belirtilen usûl ve şekil şartlarına uygunluğunu denetleme yetkisini kendinde görebilir. Buna karşın yazar aynı yetki genişletmeyi esas denetimi için öngörmemektedir çünkü *“esas yönünden anayasaya uygunluk denetimi tamamen farklı bir konudur.”*<sup>937</sup> Oysa değişmez maddeler de aslında türev kurucu iktidarın yetki sınırlarını belirleyen ve bu nedenle şekil şartı oluşturan maddelerdir ve en az anayasanın değiştirilme usûlünü düzenleyen maddesi kadar bağlayıcıdır.

Anayasa mahkemesinin kararlarıyla anayasayı yorumlamasının bir tür anayasa-koyuculuk olduğunun kabul edilmesi halinde, anayasada bulunmayan bazı yetkileri kendinde bulabileceği ve bu yolla anayasadaki boşlukları doldurabileceğinin de kabul edilmesi gerekir. Bu açıdan ABD Yüksek Mahkemesi'nin 1803 tarihli Marbury-Madison'a karşı davası bir örnek teşkil etmektedir. TROPER'e göre, *“1787 Anayasası metni bir Yüksek Mahkeme kuruyordu ancak ona kanunların anayasaya uygunluğu denetimi yetkisini ne vermekte, ne de ondan bunu esirgemekteydi. Bu denetimi yapma yetkisi olduğuna Yüksek Mahkeme'nin kendisi karar vermiştir. Üstün organ olma niteliğini kullanarak Mahkeme Anayasa'yı yorumlamış ve yetkisini genişletmiştir. Başka bir otorite tarafından kurulmayan, hiçbir denetime tabi olmayan, yetkileri diğer hiçbir kamusal erk tarafından denetlenemeyen bir konumda bulunan Mahkeme, bazı yetkileri kendisi belirleyebilmektedir”*.<sup>938</sup>

Bilindiği üzere anayasa mahkemesinin aslî görevi kanunların anayasaya uygunluğunun denetimidir. Ancak anayasaya aykırılık kavramı yalnızca kanunların anayasaya aykırılığı şeklinde ortaya çıkmaz. Anayasa metnine sonradan eklenen maddeler de anayasanın özüne aykırı olabilmektedir.<sup>939</sup> Ancak acaba, niteliği itibariyle bir kanun olan anayasa değişiklikleri de mahkeme tarafından anayasallık denetimine tabî tutulabilir mi? Fransa Anayasa Konseyi'nin 1985'te kullandığı formülle sorarsak, *“acaba anayasa değişiklikleri de ancak anayasaya saygı gösterdikleri çerçevede mi genel iradeyi ifade etmektedir?”*

<sup>937</sup> ÖZBUDUN, *Türk Anayasa...*, ss. 175-176.

<sup>938</sup> TROPER, *Pour une Théorie...*, s. 311.

<sup>939</sup> Otto BACHOF, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, Tübingen, 1951, ss. 7-11; aktaran: TURHAN, *“Anayasaya Aykırı...”*, s. 63.



Fransa'da konuyla ilgili tartışma Almanya ve İtalya'da yaşanan örnekler üzerinden ilerlemektedir. 1958 Fransa Anayasası ile 1947 İtalya Anayasası'ndaki değişmez maddeler içerikleri itibariyle birbirlerine son derece yakın olmasına karşın, yukarıda da belirttiğimiz üzere, iki ülke anayasa mahkemeleri birbirine tam ters içtihatlar geliştirmiştir. İtalya Anayasa Mahkemesi, 15 Aralık 1988'de verdiği 1146 sayılı kararında anayasa değişikliğine ilişkin kanunların ve diğer anayasal kanunların anayasal düzeni oluşturan üstün ilkelere uygunluğunu denetleme yetkisi olduğunu kabul ederken Fransa Anayasa Konseyi, 2 Eylül 1992 tarihli ve 92.312 numaralı kararında kurucu iktidarın egemen olduğunu ifade etmiş<sup>940</sup> ve kendinde anayasa değişikliğine ilişkin kanunları denetleme yetkisi görmemiştir.<sup>941</sup> Böylece Fransa Anayasa Konseyi anayasa değişiklikleri üzerindeki yetkisini kendi eliyle şekil denetimiyle sınırlamıştır.

### *c. Anayasa değişikliklerinin yalnızca şekil açısından denetlenebileceği iddiası*

Türev kurucu iktidarı aslî kurucu iktidarla hukuksal olarak eşit seviyede gören yazarlar dahi anayasa değişikliklerinin şekil açısından denetlenmesinin mümkün olduğunu kabul etmektedir.<sup>942</sup> Bir anayasa değişikliği teklifinin kabul edilip anayasanın yeni bir kuralı haline gelebilmesi, her şeyden önce, bu değişikliğin anayasada gösterilen yöntemle göre yapılmış olmasını gerektirir. Bu nedenle, anayasada değişiklik öngören bir kanunun, bu değişiklik sırasında izlenmesi gereken sürece uygun olarak kabul edilip edilmediğini, değişikliğin anayasada gösterilen biçimde gerçekleşip gerçekleşmediğini belirleyecek olan şekil denetimini anayasa yargısının yetkisi içinde görmek gerekecektir.<sup>943</sup> Anayasa yargıcının anayasa değişiklik sürecinde yaşanan usûle dair kural dışılıkları cezalandırması olağan ve mantıklıdır.<sup>944</sup>

<sup>940</sup> Konsey, kurucu iktidarı egemen ilan ederken aynı zamanda onun anayasanın değiştirilmesinin yasak olduğu dönemlerde değişiklik yapamayacağını ve cumhuriyetçi yapının değiştirilemeyeceğini ifade ederek egemenliğini sınırlama yoluna gitmiştir. Ancak bilindiği üzere egemenliğin en önemli niteliklerinden biri sınırlanamaz oluşudur. Bu bakımdan Konsey'in bir çelişkiye düştüğü iddia edilebilir.

<sup>941</sup> GENEVOIS, "Les Limites d'Ordre...", s. 910.

<sup>942</sup> MAILLARD DESGRESS DU LOÛ, "Le Pouvoir...", s.733.

<sup>943</sup> ONAR, **1982 Anayasası'nda...**, ss. 131-132.

<sup>944</sup> BLACHER, **Contrôle de...**, s. 122.

Bazı yazarlar, anayasa mahkemelerinin anayasa değişikliklerine ilişkin şekil denetimini tek denetim yolu olarak görerek esas denetimin mümkün olmadığı sonucuna varmaktadır. Anayasada değişmez madde olması halinde dahi anayasa mahkemesi, bu yazarlara göre, bir anayasa değişikliğinin değişmez maddeyi ihlal edip etmediğini inceleyemez. Çünkü bu halde ya anayasa mahkemesi anayasada olmayan bir yetkiyi kullanıyordur ki bu hukuken mümkün olmamalıdır ya da yaptığı yorumla “anayasa-üstü” ilkeler yaratmakta ve hukuku yaratan bir pozisyona yükselmektedir. Bu son halin de yargıçlar hükümetine yol açma ihtimali bulunmaktadır. Bu yönde görüş bildiren yazarlara, anayasasında değişmez madde olan Fransa ve Türkiye’den birer örnek vermekle yetineceğiz.

GENEVOIS, Fransa Anayasası’nda değişmez madde bulunmasına karşın Fransa Anayasa Konseyi’nin anayasa değişikliklerini yalnızca şekil açısından denetleyebileceği düşüncesindedir. Bu sınırlamaya değişmez nitelikteki cumhuriyetçi yapıyı değiştiren anayasa değişiklikleri de dâhildir. Yazara göre, eğer denetim yönetimin cumhuriyetçi yapısına saygıyı da kapsarsa Konsey, kendini denetim kavramına genişletici bir yorum yapmaya davet etmiş demektir ve “pozitif hukukta anayasa-üstü ilkeler olduğu zaman, bunlar yargıç tarafından yaratılır”<sup>945</sup> düşüncesine prim verme riski doğar.<sup>946</sup>

GENEVOIS’nın düşüncesine, öncelikle, değişmez maddelerin anayasa-üstü normlar olmadığı gerekçesiyle katılmamaktayız. Çalışmamızın ilk kısmında ifade ettiğimiz üzere anayasa metninde bulunan normların anayasa-üstü kabul edilmesi bir çelişkidir. Buna karşın değişmez maddelerin diğer anayasa normlarına göre hiyerarşik olarak üstte olduğu da bir gerçektir. Zaten anayasa mahkemelerinin anayasa değişikliklerinin değişmez maddelere uygunluğunu denetleyebilmesinin tek yolu da bu hiyerarşinin kabul edilmesidir. Zira hiyerarşik olarak aynı seviyede olan iki norm hukuka uygunluk denetiminde birbirlerine karşı referans alınamazlar.

İkinci olarak ise, anayasa mahkemesinin değişmez maddeleri yorumlama zorunluluğunun anayasa metninin genel ve soyut düzenlemelerden oluşmasından kaynaklandığını ve özellikle değişmez maddelerin yorumlanmaya muhtaç olduğunu yukarıda açıkladığımızdan, yazarın “genişletici yorum yapılmaya davetiye

<sup>945</sup> Michel TROPER, *Journées de la Société de Législation Comparée*, vol. 15, s. 345; aktaran: GENEVOIS, “Les Limites d’Ordre...”, s. 919.

<sup>946</sup> GENEVOIS, a. g. m., s. 919.

çıkartılması” eleştirisine de katılmamaktayız. Anayasa mahkemesi bir değişmez maddeyi genişletici şekilde yorumlayabilir; bu, mahkemenin yorum hakkının bir uzantısıdır. Ancak önemli olan yorumu yaparken kurucu iradeyle arasındaki bağı koparmamak olmalıdır. Yalnızca bu bağ koparılıp anayasa mahkemesi yargıçlarının kişisel düşüncelerinin karara yansması halinde değişmez maddelere ilişkin anayasallık denetiminin hukuksal olmadığı eleştirisi getirilebilir. Örneğin ÖZBUDUN, Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin anayasa değişikliklerinin denetimi konusunda benimsediği tutumun uzun vadede bizzat Mahkeme’nin kurumsal menfaatine zarar verebilecek nitelikte olduğunu ifade etmektedir.<sup>947</sup>

Yazarı bu düşünceye götüren neden 1982 Anayasası’nın 148. maddesi uyarınca anayasa değişikliklerinin şekil denetiminin, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı olmasına karşın Anayasa Mahkemesi’nin anayasa değişikliklerini değişmez maddeler bakımından esasa girerek denetlemeye devam etmesidir. Bu nedenle yazar, 2008 tarihli Anayasa Mahkemesi kararının<sup>948</sup> bir “yetki aşımı” ya da “yetki gasbı” örneği olduğundan kuşku duymamaktadır.<sup>949</sup> KÜÇÜK de Anayasa Mahkemesi’nin, anayasanın ilk üç maddesi kapsamında şekli denetimin sınırlarını aşarak esastan denetim yapmasını ve böylece şekli denetimi 148. maddede sayılanların dışındaki hususlara da genişletmesini hukuken mümkün bulmamaktadır.<sup>950</sup>

ÖZBUDUN’un anayasa değişikliklerine ilişkin anayasallık denetimine yönelik eleştirisinde “yetkinin anayasadan kaynaklanması gerekir” kuralına vurgu yaptığı görülmektedir. Bu kurala saygının hukuk devletinin bir gereği olduğunu düşünmekle birlikte yazarın neden bu kuralı yalnızca anayasa mahkemesi için uyguladığı ve neden yasama organının bu tüm organları bağlayan kurala bağlı kalıp kalmadığını sorgulamadığı anlaşılabilir. Nasıl anayasa mahkemesi yetkilerini anayasadan almaktaysa yasama organı da yetkilerini anayasadan almaktadır. Her iki organ da anayasada yazmayan bir yetki kullanamadığı gibi anayasada belirtilen yasaklara uymakla yükümlüdür. Dolayısıyla ÖZBUDUN’un anayasa mahkemesine anayasa değişiklikleriyle ilgili yetkisini hatırlatırken yasama organına da değişmez maddeleri değiştirecek anayasa değişikliği yapamayacağını hatırlatması gerekirdi. Anayasada

<sup>947</sup> ÖZBUDUN, *Türk Anayasa...*, s. 180.

<sup>948</sup> 05.06.2008 tarihli E. 1008/16, K. 1008/116 sayılı karar.

<sup>949</sup> ÖZBUDUN, *Türk Anayasa...*, s. 183.

<sup>950</sup> KÜÇÜK, “Yeni Anayasa Yapımı...”, s. 230.

kendisi için çizilen sınırlara riayet etmeyen bir organın işlemini “yetki aşımı” olarak nitelerken diğer organın açıkça öngörölmüş bir yasağı ihlal etmesini görmezden gelmek, kanaatimizce, nesnel bir yaklaşım değildir.

#### *d. Anayasa mahkemesinin anayasa değişikliklerini esasa girerek denetlemesi*

Anayasa mahkemelerinin anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları şekil denetimine tâbi tutması genel olarak kabul görürken, bu tür kanunlar açısından esas denetimi yapması tartışmalıdır. Zira anayasa değişikliği bir tür kuruculuktur ve bu konuda, demokratik ilkelere uygun olarak halkın “toplum sözleşmesini” dilediği gibi değiştirmesi gerektiği düşüncesi yaygındır. Egemenlik sıfatı gereği bu konuda halka bir sınırlama getirilmemesi gerektiği savunulmaktadır.

Anayasa değişikliklerinin zorunlu olarak halkoyuna sunulduğu ölkelerde bu düşüncenin bir altyapısı vardır çünkü halk referandum yoluyla anayasanın değiştirilip değiştirilmemesi konusunda söz sahibi olabilmektedir. Fakat anayasa değişikliği konusunda zorunlu halkoyunun bulunmadığı, temsilî demokrasinin hâkim olduğu ölkelerde yalnızca milletvekillerinin iradesiyle anayasa değiştirilebilmektedir. Halkın oylarıyla seçilmiş olsalar da milletvekillerinin iradesinin halkın iradesiyle özdeşleştirilmemesi gerektiğini yukarıda açıklamıştık. Bu durumda toplum sözleşmesinin, egemen olan halkın iradesinin dışındaki daha alt seviyedeki bir irade tarafından değiştirilmesi söz konusu olmaktadır. İşte bu nedenle, bu tür bir anayasa değişikliği usûlünün bulunduğu ölkelerde anayasa değişikliklerinin değişmez maddeleri ihlal edip etmediğinin denetlenmesi gerektiği savunulmaktadır.

Anayasa tarafından anayasa değişikliklerinin esas denetimi konusunda yetkilendirilmeyen anayasa mahkemesi, değişiklik kanunlarını denetlemek için yorum yöntemiyle denetim yetkisini genişletmeli ve içtihat yoluyla kendinde bu yetkiyi bulmalıdır.

(1) Anayasa mahkemesinin kendinde anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi bulması

Anayasada anayasa değişikliklerine ilişkin kanunlara yönelik olarak esas denetimi yapma yetkisi kendine tanınmamış olan bir anayasa mahkemesinin değişmez maddeleri korumak amacıyla başvuracağı ilk yöntem “yasak olmayan serbesttir” yorumuna başvuraktır. Zira anayasa mahkemesi, anayasayı yorumlama yetkisi olan bir organ olarak anayasadaki boşlukları doldurabilmek ve görevini tam olarak yerine getirebilmek için kendinde anayasada açıkça yazmayan bazı yetkiler bulabilir.

Nitekim İtalya Anayasa Mahkemesi, İtalya Anayasası’nda bu yönde herhangi bir yetki tanınmamış olsa da yukarıda belirttiğimiz 1988 tarihli kararında anayasanın değişmez maddesini ve hatta anayasanın özünü oluşturan ilkeleri koruma yetkisi olduğu kanaatine varmıştır. Elbette bu koruma ancak, anayasa değişikliğine ilişkin kanunların esasına girilerek söz konusu maddenin ve anayasanın özünü oluşturan ilkeleri ihlal edip etmediklerinin tespitiyle mümkündür. Dolayısıyla İtalya Anayasa Mahkemesi, İtalya Anayasası’nda açıkça yetkilendirilmiş olmasa bile anayasa değişikliklerini esastan denetleme yetkisi olduğu kanaatindedir.

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi de ilk kez *Klass* Davası olarak bilinen 1970 tarihli kararında<sup>951</sup> Federal Almanya Anayasası’ndaki değişmez nitelikteki 79/3. maddeyi kararının merkezine almış ve Anayasa’nın 10. maddesince korunan iletişimin gizliliği hakkını sınırlayan bir anayasa değişikliğini esastan denetlemiştir. Davanın içeriğine bakıldığında, 1968 yılında kabul edilen bir anayasa değişikliği sonucunda Federal Almanya Anayasası’nın “Yazışma, Posta ve Telekomünikasyonun Gizliliği” başlıklı 10. maddesine eklenen bir cümleyle devletin güvenliği aleyhine işlenen suçlarda telefonları dinlenen kişiyi durumdan haberdar etme yükümlülüğü kaldırılmıştır. Ancak bu durumda telefonları dinlenen kişi ile onun iletişime geçtiği kişilerin, dinleme yöntemlerinden haberdar olmamaları nedeniyle herhangi bir yargı merciine başvuru hakları da ortadan kalkmıştır. Bu durumun, Anayasa’nın 79/3. maddesinin referansı ile değişmez kılınan 1. maddedeki insan onuru ilkesini ihlal edip etmediği dava konusu olmuştur. Federal Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliğinin esasına girerek düzenlemeyi incelemiş ve yargı

---

<sup>951</sup> Federal Almanya Anayasa Mahkemesi’nin 1970 tarihli BVerfGE 30, 1 sayılı karar.

yollarına başvuru hakkının Anayasa'nın 79/3. maddesi kapsamında değişmez kılınmadığı gerekçesiyle değişmez maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Yakın tarihte ise, artan terör olaylarına karşı Almanya Parlamentosu önemli ceza davalarında önleyici tedbir olarak elektronik takibe izin veren bir düzenleme yapmıştır. Özellikle Doğu Avrupa ülkelerinin Avrupa Birliği üyesi olması üzerine organize suçlarda artış görüleceği düşüncesiyle yapılan düzenlemeye göre elektronik aletler kullanılarak evlerin içindeki konuşmaların dinlenmesi mümkün kılınmıştır.<sup>952</sup> Ancak söz konusu düzenlemenin Federal Almanya Anayasası'nın 13. maddesinde düzenlenen "konutun dokunulmazlığı" ilkesini ihlal edeceği düşüncesiyle hakkın kapsamını daraltmak amacıyla söz konusu maddede değişikliğe gidilmiştir. Bu elektronik takip davasında öne sürülen iddia 13. maddede yapılan değişikliğin Anayasa'nın 79/3. maddesi tarafından değişmez ilan edilen insan onurunu ihlal ettiğidir. Zira bu düzenleme ile birlikte vatandaşların en özel alanları olan evlerinde dahi sürekli bir takip edilme hissi yaşayacağı ve bireysel özgürlükten mahrum olacağı iddia edilmiştir. 2004 yılında verdiği kararında<sup>953</sup> Federal Anayasa Mahkemesi Almanya Parlamentosu'yla doğrudan karşı karşıya kalmaktan kaçınmış ve anayasa değişikliğini, konutun dokunulmazlığı hakkını ihlal ettiğine dair kuşku uyandıran tarafları olduğunu ifade etmesine rağmen iptal etmemiştir. Buna karşın anayasa değişikliğini Anayasa'nın insan onuru kavramını düzenleyen ilk maddesiyle birlikte yorumlamak suretiyle türev kurucu iktidarın hakkı aşırı şekilde sınırlandırmasına da izin vermemiş ve böylece ihlal edildiği iddia edilen birçok anayasal hakkın korunmasını da sağlamıştır.<sup>954</sup>

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi kendinde anayasa değişikliklerini esastan denetleme ve değişmez maddeleri aktif olarak koruma yetkisi bulsa da şimdiye kadar önüne gelen davalarda herhangi bir anayasa değişikliğini iptal etmemiş, bunun yerine anayasaya uygun yorum yöntemini<sup>955</sup> kullanmış ve "kendi kendini sınırlama" yoluna gitmiştir.<sup>956</sup> Federal Mahkeme değişmezlik hükmünü, anayasa değişikliği iktidarına geniş bir takdir yetkisi tanıyacak şekilde dar anlamda

<sup>952</sup> LEPSIUS, "Le Contrôle...".

<sup>953</sup> 2004 tarihli BVerfGE 109, 279 sayılı karar.

<sup>954</sup> QUINT, "60 Years of...", s. 13.

<sup>955</sup> Anayasaya uygun yorum yöntemiyle ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz: ODER, **Anayasa Yargısında...**, ss. 123-193; HEKİMOĞLU, **Alman Hukuku...**, ss. 327-341.

<sup>956</sup> LEPSIUS, "Le Contrôle...".

yorumlanması gereken bir istisna olarak görmektedir.<sup>957</sup> Bunun nedeni, kendi kendini sınırlama ilkesinin anayasanın diğer anayasal organlara tanıdığı siyasal özerkliğin korunmasını amaçlamasıdır.<sup>958</sup> Ancak belirtmek gerekir ki, değişmez maddelere dayanarak anayasa değişikliklerini iptal etmekten kaçınan Federal Almanya Anayasa Mahkemesi, yorumlu ret kararlarıyla insan haklarını koruyan bir organ özelliğini de muhafaza etmeyi başarmıştır.

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin 2000 yılından itibaren değişmezlik kurumunu anayasa değişikliklerinin esas denetiminde daha sık kullanmakta oluşu eleştirilere konu olmuştur. Mahkeme'nin sonsuzluk güvencesini yorumlar gibi yaparak aslında anayasa yapıcılığına soyunduğunu düşünen LEPSIUS, yukarıda ifade ettiğimiz 2004 tarihli kararı bu duruma bir örnek olarak vermektedir. Yazar, Mahkeme'nin açıkça konut dokunulmazlığı hakkına aykırı olan anayasa değişikliğini insan onuru kavramı ışığında anayasaya uygun yorum yöntemiyle yorumlayarak anayasa değişikliğinin içeriğini belirlediğini ve böylece yetkisi olmamasına karşın anayasa hukukunu “yarattığını” düşünmektedir; çünkü aslında anayasa-koyucu anayasa değişikliğine Mahkeme'ninkinden farklı bir anlam yüklemiştir.<sup>959</sup>

Yazarın bu eleştirilerine çeşitli nedenlerle katılmamaktayız. Öncelikle, bir anayasa mahkemesinin görevi anayasanın ihlal edilmesinin engellenmesidir. Eğer ihlalin değişmez maddeleri etkileyen bir anayasa değişikliğinden kaynaklandığı iddia ediliyorsa, mahkeme elbette ki değişmez maddeleri kararında referans norm olarak kullanacaktır. Almanya gibi çok sık anayasa değişikliği yaşanan bir ülkede<sup>960</sup> değişmez maddelerin de sık şekilde gündeme gelmesi ve anayasa mahkemesi kararlarına konu olması olağan karşılanmalıdır.

Bunun yanında, anayasa mahkemeleri içtihatları yoluyla anayasa maddelerini yorumlamakta ve onları somutlaştırmaktadır. Kararları anayasa seviyesindedir. Dolayısıyla, yukarıda da açıkladığımız üzere, anayasa mahkemesi yasamayla birlikte anayasa-koyuculuk sıfatını paylaşmaktadır. Bu nedenle, özellikle Federal Almanya Anayasa Mahkemesi gibi kuvvetler ayrılığı ilkesine saygı konusunda son derece

<sup>957</sup> ARNOLD, “Les Dispositions...”, s. 232.

<sup>958</sup> CAN, **Kurucu İktidar...**, s. 140.

<sup>959</sup> LEPSIUS, “Le Contrôle...”.

<sup>960</sup> Federal Almanya Anayasası 1949-2003 yılları arasında 50 kez değişikliğe uğramıştır. Bknz: Arthur B. GUNLICKS, **The Länder and German Federalism**, Manchester University Press, Manchester, 2003, s. 146.

hassas olduğundan anayasaya aykırı anayasa değişikliklerini dahi iptal etmekten sakınan bir mahkemenin türev kurucu iktidarın alanına müdahale ettiği iddiası, kanaatimizce, doğru bir yorum değildir. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi, varlık amacından kaynaklanan bir nedenle anayasayı yorumlamakta ve parlamento çoğunluğunun Federal Almanya Anayasası'nın değişmez maddesiyle korunan temel hak ve özgürlükleri ihlal etmesini -üstelik de anayasa değişikliklerini iptal etmeden- önlemeye çalışmaktadır. Ancak kanaatimizce, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi insan onuru, temel hak ve özgürlükler, demokrasi, federal yapı veya kuvvetler ayrılığı gibi temel ilkeleri doğrudan ihlal eden anayasa değişiklikleri söz konusu olduğunda, anayasaya uygun yorum yöntemine başvurmak yerine bu değişiklikleri esasa girerek iptal etmekten de kaçınmayacaktır.

Son olarak Türkiye'ye bakıldığında, 1924 Anayasası'nda anayasanın üstünlüğünü koruyan bir mekanizma düşünülmediği için anayasanın diğer maddeleriyle birlikte değişmez maddelerin üstünlüğünün de hayata geçtiği söylenemez. Bir yargı organı tarafından anayasallık denetimi yapılamayan 1924 Anayasası döneminde parlamento çoğunluklarının denetimi mümkün olamamıştır. Bu nedenle yaşanan anayasaya aykırılıklardan ders çıkartan 1961 Anayasası'nı hazırlayan Kurucu Meclis Anayasa'nın 9. maddesinde “*Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez*” demek suretiyle 1924 Anayasası'ndaki değişmezlik geleneğini sürdürmenin yanında bir anayasa mahkemesi ihdas ederek değişmezliği güvence altına da almıştır. Böylece değişmezlik kurumunun gerçek anlamda hayata geçmesi mümkün olabilmıştır. Zira 1961 Anayasası'nda anayasa değişikliklerinin denetlenmesine ilişkin bir yasak mevcut değildir. Buna bağlı olarak Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın bu sessizliğini kendine anayasa değişikliklerini denetleme izni olarak yorumlamış<sup>961</sup> ve 1970 tarihli kararında<sup>962</sup> “*1961 Anayasasında yapılacak değişikliklerin, Anayasa'nın 155. maddesinde yer alan usûl ve şartlara uyulmak suretiyle çıkarılacak kanunlarla mümkün olabileceği ortadadır. Nitekim söz konusu 1188 sayılı metnin adı da, başlığında açıkça görüleceği üzere, (kanun) dur. Esasen 155. maddede Anayasa değişikliklerinin, bazı kayıt ve şartlar dışında, kanunların*

<sup>961</sup> Aharon BARAK, “Unconstitutional Constitutional Amendments”, *Israel Law Review*, vol. 44, no. 3, 2011, s. 322.

<sup>962</sup> 16.6.1970 tarihli E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı karar. Aynı dönemde anayasa değişikliğinin şekil ve esas bakımından anayasallık denetiminin yapıldığı başka bir karar için bkz: 13.04.1971 tarihli E. 1970/41, K. 1971/37 sayılı karar.



*görüülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere uyulmak suretiyle Meclislerden geçirileceği ilkesi konulmak suretiyle bunların ‘kanun’ nitelikleri de ayrıca belirtilmiş bulunmaktadır.”* demek suretiyle anayasa değişikliklerini de denetleme yetkisi olduğunu kabul etmiştir. Böylece Fransa Anayasa Konseyi’nin aksine, anayasa değişikliklerini denetleme yetkisinin anayasada açıkça yazılmasını aramamış ve bu yetkiyi yorum yoluyla edinmiştir. Bunun bir sonucu olarak Mahkeme aynı kararında, değişmez madde olan cumhuriyetçi rejim ve ek olarak bu rejimin temel unsurlarında değişiklik yapan “kanun”lar üzerinde de esastan denetim “görevi” olduğu kanaatine varmıştır.

Bu kararının hemen ardından verdiği bir başka kararında<sup>963</sup> ise Türkiye Anayasa Mahkemesi daha açık şekilde anayasa değişikliklerinin esas denetimine tâbi olduğunu ifade etmiştir: *“Anayasa’nın tam bir uyum içinde birbirini tamamlayan genel hükümlerinin, Anayasa değişiklikleriyle sistem ve düzenin bozulması ve çelişkiler içine düşürülmesi bir bütün teşkil eden hukukî yapıyı sarsar ve yıkar. Bu durumda Anayasa Mahkemesinin, 147. madde ile kendisine verilen görev ve yetkileri kullanarak, Anayasa’yi çoğunluğun egemenliğine karşı koruyabilmesi, Anayasa’nın özellikle başlangıç kısmı, 2., 4. ve 8. maddeleri hükümlerine uygundur. Şu duruma göre Anayasa değişikliklerinin esas yönünden Anayasa Mahkemesine uygunluk denetimine tabi olmayacağı yolundaki görüşün anayasal dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varılmıştır.”* Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin anayasa değişikliklerini esastan denetleme yetkisini “çoğunluk egemenliğine karşı anayasanın korunması” mantığı üzerine kurması, kanaatimizce, çalışmamızın ilk kısmında açıkladığımız II. Dünya Savaşı’nın ardından baskın hale gelen anayasanın üstünlüğü ve anayasal demokrasi kavramıyla uyum içerisindedir.

Bu noktada, bir parantez açarak, Mahkeme’nin çok farklı tarihlerdeki iki kararından örnek vermek faydalı olacaktır. 1971 yılında vermiş olduğu kararında Yüksek Hâkimler Kurulu işlemlerine karşı yargı yolunu kapatan anayasa değişikliğini değişmez nitelikteki Cumhuriyet rejimine göre incelemiş düzenlemeyi, Cumhuriyet’in unsurları olarak kabul ettiği insan hakları, hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırı bularak iptal etmiştir.<sup>964</sup> Benzer şekilde Mahkeme, 2008 yılında verdiği tartışmalı “türban kararında” da anayasal demokrasiyi laiklik ve buna bağlı

<sup>963</sup> 13.04.1971 tarihli E. 1970/41, K. 1971/37 sayılı karar.

<sup>964</sup> 27.01.1977 tarihli ve E. 1976/43, K. 1977/4 sayılı karar.

dinsel eşitlik ilkesi üzerinden korumak amacını ortaya koymuştur. Mahkeme kararında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Leyla ŞAHİN davasında da kullanılmış olan şu gerekçe belirleyicidir: “*Bireysel bir tercih ve özgürlük kullanımı olsa da, kullanılan dinsel simgenin tüm öğrencilerin bulunmak zorunda olduğu dersliklerde veya laboratuvar ortamlarında, farklı yaşam tercihlerine, siyasal görüşlere veya inançlara sahip insanlar üzerinde bir baskı aracına dönüşmesi olasılığı bulunmaktadır. Bu olasılığın ortaya çıkması durumunda taşınan dinsel simgenin başkalarının üzerinde yaratacağı baskı ve olası eğitim aksamaları ile kamu düzeninin bozulması karşısında, üniversite yönetimlerinin ve kamu kurumlarının müdahalesine olanak verilmemesi, herkesin eşit şekilde eğitim hakkından yararlanmasını engelleyebilecektir.*”<sup>965</sup> Görüldüğü üzere iki kararda da hak ve özgürlük odaklı bir yaklaşım sergilenmiştir. Böylece Mahkeme, anayasa değişikliğine ilişkin kanunlarla ilgili denetiminde değişmez maddeleri yorumlayarak elde ettiği anayasal demokrasiyi korumayı amaçlamıştır.

Buna karşın, Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin kendine açtığı bu denetim yolu daha en başından yasama organını rahatsız etmiştir. Bu nedenle Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin kendinde bulduğu bu yetki yine bir anayasa değişikliği yoluyla yok edilmek istenmiştir.

## (2) Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin “esasa girerek şekilden” denetim formülü

1961 Anayasası'nın ilk halinde Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerini denetlemesine ilişkin özel bir madde bulunmamaktadır. Yukarıda bahsettiğimiz 1970/1 esas sayılı kararında Mahkeme, kendinde, anayasa değişikliklerini hem şekil, hem de esas bakımından denetleme yetkisi bulmuştur. YAYLA'ya göre böylece Mahkeme iki hukuksal engeli birlikte aşmıştır: “*Bunlardan birincisi, söz konusu kararın verildiği tarihte henüz anayasa değişikliklerinin*

<sup>965</sup> 05.06.2008 tarihli ve E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı karar. Buna karşın, kanaatimizce, toplumsal bir kesimin diğer bir kesim üzerinde baskı kurmasını engellemek amacıyla kişilerin inanç ve eğitim özgürlüklerinin engellenmesi makul bir çözüm değildir. Üstelik, bir hak ihlalini önlemek amacıyla başka bir hak ihlalini yaratması nedeniyle etkin de değildir. Çünkü bir anayasa mahkemesinin görevi vatandaşların maruz kaldığı tüm hak ihlallerini önlemek olmalıdır. Gerçek anlamda çözüm, önce herkese dinsel inanç ve eğitim özgürlüğünü eşit şekilde sağlamak ve bundan sonra da hiçbir toplumsal kesimin diğer kesimlerin baskısına maruz kalmayacağı bir güvence sistemi yaratmaktır. Ancak elbette farkındayız ki bu görev Anayasa Mahkemesi'nin değil, yasama ve yürütme organlarının görevidir.

*denetlenebileceğine dair bir kuralın Anayasa'da bulunmaması; ikincisi ise, bu denetimin, daha kolay kabul edilebilir olan 'şekil ile' sınırlandırılmayıp 'esas'a da götürülebilmesidir.'*<sup>966</sup> Bu durumu değiştirmek amacıyla<sup>967</sup> 12 Mart 1970 askerî müdahalesinin ardından ve onun etkisiyle 1971 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle<sup>968</sup> Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri yeniden düzenlenmiş ve *"Anayasa Mahkemesi (...) Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler"* demek suretiyle anayasa değişiklikleri esas denetim dışında tutulmak ve Anayasa Mahkemesi'nin değişmezlik yasağına getirdiği yorum etkisiz hale getirilmek istenmiştir. Bir başka deyişle, siyaseti yönlendiren güçlerin Anayasa Mahkemesi'nin 1971'den önce verdiği karara tepkisi, Mahkeme'nin anayasa değişiklikleri üzerindeki yetkisini şekil yönünden denetimle sınırlandırmak olmuştur.<sup>969</sup>

Bu durum söz konusu anayasa değişikliği kanununun gerekçesinden de rahatlıkla anlaşılmaktadır. Anayasa değişikliklerinin esas denetiminin yapılmasının engellenmesi yönündeki değişikliğin gerekçesinde şu ifadeler bu iradeyi ortaya koymaktadır: *"Anayasa değişikliği (...) kanunların tabi olduğu müzakere usullerine tabi olmakla birlikte bir kanun değil, Anayasadır. Geçmiş yıllar tatbikatında, Anayasa değişiklikleri kanun şeklinde kabul ve ilan edildiği için, bu değişikliklerden bazıları aleyhine iptal davalarının açıldığı için, Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişiklikleri üzerinde denetim yetkisi bulunup bulunmadığı konusuna açıklık kazandırma ihtiyacı belirlemiştir. Bu denetim yetkisinin, Anayasa değişikliğinin, sadece teklif, müzakere ve kabul edilmesine ait Anayasa hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunup bulunmadığı noktasına münhasır olduğu, esasa teşmil edilemeyeceği ve bu esasın Anayasa Mahkemesine yer veren bütün demokrasilerde de aynı tarzda kabul edildiği tespit olunmuştur. Anayasanın 147. maddesindeki değişiklik, bu anlam dışındaki yorum ve uygulamaya yer bırakmayacaktır."*<sup>970</sup>

<sup>966</sup> YAYLA, "Anayasa Mahkemesine...", ss. 973-974.

<sup>967</sup> BATUM, **99 Soruda...**, 2009, s. 169.

<sup>968</sup> 20.09.1971 tarih ve 1488 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Anayasa Değişikliği" (Resmî Gazete: 22.09.1971)

<sup>969</sup> ÖZBUDUN, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 63, S. 3, 2007, s. 260. Aynı yönde görüş için bkz: CAN, **Kurucu İktidar...**, s. 136.

<sup>970</sup> Aktaran: Sercan Coşkun KULAK, "Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi", **TTB Dergisi**, S. 87, 2010, s. 238.

Ancak Türkiye Anayasa Mahkemesi, askerî muhtıranın baskısı altında anayasa değişikliğine giden türev kurucu iktidarın bu yorumunu değil, anayasanın üstünlüğü ve parlamento çoğunluklarına karşı korunması ilkesini gözeterek söz konusu anayasa değişikliğini etkisiz hale getirme yoluna gitmiştir. Anayasa'nın 147. maddesinde kendine anayasa değişikliklerinin şekil şartlarını denetleme yetkisi verildiğini hatırlatan Mahkeme 1975 tarihli kararında değişmezlik yasağının 147. maddeyi tamamlayan bir şekil şartı olduğunu ifade ederek değişmezliğe dayalı denetimini sürdürmüştür: *“Kanun ve o nitelikte bulunan Anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümleri birer biçim kuralı olduklarına göre, bunu yasaklayan bir kuralın dahi bir biçim kuralı olduğunda hiç kuşku yoktur. Çünkü bu yasak, belli sayıdaki Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin esasında kendileri için bir hak teşkil eden ve niteliği bakımından da bir yasama işlemi olan Anayasa değişikliği teklif etmelerini önlemektedir. Başka bir deyimle, değişiklik teklifi, değişmezlik ilkesiyle çatışmıyorsa, Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygun olarak yöntemi içinde yürüyecek ve şayet çatışıyorsa, hiç yapılmayacak, yapılmış ise yöntemi içinde yürütülemeyecek, yürütülmüş ise kabul edilip kanunlaşamayacaktır.”*<sup>971</sup>

Her ne kadar 1961 Anayasası'nın 9. maddesindeki “teklif yasağını” bir şekil şartı olarak sunuyorsa da Mahkeme'nin bir anayasa değişikliğinin değişmezliği ihlal etmesi nedeniyle teklif edilemez olduğuna karar verebilmesi için öncelikle içeriğine bakması ve değişmez maddeleri ihlal edip etmediğini incelemesi gerekmektedir.

TEZİÇ'e göre bu inceleme bir ön-sorun incelemesidir ve Mahkeme'nin anayasa değişikliği teklifinin “teklif edilemez” nitelikte bir anayasa değişikliği olup olmadığının ortaya konabilmesi için zorunlu olarak yapılan bir içerik denetimidir.<sup>972</sup> Bir başka deyişle Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliği teklifinin şeklen Anayasa'ya uygun olup olmadığını denetleyebilmek için önce bir esas denetimi yapmakta, sonra bunun sonucuna göre şekil denetimini karara bağlamaktadır.<sup>973</sup> Bir kez söz konusu esas denetim yapıp içeriğin değişmez maddeleri ihlal ettiği tespit edildiğinde sonuç “teklif edilemezlik nedeniyle şekil yönünden” iptaldir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi aslında anayasa değişikliğinden önceki gibi esastan denetim yapmaya devam etmektedir fakat iptal kararını artık esas veya şekil denetiminden

<sup>971</sup> 15.04.1975 tarihli E. 1973/19, K. 1975/87 sayılı karar.

<sup>972</sup> TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, s. 203.

<sup>973</sup> Osman CAN'a göre bu anayasa mahkemesinin yetkisinin dışına çıkması ve anayasanın açıkça yasakladığı bir alana girmesi anlamını taşımaktadır. Bknz: CAN, **Kurucu İktidar...**, s. 266.

birine dayandırma konusunda seçim hakkını yitirmiştir. Bir anayasa değişikliğine ilişkin iptal kararını yalnızca şekilden verebilmektedir.<sup>974</sup> Sonuç olarak Mahkeme, 1971 tarihli anayasa değişikliğiyle getirilmek istenen yetki sınırlamasını tamamen etkisiz hale getirerek anayasa değişikliklerini eskisi gibi denetlemeye devam etmiştir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi 1976 ve 1977 tarihli kararlarında<sup>975</sup> dava konusu anayasa değişikliklerini “esasın biçim yönünden incelenmesi” başlığı altında incelemiştir. 1977 tarihli kararda Mahkeme, 1975 tarihli kararındaki “değişmezlik kuralının esasında bir şekil kuralı” olduğu yönündeki görüşünü daha açık ve net bir şekilde ifade edebilme fırsatı yakalamıştır: “*Anayasa değişikliklerine ilişkin teklifler, her şeyden önce Anayasa'nın başlangıç bölümü ile 1. ve 2. maddelerinde yer almış bulunan ilkelerde en küçük bir sapmayı veya değişikliği öngöremezler. Değişikliğin sözü geçen ilkelerin tümünü veya herhangi birisini hedef almış olması arasında fark yoktur. Kapsamı ne olursa olsun, bu konulardaki bütün değişiklikler bu yasağın içindedir. Şu duruma göre Cumhuriyetin temel ilkelerinden sapma nitelikleri taşıyan bir Anayasa değişikliği hem teklif edilemez, hem de yasama meclislerince kabul olunamaz. Buna rağmen teklif yapılmış ve kabul de edilmiş ise, Anayasanın 9. maddesinde yer alan biçim koşullarına aykırı olur.*”

Anayasa Mahkemesi, 1971 tarihli anayasa değişiklikleriyle getirilen esas denetimi yasağını ihlal eder gözükmek için şekil denetimi yaptığını iddia etse de aslında yaptığı bir esas denetimidir. Zira “*değişmezlik maddesinin bir Anayasa hükmü olduğuna, dolayısıyla, değiştirilmesinin, gene Anayasanın 155. Maddesiyle öngörülmüş olan ‘teklif’ şartına bağlı bulunduğu; teklif konusunun ise, kanunların kabulünde izlenen şekil kuralları arasında yer aldığı kuşkusuz olduğuna göre, ilk bakışta Anayasa Mahkemesinin bu içtihadına hak vermenin mümkün*” olduğunu düşünen YAYLA’nın belirttiği üzere “*Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı basit, kendiliğinden ortaya çıkan bir saptama veya bir gözlem ürünü değildir. Zira Yüksek Mahkeme Anayasanın 9. maddesindeki ‘Cumhuriyet’ kavramının içeriğini araştırmakta; bu içeriği diğer Anayasa kuralları ile belirlemeye çalışarak neyin*

<sup>974</sup> CAN’a göre ise bu “şekil görüntüsü altında anayasanın değiştirilemez maddelerine aykırılık nedeniyle ‘esas yönünden’ denetlenip iptal edilmesidir. Bknz: CAN, a. g. e., s. 14.

<sup>975</sup> Sırasıyla 12.10.1976 tarihli E. 1976/38, K. 1976/46 sayılı karar; 27.01.1977 tarihli E. 1976/43, K. 1977/4 sayılı karar. E. 1976/43 sayılı kararlar paralel bir içeriğe sahip bir anayasa değişikliğine ilişkin 27.09.1977 tarihli E. 1977/82, K. 1977/177 sayılı karar metninde ise doğrudan “esas denetimi” başlığı altında inceleme yapılarak itiraz yoluyla dava konusu edilen 1972 tarihli bir anayasa değişikliği iptal edilmiştir.

*‘Cumhuriyet’i değiştirmek sayılacağını bulmakta, ancak bundan sonradır ki, ‘teklif’ yasağına dayanarak, incelediği Anayasa değişikliğinin 9. madde dolayısıyla ‘şeklen’ sakat olduğu sonucuna varmaktadır. Bylesine bir ‘esasa girip çıkan’ şekil incelemesini, basit bir şekle aykırılık saymak elbette kolay değildir. Anayasa Mahkemesi, bu konuda ‘esas incelemesi yapıyorum’ deseydi, başka ne yapabilirdi ki?’<sup>976</sup>*

Mahkeme’nin anayasa değişikliklerine ilişkin yetkisini anayasa metninde şekil denetimiyle sınırlamak suretiyle esas denetiminin ve iptal kararlarının önüne geçemeyen siyasal irade 12 Eylül 1980 hükümet darbesinin sonucu olan anayasada Mahkeme’ye yorum yöntemleriyle aşılamayacak şekilde dar bir yetki alanı bırakmak istemiştir. Askerî yönetimin etkisi ve yönlendirmesi altında yazılan 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 148. maddesinde anayasa mahkemesinin anayasa değişiklikleri üzerindeki esas denetimi yasaklanmış, şekil denetimi de *“teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususlarıyla”* sınırlanmıştır.

Anayasa değişikliklerinin denetimine yönelik bu ayrıntılı düzenlemenin bir sonucu olarak Anayasa Mahkemesi 1987’de verdiği kararında<sup>977</sup> *“Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptali istenen bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur.”* demek suretiyle önüne gelen anayasa değişikliğine ilişkin kanunla ilgili davada yetkisiz olduğu sonucuna varmıştır. Aynı şekilde 2007’de verdiği başka bir kararında<sup>978</sup> da Anayasa’nın Anayasa Mahkemesi’nin yetkilerini belirleyen 148. maddesi hatırlatıldıktan sonra, dava konusu anayasa değişikliğinin Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu’nda yapılan oylamada aldığı oylar belirtilmiş ve herhangi bir şekil bozukluğu bulunmamıştır. Yetkisinin bu denetimi yapmakla sınırlı olduğunu ifade eden Mahkeme, iptal istemini reddetmiştir.

<sup>976</sup> YAYLA, “Anayasa Mahkemesine...”, ss. 979-980.

<sup>977</sup> 18.06.1987 tarihli E. 1987/9, K. 1987/15 sayılı karar.

<sup>978</sup> 27.11.2007 tarihli E. 2007/99, K. 2007/86 sayılı karar.

Ancak Türkiye Anayasa Mahkemesi, üniversite öğrencilerinin dinsel gerekçelerle başlarını örtmesine olanak tanıyan anayasa değişikliğini denetlediği 2008 tarihli kararında<sup>979</sup> 1982 Anayasası öncesindeki içtihadına geri dönmüştür. Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde değişiklik yapan 5735 Sayılı Kanun'u değişmezlik kurumu çerçevesinde denetlediği kararda Mahkeme özetle, *“Anayasa'nın herhangi bir maddesindeki değişikliğin üstü kapalı veya açık şekilde ilk üç maddedeki ilkelere birini veya bir kaçını ihlal edebileceğini, bu durumda söz konusu anayasa değişikliğinin Anayasa'nın dördüncü maddesindeki yasağı ihlal etmiş olacağını ve dolayısıyla teklif edilemez olduğunu”* ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre, *“teklif edilemeyecek bir değişikliğin, biçim koşulu olan ‘teklif çoğunluğunu’ sağladığı düşünülemez”*. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerini değiştiren düzenlemeyi esastan incelemiş ancak şekilden iptal etmiştir. Böylece Mahkeme, değişmezlik yasağının alanının geniş tutulması yönündeki anlayışının halen devam ettiğini de göstermiştir.<sup>980</sup>

Bazı yazarlar, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararıyla anayasa değişikliğinin şekil denetimini aşarak esastan denetimini yaptığını düşünmüş<sup>981</sup> ve bu nedenle Mahkeme'yi şiddetle eleştirmiştir.<sup>982</sup> ÖZBUDUN Anayasa'nın anayasa değişiklikleri konusunda açıkça esas denetimini yasaklamış olması karşısında Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararının bir yetki aşımı ve yetki gaspı örneği olduğunu iddia etmiştir.<sup>983</sup> CAN ise daha da ileri giderek Anayasa Mahkemesi'nin esas denetimi yapmaya başlamasıyla ortaya çıkan durumun yetki aşımı ya da yetki gaspından daha ağır bir hukuka aykırılığa işaret ettiğini düşünmektedir. Çünkü, yazara göre, *“burada denetim olarak etiketlenen husus, bir sistem değişimi anlamına gelmekte; kuruculuk el değiştirmektedir. Anayasa Mahkemesi bu davranışıyla anayasal bir organ olmaktan çıkmakta, adeta 1971 muhtırası veya 28 Şubat 1997 müdahalesiyle*

<sup>979</sup> 05.06.2008 tarihli E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı karar.

<sup>980</sup> BATUM, **99 Soruda...**, 2009, s. 179.

<sup>981</sup> Örnek olarak bkz: SEVİNÇ, “Anayasaların Doğumu:...” s. 35.

<sup>982</sup> Anayasa Mahkemesi'nin esas denetimi yaptığını kabul etmekle birlikte SEVİNÇ, bu karar nedeniyle Anayasa Mahkemesi'ne yapılan eleştirilerin “yerindelik denetimi” itirazı altında neredeyse yüksek yargı organlarının varlığını sorgulamaya vardığını ifade etmektedir. Bknz: SEVİNÇ, a. g. m., s. 34, dipnot no. 33.

<sup>983</sup> ÖZBUDUN, **Türk Anayasa...**, s. 183.

*ordunun yaptığı gibi, kendini sistemden bağımsızlaştırıp, sistem üstü bir kontrol mekanizmasına dönüştürmektedir.*<sup>984</sup>

SEVİNÇ, Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin 1970'lerdeki içtihadı ve 2008'de bunun devamı niteliğindeki türban kararıyla ilgili olarak kesin bir ifade belirtmemiş, kararların tartışmalı olduğunu söylemekle yetinmiştir.<sup>985</sup> DİKMEN CANIKLIOĞLU ise Anayasa Mahkemesi'nin "dinî inançlar sebebiyle örtünme davası" olarak bilinen 1989/12 karar sayılı kararı ve 2008'de Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinin değiştirilmesiyle ilgili yukarıda belirtilen kararını "anayasal değerlerle sınırlı politik alan" teorisine bağlamakta ve Anayasa Mahkemesi'nin, bu kararlarla, Anayasa metni ve Başlangıç'tan çıkardığı ilkeleri partilerin uyacakları esasları düzenleyen pozitif kurallardan çok daha geniş bir yasaklama rejimini uygulamada kullandığını ve hatta daha da ileri giderek bireysel özgürlüklerin korunma alanını sınırladığını iddia etmektedir.<sup>986</sup>

Buna karşın DİKMEN CANIKLIOĞLU, kararı tümünden olumsuz bulmamakta ve aslında bu kararlar Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin 2008 kararının gerekçesi yoluyla "*anayasa değişiklikleri esas açısından denetlenebilmelidir*" dediğini düşünmekte ve kendinin de bu görüşe katıldığını ifade etmektedir.<sup>987</sup>

Temel ilkeleri değiştiren anayasa değişikliklerinin de "değişmezlik" açısından biçim sakatlığıyla iptal edilebileceğini ifade eden SOYSAL, 1982 Anayasası'nın 148. maddesindeki anayasa değişikliklerinin yalnızca teklif ve oylama çoğunluğuna

---

<sup>984</sup> CAN, **Kurucu İktidar**..., s. 267. Vurgu CAN'a aittir. CAN'ın kurduğu bu paralelliği anlamak mümkün değildir; çünkü anayasa mahkemesi yalnızca başvuru yoluyla harekete geçebilen ve en fazla bir kanunu ve anayasa değişikliğini iptal edebilen bir kurumdur. Bir başka deyişle ancak olumsuz şekilde yasama faaliyetinde bulunduğu iddia edilebilir. Bir "sistem değişimi" anayasa mahkemesinin talep etse dahi ulaşamayacağı bir sonuçtur zira bunun için gerekli donanımına sahip değildir. Yargıçlar hükümeti olarak adlandırılan durumda dahi anayasa mahkemeleri siyasal iradeyi hukuk dışı yollarla engellemektedir, fakat yeni kurallar koyarak veya yasama organı üzerinde baskı yaparak bir sistem değişimine gidememektedir. Dolayısıyla kendiliğinden harekete geçen ve siyasal organlara baskı ve tehdit yoluyla bazı değişiklikler dayatan veya yönetimi silah zoruyla bizzat ele geçiren askerî iradeyle arasında hiçbir benzerlik olmadığı kanaatindeyiz. Eğer Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin kendi iradesini katmak suretiyle sisteme etki ettiği bir örnek aranıyorsa 2008 tarihli karar değil, 2010 tarihli referanduma sunulacak olan anayasa değişikliğini kısmen iptal ettiği karara bakılmalıdır. Zira burada Mahkeme'nin iptal kararıyla değişen metin referanduma sunulmuş ve anayasa değişikliği haline gelmiştir. Ayrıntılı değerlendirme için ileride bkz: "Referandumun anayasa mahkemesinin denetim yetkisi dışında olması" başlığı. Ne var ki, bu karara karşı neredyse hiçbir hukukçu ve siyasetçi itiraz etmemiştir. Bu da bizde 2008 tarihli karara yapılan itirazın hukuksal nedenlerden çok siyasal nedenlere dayandığı düşüncesine neden olmaktadır.

<sup>985</sup> SEVİNÇ, "Anayasaların Doğumu:...", s. 35.

<sup>986</sup> DİKMEN CANIKLIOĞLU, **Anayasal Devlette**..., ss. 276-278.

<sup>987</sup> **Anayasa'nın Değiştirilemez**..., s. 36.



ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığına göre denetlenebileceği sınırlamasının geçersiz olduğunu düşünmektedir. Zira yazara göre “*değişmezlik koşulu bütün bunları aşan çok daha temel, her durumda mutlaka göz önünde tutulması gereken bir koşuldur.*”<sup>988</sup>

Kabul edilmelidir ki, anayasa mahkemesinin anayasa değişikliklerine dair yetkisi ancak ve ancak marjinal olabilir.<sup>989</sup> Anayasanın değişmez maddesine dayanarak karar oluşturmak ender şekilde ve yalnızca kurucu iktidar tarafından öngörülemediği çatışmaların içtihadî yolla halledilmesi amacıyla kullanılmalıdır.<sup>990</sup> Ancak Türkiye’de o kadar sık kullanılmaktadır ki marjinal olmaktan çıkmıştır. Fakat kanımızca, bu tek taraflı bir durum değildir. Bunda rejim üzerindeki tehdit algısının devam ediyor olması da önemli bir rol oynamaktadır.

Bunun yanında, anayasa mahkemesinin anayasa değişikliklerini esastan denetleyerek elde ettiği yetkinin siyasal saiklerle kötüye kullanılmaması da gerekir. Anayasa mahkemesi yargıçları ellerindeki bu yorum yetkisini değişmez maddeyi belirleyen kurucu halkın iradesi kılavuzluğunda insan hakları ve demokrasinin korunması ve gelişmesi amacıyla kullanılmalıdır. Aksi takdirde mahkemenin kararı, Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin 2008 tarihli kararı gibi tartışmalı hale gelecek<sup>991</sup> ve mahkemenin siyaseten yıpratılmasına uygun ortam sağlayacaktır.

## 2. Anayasa mahkemelerinin değişmez maddelerle ilgili kararlarına genel bir bakış

Yukarıda açıkladığımız üzere, anayasalarında değişmez madde veya maddeler bulunan ülkelerden bazılarında anayasa mahkemesi anayasa değişikliklerini değişmez maddeler bakımından denetime tâbi tutmaktadır. Fransa ve İtalya anayasa mahkemeleri örneğinde görüldüğü üzere benzer değişmez maddelerin bulunduğu

<sup>988</sup> Mümtaz SOYSAL, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1990, s. 397.

<sup>989</sup> RENOUX, VILLIERS, **Code...**, s. 623.

<sup>990</sup> GENEVOIS, “Les Limites d’Ordre...”, s. 913.

<sup>991</sup> Örneğin ÖZBUDUN kararı, Mahkeme’nin yorum yetkisini kendi siyasal laiklik anlayışını dayatmak amacıyla gerekçesiyle eleştirmektedir: “Anayasa Mahkemesinin türbanla ilgili kararı, lâikliğin genellikle benimsenen bilimsel yorumunu aşmakta ve onu, devlet yönetimine hâkim bir ilkenin ötesinde bir çeşit mutlak pozitivist ideoloji olarak takdim etmektedir.” Bknz: ÖZBUDUN, “Türk Anayasa...”, s. 265.

ülkelerde dahi çok farklı yönde kararlar verilebilmektedir. Değişmez maddelerin konu edildiği tüm anayasa mahkemesi kararlarının genel olarak değerlendirilmesi, kanaatimizce, uygulamanın değişmezlik teorisi üzerindeki etkisinin görülebilmesi için yararlı olacaktır.

#### *a. Anayasa mahkemesi kararlarında anayasa değişikliğinin yazılı sınırı*

Fransa Anayasa Konseyi, yukarıda aktardığımız üzere, Fransa Anayasası'ndaki değişmez maddeyi dar yorumlamış ve türev kurucu iktidarın “anayasal sınırlar içerisinde egemen” olduğunu söyleyerek anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları denetleme yetkisinin bulunmadığı kanaatine varmıştır. Ne var ki, Konsey'in yaptığı gibi ilgili değişmezliğin dar yorumlanması halinde dahi, mahkemenin bazı anayasa değişikliği kanunlarını denetleme yetkisinin olduğu kabul edilmelidir.

Öncelikle, Fransa Anayasası'nda “anayasa değişikliği kanunlarının” denetlenemeyeceğine dair herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Kaldı ki anayasanın kendi de özünde bir yasadır. Hatta Fransa Anayasası'nın 92. maddesinin 4. fıkrasında şu ibare bulunmaktadır: “*Bu yasa, Cumhuriyet'in ve Birlik'in Anayasası olarak yürütülür.*” Bu durumda, -referandumla kabul edilenler hariç olmak üzere- Fransa Anayasası'nın 89. maddesi uyarınca Meclis tarafından kabul edilen anayasa değişikliklerinin, Anayasa Konseyi'nin denetim yetkisindeki kanunlar dahilinde algılanması ve anayasallık denetimine tâbî tutulması mümkündür. Zira Konsey türev kurucu iktidarın egemenliğini “anayasal sınırlar içerisinde” kabul etmiştir. Dolayısıyla –bir çelişki gibi gözükse de- Fransa Meclisi'nin anayasayı değiştirme yetkisi sınırlıdır. Bu durumda Konsey'in öncelikle 89. maddede öngörülen usule ve kabul çoğunluğuna uyulup uyulmadığını, sonrasında da maddî açıdan, Fransa Anayasası'nın değişmez maddelerini teşkil eden toprak bütünlüğü ve devletin yönetim biçimi olan cumhuriyetin değiştirilmesiyle ilgili olup olmadığını denetleme yetkisi bulunmaktadır.<sup>992</sup>

Nitekim Almanya ve Avusturya'da doktrininin genelinde de, anayasal normlar arasında bir hiyerarşi onaylandığı gibi, “anayasaya aykırı anayasal normlar” düşüncesi de kabul edilmektedir. Federal Almanya Yüksek Mahkemesi, anayasa

<sup>992</sup> TURPIN, *Contentieux*..., ss. 97-98.

değişikliğine ilişkin kanunların değişmez maddelere saygı duyup duymadığını denetlemek konusunda kendini yetkili görmektedir. Bunu yaparken, anayasa değişikliğine ilişkin kanunu, tıpkı sıradan bir kanunda yaptığı gibi bir uygunluk denetimine sokmaktadır.<sup>993</sup> Almanya’da hem türev kurucu iktidara getirilen pozitif sınırlamalar mevcuttur, hem de güçlü bir anayasallık denetimi yapılmaktadır. Bunun sonucu, anayasa değişikliklerinin son derece etkin bir şekilde anayasallık denetimine tâbi tutulmasıdır.<sup>994</sup>

Bugüne kadar hiçbir anayasa değişikliği anayasaya aykırılık nedeniyle iptal edilmemiş olmasına karşın, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi 1970 yılında verdiği telefon dinlemelere ilişkin kararında ve 2009 yılında verdiği Lizbon Anlaşması’na ilişkin kararında bu tür bir denetim yetkisinin olduğunu açıkça ilan etmiştir. Dolayısıyla, Almanya Anayasası’nın değişmez maddelerine aykırı olduğuna karar verdiği bir anayasa değişikliğini iptal etmekten çekinmeyeceğini düşünmekteyiz. 1987-1994 yılları arasında Yüksek Mahkeme Başkanlığı yapan Roman HERZOG da Anayasa’nın 79/3. maddesiyle değişmezlik kazanan 1. ve 2. maddelerine dokunan bir anayasa değişikliğinin Anayasa’ya aykırı kabul edileceğini ve Federal Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edileceğini belirtmektedir.<sup>995</sup>

İtalya Anayasa Mahkemesi de İtalya Anayasası’nda anayasa değişiklikleriyle ne ilga edilebilir, ne de değiştirilebilir ilkeler bulunduğunu söylemekten çekinmemektedir. Mahkeme söz konusu ilkelerin neler olduğunu açıklamasa da<sup>996</sup> bunların en açık olanı elbette ki İtalya’nın cumhuriyetçi yönetim yapısının değiştirilemeyeceğini düzenleyen değişmez maddedir. Bugüne kadar bu yapıyı tehdit eden bir anayasa değişikliği olmadığı için Mahkeme’nin önüne bir dava gelmemiştir. Fakat cumhuriyetçi yapıyı ihlal eden bir anayasa değişikliği yapılması halinde Mahkeme’nin bu değişikliğin değişmez maddeye uygunluğunu denetleyeceği kanaatindeyiz.

<sup>993</sup> ROBERT, “La Forme...”, s. 363.

<sup>994</sup> KLEIN, *Théorie et...*, s. 175.

<sup>995</sup> HERZOG, “La Hiérarchie...”, s. 16.

<sup>996</sup> Bu nedenle İtalya Anayasa Mahkemesi’nin kararındaki sözleri soyut ve davaların gerçekliği karşısında uygulanamaz bulunmuştur. Söz konusu ilkelerin ne olduğu hakkında doktrinde tartışmalar devam etmektedir. Bknz: Tania GROPPİ, “Constitutional Revision in Italy: A Marginal Instrument for Constitutional Change”, in **Engineering Constitutional Change – A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA**, edited by Xenophon CONTIADES, Routledge, Oxon, 2013, s. 211.

Türkiye Anayasa Mahkemesi ise 1970 yılında verdiği ilk iptal kararının ardından istikrarlı şekilde anayasa değişikliklerini değişmez maddelere göre denetlemiştir. Hatta değişmezliği geniş yorumlayarak türev kurucu iktidarın saygı yükümlülüğünü de genişletmiştir. 1982 Anayasası'yla anayasa değişiklikleriyle ilgili yetkisi daraltılan Anayasa Mahkemesi iki kararında yetkisizlik nedeniyle anayasa değişikliklerini denetlemekten kaçınsa da 2008 yılında vermiş olduğu iptal kararıyla 1980 öncesindeki içtihadına geri dönmüştür.

Sonuç olarak bakıldığında, anayasasında değişmez madde olup da anayasa değişikliklerinin anayasa mahkemesi önüne götürüldüğü ülkelerde mahkemeler kendilerini anayasa değişikliklerini denetlemek konusunda yetkili görmektedir. Bunun en önemli nedeni kurucu iradenin yeni devletin temel unsuru olarak gördüğü maddelerin değişmezliğinin korunmasının başka türlü mümkün olmamasıdır. Böylece değişmez maddeler türev kurucu iktidarların anayasayı değiştirme yetkisinin sınırını teşkil eder hale gelmiştir. Sınırın bekçisi de anayasa mahkemeleridir.

Yukarıda saydığımız örnekler elbette anayasasında değişmez madde olan ülkelerin tümü değildir. Dünya üzerinde anayasasında değişmez madde olup da anayasa mahkemesinin kendini anayasa değişikliklerini esastan denetlemeye yetkili ilan etmediği çok sayıda ülke bulunmaktadır. Ancak bunun nedeni bu ülkelerin mahkemelerinin (Fransa Anayasa Konseyi haricinde) kendilerini yetkisiz bulması değil, henüz değişmez maddeleri ihlal ettiği iddia edilen anayasa değişikliklerinin yapılmamış olmasıdır. Bu ülkelerde ya değişmez maddeler üzerinde büyük bir uzlaşma bulunmaktadır ya da anayasa iktidar-muhalefet uzlaşması ile değiştirilmektedir. Ancak bu ülkelerde de bir gün değişmez maddeleri ihlal ettiği iddia edilen bir anayasa değişikliği söz konusu olursa (Fransa örneğinde doğrudan cumhuriyetçi yapıyı değiştirmeye yönelik bir değişiklik kabul edilirse) anayasa mahkemelerinin kendilerini anayasa değişikliğini denetlemek konusunda yetkili kabul edeceğini ve iddianın doğruluğu kanaatine varmaları halinde de değişikliği iptal edeceğini öngörmekteyiz.

#### *b. Anayasa mahkemesi kararlarında anayasa değişikliğinin yazılı olmayan sınırları*

Bazı anayasa mahkemeleri anayasada açık şekilde değişmez olduğu yazılmamış olan “temel ilkelerin” değişmez olduğunu ve bu nedenle türev kurucu iktidarı sınırladığını ifade etmiştir. Özellikle İtalya ve Hindistan anayasa mahkemeleri zamanla içini doldurdıkları bir “üstün ilkeler” kategorisi yaratmıştır.

KLEIN’in ifade ettiği gibi, “denetimi olmayan üstün ilke olamaz. Bu ilkelerin neler olduğuna dair soru birçok şekilde cevaplanabilir: Ya Almanya’da olduğu gibi anayasa bazı ilkeleri bizzat belirtmiştir, ya Norveç’teki gibi anayasa söz konusu ilkelere genel anlamda bir referans vermiştir ya da Hindistan’daki gibi bu ilkelerin varlığı anayasanın kendinden çıkarılmaktadır”.<sup>997</sup>

Bu konuya dair en ilgi çekici örnek Norveç Anayasası’nın 112. maddesidir. Anayasa’da yer alan “ilkeler” ve Anayasa’nın “ruhunun” asla anayasa değişiklikleri tarafından ihlal edilemeyeceğini ifade eden söz konusu madde normatif olarak anayasa mahkemesine adeta açık bir çek vermektedir. Ne var ki Norveç Anayasa Mahkemesi henüz bu geniş takdir yetkisini bir davada kullanmamıştır.

İtalya ve Hindistan’da ise durum tam tersidir. Anayasada yer almayan temel ilkelere ilişkin değişmezlik türev kurucu iktidarı sınırlamak amacıyla anayasa mahkemesi aracılığıyla yaratılmıştır.

İtalya Anayasa Mahkemesi 1988 tarihli ve 1146 numaralı kararında açıkça ifade ettiği üzere “İtalya Anayasası, bir Anayasa değişikliği kanunuyla veya başka bir anayasal kanunla dahi temel içerikleri iptal edilemez veya değiştirilemez bazı üstün ilkeler barındırmaktadır.” Mahkeme’ye göre “bu ilkeler, anayasal değişiklik konusu yapılamayacaklar arasında açıkça sayılmasa da İtalya Anayasası’nın üzerine oturduğu üstün değerlerin özüne dahildir.”<sup>998</sup> Bunun ardından İtalya Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerine dair kanunların anayasal düzenin üstün ilkelerine uygun olup olmadığını denetleyebileceği sonucuna ulaşmıştır. Çünkü Mahkeme’ye göre “aksi takdirde, tam da Anayasa’nın en üstün değere sahip normlarıyla ilgili olarak Anayasa’nın yargısal güvence sisteminin kusurlu ve işlevsiz olduğunu kabul etme anlamsızlığına varırdık.” Böylece İtalya Anayasa Mahkemesi

<sup>997</sup> KLEIN, *Théorie et...*, s. 184.

<sup>998</sup> FAVOREU, PHILIP, *Les Grandes Décisions...*, 9<sup>e</sup> éd., s. 826.

önce anayasa değişikliği kanunlarının uymaya zorunlu olduğu üstün değerleri şekillendirmiş, ardından da denetimini uygulama zorunluluğuna genişletmiştir.<sup>999</sup>

Hindistan'da ise türev kurucu iktidarın üstün ilkelere uyma zorunluluğu Yüksek Mahkeme'nin "temel yapı doktrini" sonucu oluşmuştur. Hindistan seçim sisteminin analizi ve anayasayı değiştirme iktidarının kötüye kullanılması korkusu sonucu Mahkeme değiştirme iktidarını sınırlama gereği duymuştur.<sup>1000</sup> 1967 yılına kadar anayasa değişikliği kanunlarının anayasaya uygunluğu denetimini reddeden Yüksek Mahkeme, mülkiyet hakkıyla ilgili Golaknath – State of Punjab'a karşı davasıyla birlikte Hindistan Anayasası'ndaki temel hakları türev kurucu iktidarın yetki alanından çıkarmıştır. Daha sonra "temel yapı doktrini" adını alan bu içtihad değişikliğiyle öncelikle anayasa içerisinde yer alan temel haklar ve sonrasında ise anayasada açıkça yazmasa da içeriğini tamamen Yüksek Mahkeme'nin belirlediği bir üstün ilkeler kategorisi yaratılmıştır. Yasama organının anayasa değişikliklerinin anayasallık denetimini bir anayasa değişikliği yoluyla engelleme çabası da başka bir anayasa değişikliği denetimiyle Mahkeme tarafından engellenmiştir.

Görüldüğü üzere Hindistan'daki anayasa mahkemesi – yasama (yürütme) çekişmesi Türkiye'de görülen "denetleme – yetki sınırlama" düellosuyla paralellik göstermektedir. Tek fark Türkiye'de sorun anayasada açıkça değişmez oldukları belirtilen maddelerin korunmasından kaynaklanırken Hindistan'da sorun Yüksek Mahkeme'nin türev kurucu iktidarı temel hakları korumak adına sınırlama gereği duyması ve bunu daha sonra anayasada değişmez olduğu ifade edilmeyen norm ve ilkelerle genişletmesinden kaynaklanmıştır.

Kanaatimizce üstün ilkeler konusu suiistimale açık bir konudur. Anayasada değişmez olduğu belirtilmemiş olan maddelerin veya anayasa mahkemesi tarafından "anayasadan çıkartılan" ilkelerin belirsizliği anayasa mahkemelerinin kararlarını siyasal saiklerle verdikleri iddiasına neden olabilmektedir. Bu da anayasa değişikliği gibi -türev de olsa- bir kuruculuk yetkisine belirsiz sınırlar çizmek anlamına gelmektedir. Bu durumun değişmezlik gibi kesin sınırlara ihtiyaç duyan bir hukuksal alanda kabul edilemez olduğunu düşünmekteyiz. Bu nedenle, kurucu halk iradesinin

---

<sup>999</sup> GENEVOIS, "Les Limites d'Ordre...", s. 921. GENEVOIS, kinayeli şekilde "çok yaratıcı" bulunduğu İtalya Anayasa Mahkemesi'nin gerekçelerinin *stricto sensu* anayasanın yargısal güvencesinin ötesine geçtiğini düşünmektedir.

<sup>1000</sup> SAINT-HUBERT, "La Cour...", s. 639.

açık şekilde değişmez olduğunu ifade etmediği ilkelerin üstünlük niteliğine büründürülerek anayasa değişikliklerinin anayasallık denetiminde kullanılması, kanaatimizce, hukuksal olarak doğru değildir; türev kurucu iktidar yetkisinin hukuka aykırı şekilde sınırlanması sonucunu doğurmaktadır.

Buna karşın üstün ilkeler konusunda özellikle Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin, yasamanın keyfi tutumuna karşı geliştirdiği temel yapı doktrininin değişmez maddeler teorisini zenginleştirdiğini de belirtmekte fayda bulunmaktadır. Zira söz konusu doktrine göre üstün ilkeler anayasadan kaynaklandığı için anayasa-üstü değildir ve bu anlamda çalışmamızın başında açıklamaya çalıştığımız değişmez maddelerin anayasa-üstü olmadığı teziyle uyumludur. Böylece değişmez maddeleri anayasa-üstü bulan pozitivist yazarların eleştirilerine bir karşılık verme potansiyeli bulunmaktadır. Ancak buna rağmen söz konusu ilkelere bazılarının anayasa metninde yazılı olmaması ve en önemlisi bunların değişmezliğinin açıkça belirtilmemiş olması savunmakta olduğumuz değişmez maddeler teorisine göre eleştiriye açık olduklarını göstermektedir.

### 3. Değişmez maddelerin değiştirilmesi

Değişmez maddeler aracılığıyla anayasa değişikliği iktidarına çizilen sınırlar hukuken mutlak; bir başka deyişle hukuksal yollar kullanılarak hiçbir şekilde aşılamaz sınırlardır. Yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere, söz konusu sınırlar anayasa mahkemesi tarafından korunmaktadır. Ancak anayasa mahkemesinin koruma gücünün yetişmediği anlar ve alanlar da yok değildir. Çünkü, bazı kaynaklarda “sonsuzluk maddesi” olarak adlandırılmaları değişmez maddelerin sonsuza kadar hayatta kalacakları anlamına gelmemektedir.

Eğer anayasa siyasal sistemin bir parçasıysa, onun değişmesiyle anayasanın da kısmen veya tümünden değişmesi gerekir. Her siyasal sistem şunlardan bazıları nedeniyle değişikliğe uğramak zorundadır: Siyasal sistemin içinde işlediği çevrenin değişmesi (ekonomi, teknoloji, uluslararası ilişkiler, demografi, vb.), halkın değerler sisteminin değişmesi, istenmeyen veya beklenmeyen kurumsal etkiler ve yasama,

yürütme ve yargının verdiği kararların toplam etkisi.<sup>1001</sup> Siyasal sistemdeki değişimin temel unsurlarla ilgili olması halinde anayasanın da temel unsurları değişmek durumunda kalacaktır.

Hiçbir anayasa yalnızca maddeleri aracılığıyla devrimci bir harekete karşı kendini koruyamaz. Anayasa her zaman fiilî bir durumun ortaya çıkmasıyla bütünüyle değiştirilebilir.<sup>1002</sup> Eğer şartlar yeterince değişirse veya siyasal baskı çok güçlüyse “değişmez” denilen maddeler dahi bir şekilde değişecektir.<sup>1003</sup>

Güçlü bir seçmen çoğunluğunun anayasayı kendi siyasal iradesine uydurabileceği ihtimali her zaman göz önünde bulundurulmalıdır. RAWLS’a göre “*bu, basitçe, siyasal gücün bir gerçeğidir. Bu gerçeği önlemenin bir yolu yoktur; temel demokratik güvenceleri kalıcı olarak düzenleyen maddeler dahi bu gerçekten kaçamaz.*”<sup>1004</sup> Zira hiçbir anayasa egemenliği elinde bulunduramı tamamen yepyeni bir anayasal düzen kurmaktan alıkoymaz. Mutlak sınırlar doktrini çerçevesinde gerçekleşen olay, değişmez maddelerin ihlal edilmesi halinde yeni bir anayasal düzenin kurulmasıdır.<sup>1005</sup> Bir başka deyişle, her ne kadar bu çalışma boyunca değişmezliğin mutlak olduğu söylene de söz konusu maddeler baskın siyasal gereklilikler nedeniyle değiştirilebilir. Ancak bu durumda, eski anayasal düzen terk edilmiş ve yeni bir anayasal düzen kurulmuş olur.

Değişmez maddeler, parlamento çoğunluklarına karşı kurucu iradenin devletin temelleri olarak gördüğü ilkeleri korumak işini görmektedir. Dolayısıyla değişmez maddelerin koruması, devlet devam ettiği sürece devam eder. Ancak elbette ki gün gelip mevcut devlete son verilerek yeni bir devletin kurulması talebi baskın gelebilir. Bu durumda değişmez maddelerin değiştirilmesi gündeme gelecektir.<sup>1006</sup> Şiddet, hükûmet darbesi veya ayaklanma olmaksızın değişmez maddelerin değiştirilebilmesi için hukuksal olarak hangi alternatiflerin mümkün olduğunun incelenmesi gerekir.

<sup>1001</sup> Donald S. LUTZ, “Toward a Theory of Constitutional Amendment,” **American Political Science Review**, vol. 88, no. 2, 1994, s. 357, <http://www.jstor.org/stable/2944709> (07.11.2013 tarihinde ziyaret edildi.).

<sup>1002</sup> Hans KELSEN, **Allgemeine Staatslehre**, J. Springer Vlg., Berlin, 1925, s. 254; aktaran: CAN, **Kurucu İktidar**..., s. 86.

<sup>1003</sup> Commission de Venice, **Rapport sur l’Amendement Constitutionnel**, (Venice 11-12 Décembre 2009), CDL-AD (2010) 001, § 219.

<sup>1004</sup> RAWLS, **Siyasal**..., s. 266.

<sup>1005</sup> LUCIANI, “Le Contrôle...”.

<sup>1006</sup> Karşıt görüş için bkz: DOEHRING, **Genel Devlet**..., s. 158. DOEHRING’e göre anayasadaki temel değişiklikler, devletin tüzel kişiliğinin sürekliliğini etkilememektedir. Dolayısıyla değişmez maddeler bir şekilde değiştirilse bile ortaya yeni bir devlet çıkmaz, eski tüzel kişilik devam eder.



Kanaatimizce, değişmez maddelerin hukuka uygun şekilde, bir başka deyişle hukuksal bir kesintiye yol açmadan değiştirilebilmesi için tartışılabilir yalnızca iki yöntem mevcuttur: (a) Anayasada gösterilen anayasayı değiştirme usûlü, (b) Referandum.

#### *a. Değişmez maddelerin değiştirilmesi girişiminin hukuksal niteliği*

Değişmez nitelikteki bir maddenin bir anayasa değişikliği ile değiştirilebilip değiştirilemeyeceğinin anlaşılması için öncelikle değişikliği yaratan işlemin hukuksal değerinin belirlenmesi gerekmektedir. Değiştirilmesi yasaklanmış maddelerin anayasada gösterilen usûle uygun şekilde değiştirilmesi girişimi halinde ne olacağı konusunda doktrinde üç görüşe rastlanmaktadır: (1) Anayasa değişikliği kanunu aracılığıyla değişmez maddelerin değiştirilebileceği, (2) Değişmez maddeleri değiştiren anayasa değişikliği tekliflerinin kabul edilemezliği, (3) Değişmez maddeleri değiştiren anayasa değişikliklerinin yokluğu.

#### (1) Değişmez maddelerin anayasa değişikliği yoluyla değiştirilebileceği iddiası

Çalışmanın ilk bölümünde bahsedilen türev kurucu iktidarın egemen olduğu ve bu nedenle anayasa mahkemesinin anayasa değişikliğine ilişkin kanunlar üzerinde esas denetimi yapamayacağını savunan yazarlar, bu görüşlerinin doğal bir sonucu olarak, değişmez maddelerin anayasa değişikliği yoluyla değiştirilebileceğini iddia etmektedir. Örneğın GÖZLER Türkiye’de 1982 Anayasası düzeninde anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların esas denetiminin yapılamayacağını; çünkü Anayasa’nın bunu yasakladığını ve Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin de çeşitli kararlarında kendini bu konuda yetkisiz gördüğünü ifade etmektedir. Bu nedenle yazara göre, Anayasa’nın değişmez maddelerine aykırı olan anayasa değişiklikleri dahi hukuksal değere sahiptir.<sup>1007</sup> Kabul edilmeleri halinde yürürlüğe girecek ve

<sup>1007</sup> GÖZLER, *Le Pouvoir de...*, t. II, s. 677.

Anayasa Mahkemesi tarafından da iptal edilemeyecekleri için değişmez maddeleri değiştirmiş olacaktırlar.<sup>1008</sup>

Erdal ONAR da Türkiye Anayasası'ndaki açık yasak karşısında Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişiklikleri üzerinde esas denetimi yapmasını mümkün görmemektedir. Ancak yazarın gerekçesi GÖZLER'in pozitivist bakış açısından ziyade Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerinin sınırlanması gereği üzerine kuruludur. ONAR'a göre *“bir kez böyle bir denetim yetkisi kabul edilince bunun, sadece doğrudan değiştirilmesi yasaklanmış maddeler üzerinde yapılan değişikliklerle sınırlı tutulmasının mümkün olmayacağı açıktır. (...) Ancak Anayasanın özellikle 2. maddesindeki niteliklerin her birinin kapsamının genişliğini dikkate aldığımızda, bu nitelikler üzerinde etkisi olmayacak bir Anayasa değişikliğini düşünebilmemiz çok güçtür. Böyle olunca, Anayasa Mahkemesi, hemen her Anayasa değişikliğini, değiştirilmesi yasaklanmış maddeleri olumsuz etkileyip etkilemediği açısından denetleyebilecek demektir (...).”* Bu durumun bir esas denetimine yol açacağını ancak bunun da Anayasa'nın 148. maddesindeki sınırlama nedeniyle mümkün olmadığını düşünen yazar bu nedenle anayasa değişikliklerinin denetlenemeyeceğini düşünmektedir.<sup>1009</sup> Dolayısıyla değişmez maddeyi ihlal etse veya onu ortadan kaldırsa da anayasa değişikliği yürürlükte kalacaktır. Bu da anayasanın değişmez maddelerinin anayasa değişikliği yoluyla değiştirilebileceğinin kabulü anlamını taşımaktadır.

Ergun ÖZBUDUN da paralel şekilde, usûlüne göre kabul edilmiş bir anayasa değişikliğinin mevcut anayasal sistemin diğer normlarıyla eşit değerde bir norm haline geldiğini ve bu normun ancak ondan daha üstün düzeyde başka bir norma aykırı düştüğü takdirde geçersiz sayılabileceğini belirtmektedir. Yazara göre, *“(bir anayasa değişikliğinin) kendi düzeyindeki normlarla ise arasında astlık-üstlük ilişkisi değil, ancak zaman yönünden öncelik-sonralık, konu yönünden de genellik-özellik ilişkisi söz konusu olabilir. Bu açıdan usûlüne uygun olarak meydana getirilmiş bir anayasa normunun, kendisiyle eşdeğer olan başka bir anayasa normuna uygun olup*

<sup>1008</sup> Ancak Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin 2008 tarihli kararının ardından GÖZLER'in bu görüşünün temel dayanağı ortadan kalkmıştır.

<sup>1009</sup> ONAR, **1982 Anayasası'nda...**, ss. 159-160 ve 162-163.

*olmadığını denetlemek mantıken mümkün görünmemektedir.*”<sup>1010</sup> Bu düşüncenin temel unsuru anayasa maddeleri arasında hiyerarşik bir farklılık olmamasıdır. Ancak çalışmamızın ilk bölümünde ortaya koymaya çalıştığımız üzere kanaatimizce, değişmez maddeler anayasa maddeleri arasında anayasa-içi bir hiyerarşi yaratmaktadır. Anayasanın diğer maddeleriyle aralarında bir astlık-üstlük ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle usûlüne göre yürürlüğe girmiş bir anayasa değişikliği bir anayasa normuna dönüşse de değişmez maddelere dayanan bir denetimle iptal edilebilir.

Anayasa değişikliklerinin anayasa mahkemesinin esas denetimine tâbi tutulamayacağına dair yukarıda sayılan düşüncelerin pratik sonucu değişmez maddelerin basit anayasa değişiklikleriyle değiştirilmesidir. Bu da güncel halkın çoğunluğunun oyuyla kurucu iradenin devletin temeli olarak gördüğü ve bu nedenle değişmezlikle koruduğu maddelerin değiştirilmesi anlamına gelmektedir. Oysa çalışmamızın ilk kısmında açıkladığımız teoriye göre güncel halk türev kurucu iktidar sıfatıyla, tek egemen olan ve devleti kuran aslî kurucu halkın değişmezlik iradesini yok edemez. Anayasa mahkemesi, kurucu halkın temsilcisi olarak değişmezliği korumakla görevlidir. Bu, güncel çoğunlukların demokrasi ve insan hakları gibi temel unsurları yok etmesinin engellenmesi için tek yoldur. Bu nedenle, her ne kadar hukuken geçerli sayılabilecek gerekçeleri olsa da yukarıdaki görüşlere katılmamaktayız.

Kanaatimizce değişmez maddeler en az anayasanın diğer maddeleri kadar türev kurucu iktidarı bağlayıcıdır ve –anayasa mahkemesinin yorumuna göre- anayasa değişikliklerinin esas ve/veya şekil denetiminde kullanılmaya müsaittir. Değişmez maddelere aykırı anayasa değişiklikleri iptal edilmeye mahkum oldukları için söz konusu maddelerin basit anayasa değişiklikleriyle değiştirilmeleri mümkün olmamalıdır.

---

<sup>1010</sup> ÖZBUDUN, *Türk Anayasa...*, s. 176.

(2) Değişmez maddeleri değiştiren anayasa değişikliği tekliflerinin hukuksal niteliği

Anayasanın değişmez maddelerini değiştiren veya değiştirdiği iddia edilen kanun tasarı veya teklifi, şeklen diğer anayasa değişikliği tasarı veya tekliflerinden farklı değildir. Ancak bunları diğerlerinden farkı kılan durum iptal edilmeleri ihtimalidir.

KELSEN, bir anayasanın, özel bir yasal içeriği tamamen reddetmesi ve söz konusu içeriğe sahip bir anayasa değişikliğinin kabul edilemeyeceğini belirtmesi halinde, bu tür bir içeriğe sahip kanunun anayasaya uygunsuzluğunun, kabul edilişi sırasında ortaya çıktığını ifade etmektedir.<sup>1011</sup> Dolayısıyla söz konusu değişiklik kanunu daha doğmadan ölmüştür. Bir başka deyişle, hukuksal alemde hiç oluşmamıştır.

Nitekim Fransa'nın egemenlik yetkilerinden bir kısmını Avrupa Birliği'ne devreden Maastricht Anlaşması'nın imzalanabilmesi için Anayasa'da yapılacak değişikliklerin<sup>1012</sup> tartışıldığı oturumda Milletvekili Philippe SEGUIN değişikliğe dair kanunla ilgili “kabul edilmezlik” önergesi vermiştir.<sup>1013</sup> SEGUIN, oturum sırasında diğer milletvekillerini Anayasa'nın da ötesinde olan millî egemenlik gibi temel hak ve ilkelerin varlığına inandırmaya çalışmıştır. Ancak bu durum doktrinde bazı yazarlarca şaşırtıcı bulunmuştur. RENOUX-VILLIERS “*Anayasa'nın, onu değiştirme amacını taşıyan bir metne aykırı olduğu iddia edilebilir mi?*” diye sormuştur.<sup>1014</sup>

KELSEN'e göre, “*anayasadaki değişmez maddelere aykırı bir içeriği bulunan anayasa değişikliği kanunu anayasaya sadece aykırı değildir, hiç kabul edilmemiştir*”.<sup>1015</sup> Bu nedenle, bu görüşe göre, bir anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmemesinin yöntemlerinden biri parlamentodaki görüşmeleri sırasında “kabul edilemezlik” gerekçesiyle reddedilmesidir. Ancak eğer anayasaya aykırı bir içeriği bulunan anayasa değişikliği kanunu parlamento tarafından oylanırsa, bu sefer de

<sup>1011</sup> KELSEN, *Qui Doit...*, ss. 80-81.

<sup>1012</sup> 1958 tarihli Fransa Anayasası'nın 54. maddesi uyarınca bir uluslararası anlaşmanın Fransa Anayasası'na aykırı unsurları bulunması halinde önce Anayasa'nın anlaşmaya uygun şekilde değiştirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde anlaşmanın onaylanması mümkün değildir.

<sup>1013</sup> 06.05.1992 tarihli *Journal Officiel* (Resmî Gazete), Millet Meclisi, s. 863.

<sup>1014</sup> RENOUX, VILLIERS, *Code...*, s. 622.

<sup>1015</sup> KELSEN, *Qui Doit...*, ss. 80-81.

“kabul edilemez bir metnin oylanması” mümkün olmadığından yok hükmünde kabul edilmelidir.

ESMEIN’e göre ise yokluk anayasa değişikliği için toplanmamış bir meclisin anayasa değişikliği kanunu kabul ederek yarattığı bir usulsüzlük halinde kabul edilen anayasa değişikliği için geçerlidir. Ancak anayasa değişikliği için toplanmış bir meclisin anayasada bu konuya dair çizilen sınırları aşması halinde işin daha karmaşık bir boyut kazandığını düşünmektedir. Yazar, cumhurbaşkanının değişmezliği ihlal eden bir anayasa değişikliğini imzalamayı reddetme yetkisinin olmadığını söylemekle birlikte, aynı sonucu doğuracak olan sonsuza kadar bekletme yetkisinin olup olmadığının tartışılabileceğini ifade etmektedir.<sup>1016</sup>

Yıldızhan YAYLA da değişmez maddelere aykırı anayasa değişikliklerinin yalnızca iptal edilmelerinin sorunu “geçıştiren” bir çözüm olduğunu savunmaktadır. Çünkü, yazara göre, değişmez maddelere aykırı bir anayasa değişikliğine ilişkin kanun “öylesine ağır, devlet düzenini ortadan kaldıran öyle kabul edilmez bir kuraldır ki böyle bir metnin, bir süre için dahi olsa, bu anayasa rejimi içinde geçerli ve yürürlükte olduğunu varsaymak ‘iptal’in gerekçesiyle bağdaşacak bir sonuç olamaz. Oysa, bilindiği üzere anayasa mahkemesinin iptal kararları geriye yürümez. Şu halde ‘iptale’ kadar (anayasanın değişmez maddesine) aykırı bir metnin hukukî geçerliği bulunacak demektir. Bu ise (...) bizatihî (değişmez maddenin) amacına ters düşer.”<sup>1017</sup> Dolayısıyla YAYLA, bir an için dahi değişmez maddenin kurucu halkın iradesi olan halinin yürürlükten kalkmasının mümkün olmaması gerektiğini düşünmektedir. Bu nedenle, var olan bir hukuk normu için kullanılan iptal yaptırımının değişmez maddeleri değiştiren anayasa değişiklikleri için kullanılması yazara göre uygun değildir.

Buna bağlı olarak ortaya çıkan bir sorun da anayasa mahkemesi kararlarının geriye yürümezliğidir. YAYLA, değişmez maddeyi değiştiren anayasa değişikliği kanunu iptal edildiği takdirde eski düzenlemenin hangi açıklamayla yeniden yürürlüğe gireceğini sormaktadır.<sup>1018</sup>

<sup>1016</sup> ESMEIN, *Eléments de...*, s. 983. Yazar, olağan kanunlar için geçerli olan bekletme süresinin anayasa değişikliği kanunları için geçerli olmadığını iddia etmektedir.

<sup>1017</sup> YAYLA, “Anayasa Mahkemesine...”, s. 984.

<sup>1018</sup> YAYLA, a. g. m., s. 984.

Bugüne kadar Türkiye ve dünyada anayasa değişikliklerine ilişkin anayasa mahkemeleri tarafından verilen iptal kararları, doğrudan değişmez maddeleri değiştiren yasama işlemlerine ilişkin değil, değişmez maddelerin içeriğiyle ilgili hükümler içeren anayasanın değiştirilebilir maddelerine ilişkindir. Dolayısıyla, doğrudan değişmez maddeleri değiştiren, yürürlüğe girmiş bir anayasa değişikliğinin iptal edilmesi halinde ortaya çıkacak hukuksal sorunun nasıl halledilmesi gerektiği ancak benzetme yapılarak bulunabilir. Bu noktada akla Türkiye pratiğinde uygulama alanı bulan olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleriyle değiştirilen olağan kanunlar ve kanun hükmünde kararnameler gelmektedir. TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU'na göre “*olağanüstü kanun hükmünde kararnameler, tıpkı olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanunları gibi, olağan kanun ve kanun hükmünde kararname hükümlerini ‘yürürlükten kaldırmaz’; sadece olağanüstü yönetim ilân edilen ‘yer ve süre ile sınırlı’ olarak ‘uygulamalarını askıya alır’.* Dolayısıyla, *olağanüstü hal ve sıkıyönetim hali kalktığına da, zaten yürürlükte olan olağan kanun ve kanun hükmünde kararname hükümleri ‘kendiliğinden’ uygulamaya girer.*”<sup>1019</sup> Benzer şekilde anayasaya aykırı olduğu anlaşılan anayasa değişikliklerinin de anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmesinin ardından maddenin değişiklikten önceki halinin “kendiliğinden” yeniden yürürlüğe gireceği düşünülebilir.<sup>1020</sup>

Zaten kanaatimizce bu nedenle, Türkiye Anayasa Mahkemesi de 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararda<sup>1021</sup> “*Anayasa’da değişikliği öngören bir kanunun, böyle bir etkiye gerçekten sahip olabilmesi, yani mevcut bir Anayasa ilkesini değiştirebilmesi, kaldırabilmesi veya yeni bir Anayasa ilkesi koyabilmesi için, o kanunun Anayasa’nın 155. maddesinde yer alan hükümlere uygun olarak teklif edilmiş olması ve yasama meclislerinde de yine aynı hükümlere uygun biçimde görüşülüp kabul edilmiş bulunması gerektiğinde kuşku yoktur. Bu ilkelere uygun olmayarak yürürlüğe konulan bir metnin, Anayasa’nın mevcut hükümleri üzerinde herhangi bir etki yapması söz konusu olamayacağı gibi yeni konulan bir hüküm de Anayasa kuralı niteliğinde ve gücünde sayılamaz.*” demek suretiyle iptalin gerekçesi olarak yokluk doktrinine daha yakın durmaktadır. Gerçekten de kamu hukukunda

<sup>1019</sup> Bülent TANÖR, Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 9. basım, Beta, İstanbul, Eylül 2009, s. 417.

<sup>1020</sup> Ancak kabul etmekteyiz ki değişmez maddeleri değiştirdiği anlaşılan anayasa değişiklikleri ve diğer anayasa değişiklikleri arasında, olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri ve olağan kanun hükmünde kararnameler arasındakine benzer bir fark bulunmamaktadır.

<sup>1021</sup> 16.06.1970 sayılı E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı karar.

yokluğun gerekçelerinden biri olarak “ağır ve bariz yetki tecavüzünün” kabul edilmesi<sup>1022</sup> ve yasama organının değişmez maddeyi değiştiren bir anayasa değişikliği ile kendinden üstün konumdaki aslî kurucu iktidar iradesinin yetki alanına tecavüz ettiğinin iddia edilebilecek olması nedeniyle yokluk, anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri için etkin bir çözüm yöntemi olarak görünmektedir.

Ne var ki Türkiye Anayasa Mahkemesi 2008 yılında verdiği kararda<sup>1023</sup> anayasa değişiklikleri için yokluğu şu şekilde tanımlamıştır: “*Yokluk, bir normun var olmadığına ifadesidir. Yasalar bakımından, parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, resmi gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece "var"lıktan söz etmek olanaksızdır. Ancak, bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tabi oldukları sürece, Anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler.*” Böylece Mahkeme usûlüne göre kabul edilen bir anayasa değişikliğinin yok hükmünde olmadığına kanaat getirerek denetim yapmış ve dava konusu düzenlemeyi iptal etme yoluna gitmiştir.

Mahkeme 2010 yılında verdiği kararda<sup>1024</sup> “*değiştirilmesi teklif edilemeyecek bir Anayasa kuralına yönelik değişiklik teklifi yasama organının yetkisi kapsamında bulunmadığından hukuksal geçerlilik kazanamaz.*” demek suretiyle yokluk kelimesini kullanmamış, ancak bu değişikliğin hiçbir hukuksal değer taşımayacağını ifade etmiştir. Aynı kararın ilerleyen paragraflarında bu düşüncesini netleştirmiştir: “*Teklif edilebilir olmayan bir Anayasa değişikliğinin 148. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmiş olması, hukuken geçersiz nitelikteki bir yasama tasarrufunun sırf sayısal çokluğun gücüyle geçerli kılınmasının gerekçesi olamaz. Zira, kurulu iktidar olan yasama organının işlem ve eylemlerinin geçerliliği, aslî kurucu iktidarın öngördüğü anayasal sınırlar içinde kalması koşuluna bağlıdır.*”

Kanaatimizce, anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri arasında anayasa mahkemesi tarafından sonlandırılmaları açısından ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Şimdiye kadar anayasa mahkemeleri önünde dava konusu olan

<sup>1022</sup> Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku Dersleri**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 173; aktaran: İbrahim ŞAHBAZ, “Anayasa Yargısında Yokluk”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 4-1999, 1999, s. 26.

<sup>1023</sup> 05.06.2008 tarihli E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı karar.

<sup>1024</sup> 07.07.2010 tarihli E. 2010/49, K. 2010/87 sayılı karar.

anayasa değişikliklerinin hiçbirini ne Türkiye’de, ne de başka bir ülkede, anayasanın değişmez maddelerini doğrudan değiştirmeye girişmemiştir. Söz konusu anayasa değişikliklerinin dava edilmelerinin nedeni değişmez maddelerin içeriğini belirleyen anayasanın diğer maddelerinde yaptıkları değişikliklerdir. Değişmez maddeleri doğrudan değiştirmeyen bir anayasa değişikliğinin değişmez maddelerin içeriğini değiştirip değiştirmediği bir yorum sorunudur. Nitekim Türkiye Anayasa Mahkemesi birçok anayasa değişikliğini bu gerekçeyle iptal ederken Federal Almanya Anayasa Mahkemesi de hiçbirini iptal etmemiş, hepsini anayasaya ve değişmez maddelere uygun yorumlamıştır. Dolayısıyla bu tür anayasa değişikliklerinin hukuken var olduğu ve eğer anayasanın değişmez maddelerinin içeriklerine yönelik bir ihlal yaratıyorlarsa iptal edilebileceklerinin kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak herhangi bir ihlale yol açmıyorlarsa varlıklarını sürdürmeleri olağandır.

Fakat, şimdiye kadar örneği hiç görölmemiş olsa da, bir değişmez maddeyi doğrudan değiştiren veya ilga eden bir anayasa değişikliğinin ise, YAYLA’nın haklı endişeleri doğrutusunda, hiçbir zaman yürürlüğe girmiş sayılamayacağını düşünmekteyiz. Zira bu tür bir değişiklik üstün kurucu halk iradesine yönelik doğrudan bir ihlaldir ve türev kurucu iktidarın yetki gaspı nedeniyle yoklukla malûl olması gerekir. Yasama, yetkisi olmayan bir alanda anayasa değişikliğine girişmiştir. Bu anayasa değişikliği parlamentoda usûlüne uygun şekilde oylanıp cumhurbaşkanı tarafından imzalanırsa ve Resmî Gazete’de yayınlanırsa dahi hüküm ifade etmemelidir. Anayasa mahkemesinin kararının yokluk yönünde olması, bu anayasa değişikliğinin bir an için bile etki göstermemesi adına geriye dönük olarak etkili olmasını sağlayacaktır.<sup>1025</sup>

### *b. Değişmez maddeleri değiştirenlerin cezaî sorumluluğu*

Değişmez maddelerin hukuksal değeri olmadığını düşünen yazarların temel dayanaklarından biri, söz konusu maddelerin değiştirilmesi halinde cezaî herhangi

---

<sup>1025</sup> Yokluk olağan şartlarda herhangi bir yargı merciinin yapabileceği bir tespitken, hukuk güvenliği adına, anayasa değişikliklerine ilişkin yokluk tespitini yapma yetkisi yalnızca anayasa mahkemesinde kabul edilmelidir.



bir yaptırımın öngörülmemiş olmasıdır. Gerçekten de genelde anayasalar, değişmez maddelerin ihlal edilmesi halinde herhangi bir ceza düzenlememiştir.<sup>1026</sup>

Fransa Anayasası'ndaki değişmez maddelerin hukuksal değerinin bulunduğunu düşünen ESMEIN dahi, türev kurucu iktidarın değişmez maddeler yoluyla sınırlanması teorisinin Millet Meclisi'ne nasıl dayatılabileceğini sorgulamıştır. Yazara göre, yasama organı önünde anayasaya saygı adına, Meclis üyelerinin vicdanına ve çoğunluğa egemen olduğu şüphesiz olan hukuk fikrine güvenmek gerekmektedir. Aksi takdirde, doğrudan ve hukuksal bir yaptırım yazara göre imkânsızdır. Zaten bu nedenle, türev kurucu iktidara sınırlı bir anayasa değişikliği imkânı tanıyan 1791 Anayasası'nı hazırlayanlar da, bu kurala uyulması için tek çare olarak yemini bulabilmişlerdir.<sup>1027</sup>

CANEDO'ya göre de türev kurucu iktidara konulan sınırlar ihlal edilerek kabul edilmiş bir anayasa değişikliğini yürürlüğe sokan cumhurbaşkanının sorumluluğu bulunmamaktadır. Zira yazara göre “*durum, anayasaya aykırı olan olağan bir kanunun imzalanmasından farklı değildir*”.<sup>1028</sup>

BADINTER ise aksine, kurumların iyi işleyişinin güvencesi olan cumhurbaşkanının usûlüne uygun şekilde kabul edilmeyen anayasa değişikliğini imzalama macerasına atılması halinde yüksek ihanet suçunu işleyeceğini ve Yüce Divan'da yargılanması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>1029</sup> Fransa'da anayasa değişikliklerinin esasa yönelik denetimi kabul edilmediği için bu konuda fikir açıklamayan BADINTER'in, usûl aykırılıklarında dahi imzalamanın Yüce Divan'a sevk gerekçesi olduğunu savunması nedeniyle, aynı cezaî yaptırımı içerik aykırılıkları için de savunması muhtemeldir.

DİKMEN CANIKLIOĞLU'na göre, anayasaya aykırılığı bile bile gidermemek, aykırılığın bilincinde olarak yasa çıkarmak ve aykırılığı bile bile yasayı uygulamak, anayasanın üstünlüğü ilkesini çöktürmek suretiyle, anayasal bir devleti tüm kurumlarıyla anayasanın korumasından yoksun bırakmak demektir. Yazar, siyasal iktidarı, eylem ve işlemlerinde anayasanın çerçevesi dışına çıkartacak ve meşruiyetini ortadan kaldıracak bu yönelimin, demokrasi ve anayasal yönetim

<sup>1026</sup> GÖZLER, *Le Pouvoir de...*, t. I, s. 212.

<sup>1027</sup> ESMEIN, *Eléments de...*, s. 981.

<sup>1028</sup> CANEDO, “L'Histoire d'Une...”, s. 781.

<sup>1029</sup> BADINTER, “Le Conseil...”, ss. 220-221.

açısından doğuracağı tehlikeli sonuçlar yanında, ilgililer açısından hukuksal, siyasal, hatta koşulları oluşursa cezaî sorumluluk doğurabileceğini ifade etmekte<sup>1030</sup>; ancak söz konusu sorumluluğun hangi koşullarda oluşacağını belirtmemektedir.

Kanaatimizce değişmez maddelerin hukuk içerisinde değiştirilmeye çalışılması cezaî veya siyasal bir sorumluluğa yol açmamalıdır. Şiddete başvurulmadığı süreçte değişmez maddelerin değiştirilmek istenmesi ve hatta değiştirilmeleri için teklifte bulunulması mümkün olmalıdır. Zira herkes –ki buna siyasetçiler de dahildir- siyasal rejimin, devletin temel ilkelerinin veya toplumsal sözleşmenin ana unsurlarının yeniden yazılmasını talep edebilir. Bu nedenle, değişmez maddeleri siyasal yollarla değiştirme teşebbüsünün, yasama sorumsuzluğu dahilinde kabul edilmesi ve hiçbir kişisel sorumluluk doğurmaması gerektiğini düşünmekteyiz.

Nitekim Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın değişmez nitelikteki 3. maddesinde yer alan “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesi”ne aykırı görerek kapattığı siyasal partiler bakımından İHAM, bu partilerin demokrasi ile bağdaşmayan bir görüşe sahip olmadıklarını önemle vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre, barışçıl ve demokratik yöntemleri benimsemek koşuluyla, siyasal partiler her tür görüşü savunabilecek, devletin temel ilkelerini ve örgütlenme şeklini tartışabilecektir.<sup>1031</sup>

Aynı şekilde “Atatürk milliyetçiliği” ve “üniter devlet” ilkelerinin demokratik rejimle kopmaz bir bağı yoktur. Bu ilkelerin yasal ve demokratik yollardan değiştirilmesi çabası, yerine getirilecek ilkelerin de demokrasi ile bağdaşır olması kaydıyla, Sözleşme tarafından güvence altına alınan bir faaliyet olarak görülmektedir.<sup>1032</sup>

### *c. Değişmez maddelerin değiştirilmesi için yöntem arayışları*

Anayasalarda bulunan değişmez maddelerin mevcut anayasal hukuk düzeni içerisinde değiştirilmelerinin mümkün olmadığını çalışmamız boyunca açıklamaya

<sup>1030</sup> DİKMEN CANIKLIOĞLU, *Anayasal Devlette...*, s. 292.

<sup>1031</sup> UYGUN, “Avrupa İnsan Hakları...”, s. 726.

<sup>1032</sup> UYGUN, a. g. m., s. 732.

çalıştık. Ne var ki gün gelip güncel halkın değişmez maddelere yönelik değiştirme iradesi son derece baskın olabilir. Aynı şekilde değişmez maddenin değiştirilmesi ihtiyacı güncel halkın iradesinin dışında bir zorunluluk haline de gelebilir. Çünkü toplumsal gerçekler değiştiği zaman hukukun da değişmesi gerektiği muhakkaktır.<sup>1033</sup> Toplumsal değişimin büyüklüğü karşısında hukuksal sistemin de tümünden değişmesi ihtiyacının doğduğu durumlarda demokratik bir kesinti yaşanmadan ve meşru bir şekilde değişmez maddelerin değiştirilerek yeni bir devlet kurulmasının mümkün olması gerekir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, toplumda genel olarak anayasanın tümünden değiştirilmesi eğilimi bir kez oluştuysa, her halükarda, anayasalardaki değişmez maddeler de en sonunda bir gün değişecektir. Bu, yasal yollarla olamayacağı için ancak devrim yoluyla olabilir.<sup>1034</sup> Çünkü değişmez maddeler devrimleri engelleyemez.<sup>1035</sup> Devrimlerin önlenmesi fikri sosyolojik gerçeklere aykırı düşer.<sup>1036</sup> Ancak bu noktada önemli olan, söz konusu devrimin barışçıl olup olamayacağıdır. Hukuk eğer toplumsal barış içerisinde yaşamının kurallarıysa, hukukçuların görevi devrimlerin dahi barışçıl şekilde gerçekleşmesi için akıl yormaktır.

Bir devlet bir defa kurulduktan sonra, var olduğu sürece aslî kurucu iktidar bir daha ortaya çıkamaz. Aslî kurucu iktidarın yeniden ortaya çıkabilmesi için devletin, bir başka deyişle ve Kelsen’ci bakış açısıyla “anayasaya dayalı mevcut hukuksal düzenin” yıkılması gerekir. Bu, elbette her zaman mümkündür çünkü toplumlar ayaklanma gibi *de facto* yöntemlerle olduğu gibi, demokratik devrimler yoluyla da anayasalarını yenileyebilir.<sup>1037</sup> Çünkü Victor HUGO’nun *Bir Suç Öyküsü* adlı eserinde ifade ettiği üzere “kimse zamanı gelmiş bir fikrin önünde duramaz”.<sup>1038</sup>

<sup>1033</sup> BARAK, “L’Exercice de la Fonction...”, s. 232.

<sup>1034</sup> Karşıt görüş için bkz: DOEHRING, *Genel Devlet*..., s. 160. DOEHRING değişmez maddelerin hukuk içerisinde değiştirilebilmesi için anayasaya kurucu meclisi düzenleyen bir hüküm eklenebileceğini düşünmektedir. Ancak, kendinin de ifade ettiği gibi, aslî kurucu iktidarın eşyanın tabiatı gereği hukuk dışı olmasından dolayı bu görüşü anayasa hukukçularının büyük çoğunluğu tarafından reddedilmektedir.

<sup>1035</sup> RIGAUX, *Le Théorie des...*, s. 239.

<sup>1036</sup> TUNAYA, *Siyasî Müesseseler*..., s. 104.

<sup>1037</sup> Karşıt görüş için bkz: Kemal GÖZLER, “Asli ve Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?”, in *Demokratik Anayasa*, derleyen: Ece GÖZTEPE ve Aykut ÇELEBİ, Metis, 2012, s. 52-53.

<sup>1038</sup> Orijinali *Histoire d’un Crime – Déposition d’un Témoin* başlığını taşıyan eserin sonuç kısmında geçen bu cümlenin aslı “on résiste à l’invasion des armées; on ne résiste pas à l’invasion des idées”

Fakat burada kabul edilmesi gereken gerçek, aslî kurucu iktidarın ortaya çıktığı ve değişmez maddelerin değiştirilmesiyle anayasayı koyan iradenin sınırlarının ihlal edilmiş ve böylece kurduğu devlete son verilmiş olduğudur. Değişmez maddelerin iptal edilmesi veya değiştirilmesiyle, adı ve toprağı aynı kalsa da, yeni bir devlet kurulmuş olur.

Bu noktada belirtilmesi gerekir ki, burada “değiştirilmesine gerek kalmayan değişmez maddeler”den bahsetmemekteyiz. Çünkü bir norm, başka bir norm tarafından değiştirilmesini engelleyebilir ancak etkinliğinin kaybolmasına bağlı olarak değerinin kaybolmasını engelleyemez.<sup>1039</sup> Buna örnek olarak 1982 Türkiye Anayasası’nın 2. maddesindeki sosyal devlet ilkesi gösterilebilir. Ancak görüldüğü üzere bu durumda norm değiştirilmemiş fakat benimsenen liberal ekonomi politikaları nedeniyle büyük oranda uygulanmaz hale gelmiştir. Elbette ki bu durum da aslî kurucu halkın iradesine aykırı bir durumdur ancak hukuken düzenlenemez veya engellenemez olduğu için çalışmamız dahilinde incelenmemektedir.

#### (1) Değişmez maddelerin yeni bir anayasa yazımı yoluyla değiştirilmesi

Yürürlükteki bir anayasaya göre kurulmuş bir parlamentonun türev kurucu iktidar olarak değişmez maddelerle bağlı olduğuna ve kendini aslî kurucu iktidar ilân edemeyeceğine çalışmamızın ilk kısmında gerekçeleriyle değinmiştik. Ancak bazı yazarlar olağan bir parlamentonun, bir hukuk boşluğu olmaksızın aslî kurucu iktidara dönüşebileceğini iddia etmektedir. Örneğin YAZICI, yeni bir anayasa yazmaya karar veren bir parlamentonun aslî kuruculuk işlevini yerine getirmek üzere “kurulduğunu” iddia etmektedir. Bunun ardından da aslî kurucu iktidar yetkisinin sınırsız bir yetki olduğunu, bu yetkinin asıl sahibinin halk olduğunu, halkın kuruculuk işlevininin bizzat ve doğrudan doğruya değil, “ancak” temsilcilerinin yer aldığı organlar aracılığıyla kullanılabileceği düşünüldüğünde, tümüyle yeni bir anayasayı hazırlamak üzere serbest ve yarışmacı seçimlerle kurulan bir parlamentonun, ortada

---

(“orduların işgaline direnilir, fikirlerin işgaline direnilemez”) şeklindedir. Eserin farklı çevirileri nedeniyle cümlede zamanla değişiklik oluşmuştur.

<sup>1039</sup> Hans KELSEN, “Derogation”, *in Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Bobbs-Merril Company, 1962, ss. 339-355, aktaran: KLEIN, *Théorie et...*, s. 145.

bir hukuk boşluğu olmasa da yürürlükteki anayasanın kurallarıyla sınırlı olmaksızın yeni anayasa hazırlama yetkisini kullanabilmesi gerektiğini ifade etmektedir.<sup>1040</sup>

YAZICI'nın bu görüşü çeşitli açılardan eleştirilebilir. Öncelikle bu tür bir yeni anayasa yazma girişiminde ortada “yeni bir anayasa yazmak üzere kurulan” bir parlamento bulunmamaktadır. Mevcut anayasal sistemin şartlarına uygun olarak oluşan türev kurucu iktidarın kendini aslî kurucu iktidar ilân etmesi söz konusudur. Seçimlere katılan halk yeni bir anayasa yazması için değil, yasama organını oluştursun diye milletvekillerini seçmiş ve parlamentoyu oluşturmuştur. Söz konusu parlamento kurulu bir organdır ve anayasayla –ve dolayısıyla değişmez maddelerle– bağlıdır. Bunun gerekçelerini yukarıda aktarabildiğimizi sanıyoruz. Hiyerarşik olarak alt seviyedeki bir organ kendini üst seviyedeki bir organ olarak ilân edemez. Bu, yetki gaspıdır ve hukuk mantığına aykırıdır.

İkinci olarak halkın kuruculuk işlevini bizzat ve doğrudan değil, “ancak” temsilcileri aracılığıyla kullanabileceği düşüncesi, çalışmamızın ilk kısmında açıkladığımız üzere, eskide kalmış bir düşüncedir. Gelişen iletişim olanakları ve teknoloji sayesinde halk yeni bir anayasa yazım sürecine bizzat ve doğrudan katılabilmektedir ve hatta halkın doğrudan katılımı günümüzde demokratik anayasa yazımı için olmazsa olmaz bir ön-koşuldur. Güney Afrika Cumhuriyeti'nin yeni anayasasının yazımı sırasında halktan gelen iki milyon adet dilekçenin şeffaf bir şekilde değerlendirilmesi ve İzlanda Anayasası'nın yazım sürecine bireylerin internet üzerinden müdahil olabilmesi bunun en somut örnekleridir.

Bunun yanında, YAZICI'nın aslî kurucu iktidarın ancak temsilciler eliyle kullanılabileceği iddiasının çözmek zorunda olduğu bir de önemli sorun bulunmaktadır: Seçim sistemindeki anti-demokratik öğeler. Örneğin Türkiye gibi genel seçimlerde yüksek bir barajın uygulandığı, milletvekili adaylarının parti liderleri tarafından keyfi şekilde belirlenebildiği bir seçim sürecinde temsilcilerin halk tarafından belirlenmiş olması demokratik bir sistemin oluşması için yeterli değildir; çünkü bireylerin özgür seçiminin engellendiği böyle bir sistem siyasal elitlerin halkın üzerinde uyguladığı bir vesayet olarak kabul edilmelidir. Buna karşın, CAN'ın da belirttiği üzere “*anayasa yapımı sürecinde demokrasi, temel ilkelerin,*

---

<sup>1040</sup> Serap YAZICI, **Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye – Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s. 53-54. Vurgular bize aittir.

*temel siyasal tercihlerin, kurumların veya yetkilerin ne olduğunun aslı ve hiçbir kurumsal vesayet olmaksızın halk tarafından belirlenebilmesini zorunlu kılar.*<sup>1041</sup>

Kaldı ki, yukarıda açıkladığımız üzere, anayasalardaki değişmez maddelerin basit anayasa değişiklikleri yoluyla değiştirilmesi, anayasa mahkemesinin kendinde değişiklikleri denetleme yetkisi gördüğü ülkelerde zaten mümkün değildir. Zira değişmez maddeleri değiştirmeye çalışan her değişiklik girişimi anayasaya aykırı olacaktır ve anayasallık denetimine başvurulması halinde değişikliğe ilişkin kanunların iptal edilmesi büyük bir ihtimaldir.

Fransa’da Anayasa Konseyi’nin anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleme yetkisi olmadığına dair 26.03.2003 tarihli ve 469 DC numaralı kararının ardından anayasa değişiklik usulüne uyulması halinde türev kurucu iktidarın kendine aslı kurucu iktidar tarafından konulan sınırlamaları ortadan kaldırayabileceği iddia edilmiştir.<sup>1042</sup> Bu iddiaya göre, türev kurucu iktidar dilediği zaman aslı kurucu iktidar haline gelebilecek ve anayasada değişmez madde olsa dahi yeni baştan bir anayasa yazabilecektir. Ancak bu halde dahi bazı yazarlar değişmez maddelere yapılan müdahalenin hukuk dışında yapılacağını ve dolayısıyla hukuk düzeninin kesintiye uğrayacağını düşünmektedir.<sup>1043</sup> ESMEIN, bu önerinin hukuken mümkün olduğunu ancak yaratılacak kurucu meclisin de sınırsız yetkileri haiz olmayacağını ifade etmektedir. Yazara göre *“bu kurucu meclis de ‘yönetimin cumhuriyetçi yapısını’ değiştiremez çünkü yasal ve anayasal kaynağını, bu sınırlamayı bizzat koyan anayasadan almaktadır. Millet Meclisi, yaratacağı kurucu iktidara, kendinin tartışmaya yetkisi olmadığı önerileri kabul etme hakkı tanıyamaz”*.<sup>1044</sup>

Türev kurucu iktidarın anayasadaki değişmez maddeleri değiştiremeyeceği düşüncesine karşı geliştirilmiş en ilginç fikirlerden biri, yalnızca değişmez maddeyi değiştirmek üzere bir kurucu meclisin oluşturulmasıdır. 1894 yılında Fransa Millet Meclisi üyesi NAQUET tarafından ortaya atılan düşünceye göre parlamento önce değişmezlik maddesine, ilgili maddenin kurucu meclis tarafından değiştirilebileceğine dair bir hüküm ekleyecektir. Daha sonra yapısı ve yetkileri yine parlamento tarafından belirlenecek bir kurucu meclis kurulacak ve bu meclis

<sup>1041</sup> CAN, **Kurucu İktidar...**, s. 130.

<sup>1042</sup> MAILLARD DESGREES DU LOÛ, “Le Pouvoir...”, s. 732.

<sup>1043</sup> Örneğin bkz: DİKMEN CANİKLİOĞLU, **Anayasa’nın Değiştirilemez...**, s. 36.

<sup>1044</sup> ESMEIN, **Eléments de...**, ss. 986-987.

değişmez maddeyi değiştirecektir.<sup>1045</sup> Bu çalışmada aktarmaya çalıştığımız değişmezliğin ancak aslı kurucu iktidar tarafından ortadan kaldırılabilceği teorisine uygun da olsa, bu önerinin pratik olmadığı ortadadır.

Federal Almanya Anayasası 146. maddesinde değişmez maddeler içeren bu Anayasa'nın “*tam bir seçim özgürlüğüne sahip Alman halkı tarafından kabul edilecek yeni Anayasa'nın yürürlüğe girmesiyle kadük hale geleceğini*” düzenlemektedir. Bu halin gerçekleşmesi durumunda elbette değişmez maddeler de değişmiş olacaktır.<sup>1046</sup> Federal Almanya Anayasa Mahkemesi de, 146. maddeye uygun şekilde, yeni bir anayasa yazılmak suretiyle yeni bir devlet kurulması halinde değişmez maddelerin değiştirilebileceği tezine açık kapı bırakmakta ve hatta adeta bu yöntemin değişmez maddelerin değiştirilebilmesi için tek yol olduğu mesajını vermektedir. Yukarıda bahsettiğimiz 2009 tarihli Lizbon Kararı'nda Mahkeme, egemenlik ilkesini bir değişmez madde olarak kabul ettikten sonra, mevcut Anayasa çerçevesinde Federal Almanya Devleti'nin egemenliğinden vazgeçerek federal bir Avrupa Birliği devletinin parçası olamayacağını ifade etmiştir. Ancak Mahkeme, halkın özgür iradesiyle oluşturacağı bir kurucu iktidar aracılığıyla bu geçişin yapılabileceğini kabul etmektedir.<sup>1047</sup> Dolayısıyla Federal Almanya Anayasa Mahkemesi de çalışmamızın ilk kısmında açıklamaya çalıştığımız “değişmez maddeler ancak yeni bir devlet kurulması halinde değiştirilebilir” tezini desteklemektedir. Günümüz şartlarında bunun için bir hükümet darbesi veya halk ayaklanması tek yol değildir; demokratik yollar kullanılarak da yeni bir anayasa yazımı mümkündür ve hatta girdi meşruiyeti sağlanabilmesi için tek yol da budur.

Pek çok farklı şekilde yapılabilir de, demokratik şekilde anayasa yazım yöntemleri arasında ön plana çıkanlardan bir tanesi, Güney Afrika Cumhuriyeti'nde uygulanmış ve başarılı sonuç vermiş olan “anayasa meclisi” yöntemidir. Yalnızca yeni anayasayı yazmakla görevli olan bir meclisin halk tarafından seçilmesi üzerine kurulu bu tür bir sürecin daha demokratik olması için çeşitli önlemler alınabilir. Örneğin anayasa meclisinin barajsız bir seçimle seçilmesi, bu mecliste cinsiyetlere yüzde 50 kota, toplumun farklı kesimlerine değişen oranlarda kota uygulanması, halkın anayasa meclisine teklif ve görüş gönderebilmesinin mümkün kılınması,

<sup>1045</sup> 15 Mart 1894 tarihli Fransa Parlamentosu oturumu (16 Mart tarihli *Journal Officiel, Débats Parlementaires*, s. 527), aktaran: ESMEIN, a. g. e., s. 986.

<sup>1046</sup> DOEHRING, *Genel Devlet...*, s. 160.

<sup>1047</sup> SCHÖNBERGER, “Lisbon in...”, s. 1206.

meclis çalışmalarının şeffaflığının sağlanması ve en sonunda oluşan taslağın yine halk tarafından oylanması yeni anayasa yazım yöntemini daha da demokratik hale getirecektir.<sup>1048</sup>

## (2) Değişmez maddelerin çifte değişiklik formülüyle değiştirilmesi

Usûlüne uygun bir anayasa değişikliği kanunu aracılığıyla bir anayasanın özünün farklılaştırılması “hukuk tarafından ve hukuk-içi bir devrim”, bir başka deyişle yasal bir devrimdir.<sup>1049</sup> Bu kavramın kullanılabilmesi için o anayasada değişmez madde bulunup bulunmaması önemli değildir. Özünün değiştirilmesi yeterlidir. Ancak içerisinde değişmez madde bulunan bir anayasanın özünün bu maddelerde ifade edildiği kabul edilirse, bunları değiştirmenin de bir devrim olarak nitelendirilmesi gerekir. Bu devrimi olabildiğince “hukuka uygun şekilde” gerçekleştirmeye çalışan önerilerden biri çifte değişiklik teorisi. Ancak bu teori birçok yazar tarafından “anayasaya karşı hile” olarak da adlandırılmaktadır.

Tarihsel olarak çifte değişiklik önce iki Dünya Savaşı arasında otoriter yönetimlerin teorisyenleri tarafından liberal demokrasileri “yasal yollardan” ortadan kaldırmak amacıyla kullanılmıştır. MUSSOLINI, HITLER ve PETAIN bu yöntemi kullanarak ve anayasa değişikliği kavramının doğasını bozarak iktidara gelmiştir. II. Dünya Savaşı’nın bitimiyle birlikte ise diktatörlüklerin ardından demokrasiler, rejimi “yumuşak” şekilde değiştirmiştir. Yunanistan’daki cunta rejimi ve Güney Amerika’daki baskıcı yönetimler sivil toplumun baskısı sonucu “demokratik bir geçiş” dönemi yaşamıştır. Aynı şekilde Şili’de General PINOCHET olumsuz sonuçlanan bir plebisit sonrasında görevi bırakmak zorunda kalmıştır. Son olarak yakın zamanda eski komünist rejimler aynı şekilde, eski anayasada yapılan bir anayasa değişikliği yoluyla “anayasal” bir geçiş yaşamıştır.<sup>1050</sup> Ancak bahsettiğimiz örneklerin hiçbirinde anayasada değişmez madde bulunmamaktadır. Değişmez madde bulunan bir anayasada günümüze kadar bir çifte değişiklik teşebbüsü

<sup>1048</sup> 1982 tarihli Türkiye Anayasası’nın değiştirilmesi tartışmaları sırasında TÜSİAD tarafından sağlanan ortamda çoğunluğu anayasa hukukçularından oluşan bir toplulukça hazırlanan raporda da yeni anayasanın yüzde 10’u uzmanlardan oluşan bir anayasa meclisi eliyle yazılması önerilmiştir. Bknz: TÜSİAD, **Yeni Anayasa...**, s. 14.

<sup>1049</sup> BEAUD, **La Puissance...**, s. 372.

<sup>1050</sup> BEAUD, **a. g. e.**



yaşanmamıştır. Bu nedenle değişmez maddelerin olduğu bir anayasada çifte değişiklik halen teorik düzeydeki bir tartışmadır.

Türev kurucu iktidarın egemen olduğunu ve anayasada dilediği değişikliği yapabileceğini ifade eden ve değişmez maddelerin yalnızca manevî yaptırımı olan temennilerden ibaret olduğunu savunan yazarlar, bazı maddelere değişmezlik niteliği kazandıran anayasa hükümlerinin değiştirilebilir olmasından yola çıkarak, değişmezlik niteliği sağlayan maddenin değiştirilmesinin ardından, artık “korumasız kalan” eski değişmez maddelerin değiştirilebileceğini savunmaktadır. Fransa doktrininin çoğunluğu tarafından kabul gören<sup>1051</sup> bu yönteme “çifte değişiklik”<sup>1052</sup> veya “yasal devrim”<sup>1053</sup> adı verilmektedir.

Çifte değişikliğin hukuken mümkün olduğunu iddia eden yazarlara göre koruma maddelerinin işlevi yalnızca, kurucu iktidarın değiştirilmez maddeleri değiştirirken konu üzerinde daha fazla düşünmesini ve tartışmasını sağlamaktır. Ayrıca anayasalarda gerçek anlamda değiştirilemez nitelikte maddeler olmaması, yönetilenlerin taleplerine artık cevap vermeyen katılıkları da önlemiş olacaktır.<sup>1054</sup>

Bu teoriye göre, çifte değişikliği engellemek hukuksal bir müeyyide ile yasaklanmayan bir yetki kullanımının anayasa mahkemesi tarafından yorum yoluyla müeyyidelenirilmesi, anayasa mahkemesinin anayasa tarafından verilmeyen bir yetkiyi kullanarak, türev kurucu iktidarın yetkisini gasp edip bir nevi anayasayı değiştirmiş olması anlamına gelmektedir.<sup>1055</sup>

İstisnaların genişletici şekilde yorumlanamayacağından yola çıkan pozitivist yazarlar da, değişmezliğin anayasa maddeleri açısından bir istisna teşkil ettiğine, bu istisnanın, değişmezlik yaratan maddeye genişletilemeyeceğine vurgu yapmaktadır.<sup>1056</sup>

<sup>1051</sup> GENEVOIS, “Les Limites d’Ordre...”, s. 916. Yazar örnek olarak şu yazarlara atıfta bulunmaktadır: GOGUEL F., **Les Institutions Politiques Françaises**, Cours IEP Paris, 1967-1968, s.671; CARCASSONNE G., **La Constitution**, Seuil éd., 1996, s. 318; CHANTEBOUT B., **Droit Constitutionnel et Science Politique**, A. Colin éd., 14<sup>e</sup> éd., 1997, s. 45; BURDEAU G., HAMON F., ve TROPER M., **Manuel de Droit Constitutionnel**, LGDJ éd., 25<sup>e</sup> éd., 1997, s. 52.

<sup>1052</sup> Bknz: GENEVOIS, “Les Limites d’Ordre...”, s. 916.

<sup>1053</sup> Bknz: BEAUD, **La Puissance...**, ss. 371-372.

<sup>1054</sup> GENEVOIS, “Les Limites d’Ordre...”, s. 916.

<sup>1055</sup> KÜÇÜK, “Yeni Anayasa Yapımı...”, s. 212.

<sup>1056</sup> ÖZBUDUN, **Türk Anayasa...**, s. 179; GÖZLER, **Anayasa Hukukunun...**, s. 95.

Fransa’da yönetim şeklinin cumhuriyetçi yapısının değiştirilemeyeceğine dair yasak 1946 Anayasası’nın 95. maddesinde de ifade edilmiştir. VEDEL, söz konusu yasağın, önce değiştirme engeli yaratan 95. maddenin, ardından da, yasak artık bulunmadığı için cumhuriyetçi yönetim yapısının değiştirilmesi suretiyle aşılabileceğini savunmuştur.<sup>1057</sup> Yazar, anayasanın belli bir veya birden çok maddesine değişmezlik sağlayan maddeye de başka bir madde tarafından değişmezlik niteliğinin kazandırılması gerektiğini, daha sonra bu maddeye de başka bir madde tarafından aynı işlemin uygulanması gerektiğini ve bunun sonsuza kadar böyle devam edeceğini ileri sürmektedir.<sup>1058</sup> Ancak bu koruma maddelerinin mutlaka bir noktada durması gerekeceğinden her zaman en son değişmezliği sağlayan maddeden başlamak suretiyle değişiklikler yapıldığı takdirde sonunda değişmez maddeler değiştirilebilecektir.

Türkiye’de de ÖZBUDUN 1982 Anayasası’ndaki 4. maddenin değişmezlik kapsamı içinde olmaması nedeniyle “ister yeni değişiklik yasakları getirilmesi ve ister mevcut yasakların kaldırılması veya azaltılması yönünde değiştirilmesine” engel olmadığı görüşündedir.<sup>1059</sup> Bu cümleden yazarın 4. maddenin tümden kaldırılabilirliğini de kabul ettiği anlaşılmaktadır. Böylece Anayasa’da değişmezliği düzenleyen bir madde kalmadığından bir kez 4. madde değiştirilince ilk madde dahil tüm maddeler de değiştirilebilir duruma gelecektir.

GÖZLER’e göre de, aslı kurucu iktidarın değişmezliği yaratan maddeyi de koruma kapsamına almaması halinde, bir başka deyişle, eğer değişmezliği yaratan madde kendini de değişmez ilan etmediyse, türev kurucu iktidar her zaman iki aşamalı şekilde yasaklamaları aşma imkânına sahiptir: “İlk önce değişikliği yasaklayan maddeyi kaldırır, ardından da, artık ortada bir yasak kalmadığı için değişikliği eskiden yasak olan maddeyi değiştirir.”<sup>1060</sup> Ancak yazar, bu hallerde dahi değişmezlik yaratan maddelerin hiçbir hukuksal değeri olmadığını düşünmemektedir. Yalnızca, “mutlak bir hukuksal değerleri” yoktur. Ancak göreceli bir hukuksal değerleri bulunmaktadır: “Bir anayasa değişikliğiyle ortadan kaldırılmamaları

<sup>1057</sup> VEDEL, “Souveraineté et...”, s. 90.

<sup>1058</sup> George VEDEL, “La Justice Constitutionnelle et le Haute Cour Constitutionnelle d’Autriche” (Charles EISENMANN, önsöz), s. VIII, Economica, Paris, 1986; aktaran: KLEIN, *Théorie et...*, s. 141, dipnot 1.

<sup>1059</sup> ÖZBUDUN, *Türk Anayasa...*, s. 175.

<sup>1060</sup> GÖZLER, *Le Pouvoir de...*, t. I, s. 91 ve ss. 198-199.

*halinde türev kurucu iktidarı bağlarlar.*"<sup>1061</sup> Ancak yazar, basit bir anayasa değişikliğiyle aşılabilecek bir bağlılığın nasıl bir hukuksal değeri olduğunu açıklamamaktadır.

Bu düşüncesinin doğal bir sonucu olarak GÖZLER, anayasa maddeleri için değişmezliğin istisnaî bir nitelik olduğunu, dolayısıyla genişletilemeyeceğini, buna bağlı olarak da 1982 Anayasası'nın açıkça değişmez olduğunu belirtmediği 4. maddenin değişmez nitelikte kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir.<sup>1062</sup> Yazara göre değişmezlik yaratan madde kendi kendini de değişmez ilân ediyorsa, bir başka deyişle bir öz-sınırlama da getiriyorsa, bu halde *mutlak bir değişmezlikten* bahsedilebilir. Çünkü bu halde "*değişmez maddeyi değiştirmek için önce değişmezliği yaratan maddeyi değiştirmek gerekir ancak bu, maddenin kendisi nedeniyle imkânsızdır*".<sup>1063</sup>

Bu düşünce sistematığının sonucu olarak olsa gerek Ermenistan Anayasası'nda değişmezliği sağlayan 114. madde "*Anayasa'nın 1, 2 ve 114. maddesi değiştirilemez*" demek suretiyle kendini de değişmezlik kapsamına almıştır. Aynı şekilde Bosna-Hersek Anayasası'nın İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler başlıklı 10. maddesinin 2. fıkrası da kendini "*Bu Anayasa'da yapılacak hiçbir değişiklik Anayasa'nın 2. maddesinde sayılan hak ve özgürlükleri yok edemez veya sınırlayamaz ya da işbu fıkrayı değiştiremez.*" cümlesiyle korumaktadır.

1982 Türkiye Anayasası'nın taslağını hazırlayan Anayasa Komisyonu'nun tutanaklarına göre değişmezlik kurumu ilk olarak ayrı bir maddede değil, devletin şeklinin cumhuriyet olduğuna dair maddede düzenlenmiştir. Prof.Dr. Orhan ALDIKAÇTI başkanlığındaki Komisyon'da oybirliğiyle kabul edilen Anayasa'nın 1. maddesi başlığı ve metni şu şekildedir:

*"Devletin şekli ve Devlet şeklinin değişmezliği"*

*Madde 1.- Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir. Anayasanın bu hükmü değiştirilemez, değiştirilmesi teklif dahi edilemez."*

<sup>1061</sup> GÖZLER, a. g. e., s. 206.

<sup>1062</sup> GÖZLER, *Türk Anayasa...*, s. 1005.

<sup>1063</sup> GÖZLER, *Le Pouvoir de...*, t. I, s. 205. Vurgu GÖZLER'e aittir.

Komisyon görüşmeleri sırasında üye Kemal DAL'ın değişmezliği belirleyen hükmün anayasa değişikliklerini düzenleyen maddeye aktarılması teklifi diğer üyeler tarafından çifte değişiklik tehlikesi nedeniyle eleştirilmiş ve yapılan oylama sonucu 2'ye 10 oyla reddedilmiştir.<sup>1064</sup> Ancak Millî Güvenlik Konseyi aşamasında, askerî irade doğrultusunda Anayasa'nın 2. ve 3. maddelerinin de değişmez ilân edilmesi nedeniyle ilk madde üzerinde de değişiklik yapıldığı ve değişmezliğin Anayasası'nın 4. maddesiyle sağlanmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Böylece, GÖZLER'in bakış açısıyla, Türkiye Anayasası'ndaki değişmez maddeler için de çifte değişiklik tehlikesi doğmuştur.

Türkiye'de 2008 yılına dek, çifte değişiklik teorisinin geçerli olup olmadığı tartışmalı bir konu olmuştur. Ancak Türkiye Anayasa Mahkemesi, 2008 yılında verdiği kararda<sup>1065</sup>, asli kurucu iktidarın yaratmış olması ve değişmesi halinde ilk üç maddenin anlamsızlaşacağı gerekçesiyle 4. maddenin de değiştirilemeyeceğine karar vermiştir.<sup>1066</sup> Mahkeme, 2010 yılında verdiği başka bir kararında<sup>1067</sup> görüşünü netleştirme fırsatı bulmuştur. Buna göre “4. madde ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibariyle doğal olarak değiştirilmezlik özelliğine sahiptir.”

PFERSMANN da, Federal Almanya Anayasası'ndaki değişmez ilkelerden biri olan insanlık onuruna saygıyla ilgili olarak, Federal Almanya Anayasası'nın yapımının tarihsel içeriğine bakıldığında kurucu babaların böyle mütevazı bir korumayla yetinmek istemediklerini düşünmektedir. Aksine, bu maddeye mutlak bir değiştirme yasağı getirmeyi amaçlamışlardır. Ancak PFERSMANN da korumanın mütevazı değil de mutlak olabilmesi için değişmezliği yaratan maddenin kendini de koruması gerektiğini ifade etmektedir, aksi takdirde bu düzenleme anlamdan uzak olacaktır.<sup>1068</sup>

GÖZLER'in yukarıda ifade ettiğimiz düşüncesine türev kurucu iktidarın değişiklik yetkisi dâhilinde olmayan bazı alanlar bulunduğunu ifade ederek karşı çıkan SAĞLAM, söz konusu olanın bir “kural ve istisna” ilişkisinden çok, iki farklı

<sup>1064</sup> Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu'nun 10.06.1982 tarihli toplantısı, ikinci oturum.

<sup>1065</sup> Resmî Gazete, 22.10.2008 – 27032.

<sup>1066</sup> SEVİNÇ, “Anayasaların Doğumu:...”, s. 34.

<sup>1067</sup> 07.07.2010 tarihli E. 2010/49, K. 2010/87 sayılı karar.

<sup>1068</sup> Otto PFERSMANN, “La Révision Constitutionnelle en Autriche et en Allemagne Fédérale: Théorie, Pratique Limites”, in **La Révision de la Constitution (Journées d'Etudes des 20 Mars et 16 Décembre 1992, Travaux de l'Association Française des Constitutionnalistes)**, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris, 1993, ss. 52-53; aktaran: GÖZLER, **Le Pouvoir de...**, t. I, s. 201.

norm alanının farklı kurallara tâbi olması olduğunu düşünmektedir.<sup>1069</sup> SAĞLAM'a göre, içerik bakımından değişmezlik kuralının, yani 4. maddenin ihlali sonucunu doğuracak bir anayasa değişikliğinin 11. madde uyarınca yalnızca TBMM'yi değil, aynı zamanda Anayasa Mahkemesi'ni de bağlayacağı kuşkusuzdur. 4. maddenin değiştirilmesi girişimi “anayasaya karşı hile” niteliği taşır ve hukuken geçerli değildir.<sup>1070</sup>

KUBALI da, değişmezliği sağlayan maddenin değişmezlikle korunmaması halinde dahi “*evvelâ men edici anayasa hükmünü değiştirmek suretile emredici bir hükmün koyduğu hukukî yasaktan kurtulmak teşebbüsü tadil yetkisinin aslî kurucu iktidarın maksadı dışında kullanılmasıdır ve bu sebeple bir yetki saptırması = détournement de pouvoir olarak hukuken sakat bir tasarruftur*” görüşündedir.<sup>1071</sup>

Kanaatimizce de, GÖZLER'in Fransa'nın 1958 Anayasası için öne sürdüğü “*anayasa-koyucu eğer isteseydi yönetimin cumhuriyetçi yapısının değişmezliğini düzenlerken onu değişmez kılan maddenin değişmezliğini de düzenleyebilirdi; düzenlemediğine göre türev kurucu iktidara değişmezliği değiştirme imkânı vermiştir*”<sup>1072</sup> şeklindeki düşüncesinin, her ne kadar pozitivist anlamda savunulabilir olsa da, tutarlı olduğunu düşünmemekteyiz. Zira anayasa-koyucu ilgili maddenin değiştirilemez olması yönündeki iradesini zaten bir kez ortaya koymuş ve bunu pozitif bir anayasa maddesiyle açık bir norm haline getirmişken “*ama açık kapı bırakmış*” demek mümkün değildir. Anayasayı koyan iradenin değişmezliği sağlayan maddeyi de değişmez hale getirmek için yapması önerilen öz-sınırlama veya başka bir maddeyle değişmezliği sağlayan maddenin de değişmez kılınması bir kısırdöngü yaratmaktan başka bir sonuç doğurmayacaktır. Zira bu hallerde de önce öz-sınırlama maddesinin veya değişmezliği yaratan maddeyi değişmez kılan maddenin değiştirilmesi ve ardından yapılacak ikinci bir değişiklikle değişmez maddelerin değiştirilmesi mümkün olacaktır ve bu durum sonsuza kadar bu şekilde devam eden bir kısırdöngü yaratacaktır.

GÖZLER'in düşüncesi kabul edilirse, böyle bir öz-sınırlama halinin olmaması halindeyse değişmezlik yaratan maddelerin bir değişmezlik değil, değişmez

<sup>1069</sup> SAĞLAM, “Anayasa ve...”, s. 579.

<sup>1070</sup> SAĞLAM, a. g. m., ss. 577 - 579.

<sup>1071</sup> Hüseyin Nail KUBALI, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Siyasi Rejimler**, Ersan Matbaası, İstanbul, 1964, s. 218, aktaran: CAN, **Kurucu İktidar...**, ss. 189-190.

<sup>1072</sup> GÖZLER, **Le Pouvoir de...**, t. I, ss. 201-202.

maddelerin değiştirilmesinin önündeki, basit bir anayasa değişikliği ile kolayca aşılabilen usulî bir engel oluşturduğunun de kabul edilmesi gerekmektedir.<sup>1073</sup> Ancak bunun anayasa-koyucu iradenin arzusu veya anayasanın ruhuyla uyumlu olduğunu savunmak, kanımızca, mümkün değildir.

Bu nedenlerle, bizim de katıldığımız ve Almanya’da da doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüş, değişmezlik niteliğini yaratan maddenin “normun amacına ve norm mantığına göre” değişmezlik kapsamı içinde yer aldığı yönündedir.<sup>1074</sup> Bu düşünceye paralel şekilde PACTET de, birbirini takip eden çifte değişiklik tezinin anayasa metninin ruhuna aykırı olduğunu düşünmektedir.<sup>1075</sup>

KLEIN da çifte değişiklik tezinin, maddî sınırlamalara dair modern sorunsalın gittikçe daha fazla anayasallık denetimine maruz kalmasıyla “geçmişte kaldığını” belirtmektedir. Yazar, değişmezlik niteliği yaratan maddenin değiştirilmesinin anayasaya aykırı bir işlem ilan edileceği konusunda şüphe duymamaktadır.<sup>1076</sup> FAVOREU daha da ileri giderek, çifte değişiklik tezinin “usulün tepe taklak edilmesi” olarak kabul edilmesi gerektiğini ve anayasa yargıcının bunu cezalandırması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>1077</sup>

Bu konuda, son olarak, özgün bir örnek teşkil eden Hindistan’daki duruma da değinmenin faydalı olacağını düşünmekteyiz. Yukarıda açıklandığı üzere Hindistan Anayasası’nda değişmez madde bulunmamaktadır. Ancak temel yapı doktrini çerçevesinde Hindistan Yüksek Mahkemesi Anayasa’da bulunan bazı normları değişmez ilân etmektedir. Bu doktrine dayanarak 1976’da verdiği bir kararında<sup>1078</sup> Hindistan Yüksek Mahkemesi, anayasayı değiştirme gücünün Anayasa’nın federal yapısını yok etme yetkisi tanımadığına karar vermiştir. Mahkeme, federal yapıya tehdit oluşturduğu gerekçesiyle, Hindistan Anayasası’nın değiştirilmesiyle ilgili tüm sınırlamaları kaldıran bir anayasa değişikliğini iptal etmiştir.<sup>1079</sup> Bir başka deyişle

<sup>1073</sup> Yazar, anayasadaki anayasa değişikliği sınırlarına hukuksal değerini veren asıl unsurun anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun denetimi olduğunu düşünmektedir. GÖZLER, **Le Pouvoir de...**, t. I, s. 215.

<sup>1074</sup> Dietrich MURSWIEK, “Ungeschriebene Ewigkeitsgarantien in Verfassungen” (10.11.2008 tarihinde Bilkent Üniversitesi’nde düzenlenen toplantıya sunulan yayımlanmamış bildiri), <http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers/murswiek/ewigkeitsgarantie> (21.08.2012 tarihinde ziyaret edildi.), s. 3, aktaran: SAĞLAM, “Anayasa ve...”, s. 580.

<sup>1075</sup> PACTET, **Institutions Politiques...**, s. 296.

<sup>1076</sup> KLEIN, **Théorie et...**, ss. 200-201.

<sup>1077</sup> FAVOREU, “Souveraineté et...”, s. 76.

<sup>1078</sup> 07.11.1975 tarihli 1975 AIR 2299 = 1976 (2) SCR 347 = 1975 Suppl. SCC 1 sayılı karar.

<sup>1079</sup> Aktaran: GENEVOIS, “Les Limites d’Ordre...”, s. 916.

Yüksek Mahkeme, Hindistan Parlamentosu'na Anayasa'nın (federalizmin de dahil olduğu) tüm maddelerini değiştirme yetkisi tanıyan ve böylece temel yapı doktrinini etkisiz kılan bir anayasa değişikliğini iptal etmiştir. Görüldüğü üzere aslında Parlamento tarafından girilen, genel bir çifte değişiklik denemesidir. Ancak Mahkeme buna, yine temel yapı doktrini uyarınca izin vermemiştir.

Sonuç olarak kanaatimizce aşırı şekilci<sup>1080</sup> çifte değişiklik tezi hukuksal mantığa ve aslî kurucu iktidarın egemen iradesine aykırı bir tezdır. Çünkü anayasal bir sınır öngören norm, kendi için de bir sınır koymuş olmakta, bir başka deyişle, kendini de bir değişiklik konusu olmaktan çıkarmaktadır. Zaten bir iktidarın hem sınırlı olduğunu, hem de kendini sınırlayan söz konusu normu kaldırabileceğini söylemek mantıksızdır. Bu iddianın kabulü halinde sınır, yani normatif hüküm aslında yoktur. Oysa böyle bir sınır anayasa metninde vardır, dolayısıyla normatif etkisi de olmalıdır. Bu nedenle sınırlama getiren hükmün kendisi de değişmez niteliktedir.<sup>1081</sup> Kaldı ki, aslında, değişmezlik kuralının normlandırılmasıyla zımnen bu kuralın kendisinin de değişmez olduğu şart koşulmuştur.<sup>1082</sup>

Çifte değişikliğe karşı çıkış nedenlerinden biri de böyle bir değişikliğin anayasa koyucu iradeyi dikkate almama sonucunu doğurmasıdır.<sup>1083</sup> Aslî kurucu iktidar türev kurucu iktidarın dokunamayacağı bir alan yaratmak istemiş ve bu iradesini belli bir madde ile ortaya koymuştur. Parlamentosunun bu maddeyi değiştirmesi veya ortadan kaldırması anayasa koyucu iradeye, dolayısıyla anayasanın ruhuna aykırıdır.<sup>1084</sup>

### (3) Referandum yoluyla

İçinde değişmez maddeler olan bir anayasanın yürürlükte olduğu bir sistemde yalnızca parlamentosunun iradesiyle tümünden yeni bir anayasa yapılmasının ve böylece

<sup>1080</sup> LUCIANI, "Le Contrôle...".

<sup>1081</sup> DEROSIER, "Enquête sur...", ss. 794-795.

<sup>1082</sup> GÖREN Zafer, "Anayasa Koyan Erk ve Anayasa Değişikliklerinin Sınırları", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, yıl 8, S. 16, Güz 2009, s. 6, aktaran: KÜÇÜK, "Yeni Anayasa Yapımı...", s. 211.

<sup>1083</sup> Emin MEMİŞ, "Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 2, 2010, s. 464.

<sup>1084</sup> PACTET, MELIN-SOUCRAMANIEN, **Droit...**, s. 72.

değişmez maddelerin değiştirilmesinin mümkün olmaması gerektiğini yukarıda açıklamaya çalıştık. Buna karşın, halkta yeni bir anayasa iradesi oluşması halinde bunun da engellenebilir bir irade olduğunu sanmıyoruz. Aksi takdirde değişmez maddelerin değiştirilmesi için tek yol olarak ayaklanma, devrim veya hükûmet darbesi gibi hukuksal kesinti yaratan seçenekler bırakılmış olur ki bunun demokrasiye inanan hukukçular tarafından savunulabilmesi, kanaatimizce, mümkün değildir.

Halkta yeni bir anayasa iradesi oluşması halinde bu iradenin hayata geçebilmesi için gerekli çalışmayı yapabilecek kurumlardan ilki, halkın temsilcilerinden oluşması<sup>1085</sup> nedeniyle parlamentodur. Bu iradeyi algılayan parlamentonun, CAN'ın ifade ettiği üzere, yeni bir anayasa hazırlamaya başlaması anında, eski anayasa halen yürürlükte olduğundan dolayı, bir hukuk boşluğu bulunmadığı söylenebilir. Parlamentonun yeni anayasa çalışması yazılı anayasanın dışında başlayan, hukuken varlık kazanmamış bir çalışmadır. Yürürlükteki anayasaya paralel olarak “olmaya” başlar. *“Kabul edildiği anda hukuk dünyasında varlık kazanır ve o anda da eski anayasa ve anayasal düzen tarihe karışır.”*<sup>1086</sup>

Ancak belirtmek gerekir ki, yeni bir anayasanın yazılması veya mevcut anayasadaki değişmez maddelerin değiştirilmesinin talep edilmesi halinde yeni bir devlet kurulmasının söz konusu olduğu kabul edilerek, çalışmamızın ilk kısmında açıklamaya çalıştığımız “demokratik kurucu halkın” devreye girmesi gerekmektedir. İçinde değişmez maddeler bulunan bir anayasanın kurduğu bir düzende yapılacak bir “yeni anayasa referandumu” aslı kurucu iktidarın yeniden ortaya çıkması anlamına gelecektir. Ancak bunun için çeşitli yöntemlerle halkın yeni anayasa yazım sürecine aktif katılımı ve demokratik usullere uyulmuş bir referandum süreci kanaatimizce olmazsa olmaz şartlardır.

Nitekim Yunanistan'da, 1952 Anayasası'nda “Helen Devleti'nin monarşik yapısının değişiklik konusu yapılamayacağına” dair bir düzenleme mevcutken 8 Aralık 1974 tarihinde yapılan referandumla söz konusu düzenleme değiştirilmiştir.<sup>1087</sup> Ancak o günkü şartlara bakıldığında, cunta yönetiminin yıkıldığı ve ülkenin rejiminin bir belirsizlik içerisine girdiği görülecektir. Dolayısıyla o

<sup>1085</sup> Seçim sistemlerindeki anti-demokratik unsurlarla ilgili çekincelerimiz burada da geçerlidir.

<sup>1086</sup> CAN, **Kurucu İktidar**..., ss. 65-66.

<sup>1087</sup> GENEVOIS, “Les Limites d'Ordre...”, s. 916.



tarihte, aslı kurucu iktidarın ortaya çıkmasını gerektiren bir durum halihazırda mevcuttur. Nitekim Yunanistan halkı, kurucu halk sıfatıyla düzenlediği referandum sonucunda yaklaşık %70 oyla değişmez nitelikteki monarşik yapının değiştirilerek yerine cumhuriyet rejiminin tesis edilmesine karar vermiştir.

Bizim türev kurucu iktidar olarak adlandırdığımız iktidarın kuruculuk değil, yalnızca değiştirme iktidarı olduğunu düşünen BEAUD dahi, çalışmamızın ilk bölümünde ifade ettiğimiz üzere, referandum yoluyla anayasada ve siyasal rejimde yapılan değişikliklerin aslı kuruculuk niteliği taşıdığını kabul etmektedir. Buna örnek olarak yazar, 1962 yılında Fransa’da referandum yoluyla ülkenin rejiminin cumhurbaşkanı merkezli bir rejime dönüşmesini göstermektedir.<sup>1088</sup>

KLEIN da Fransa Anayasası’ndaki değişmez maddenin referandumla veya parlamento eliyle değiştirilmesi arasında kesin bir ayırım yapmaktadır. Yazara göre, “*ola ki referandum yoluyla ülkede monarşi tesis edilirse, bu gerçeği kabul etmekten başka bir çare yoktur*”.<sup>1089</sup> Ancak yazar, söz konusu değişikliğin parlamento tarafından yapılması halinde Anayasa Konseyi’nin, Maastricht II kararına uygun olarak, devreye gireceğini iddia etmektedir.<sup>1090</sup>

(a) *Referandumun anayasa mahkemesinin denetim yetkisi dışında olması*

Parlamento tarafından yapılan anayasa değişikliklerinin anayasallık denetiminin yapılabilmesini savunan yazarlar dahi değişikliğin bir referandumla yapılması halinde anayasa mahkemesi tarafından denetlenemeyeceğini ifade etmektedir.<sup>1091</sup> Anayasaların özünü oluşturan tüm maddelerin değişmez nitelikte olduğunu savunan SCHMITT bile “(*...*) *yeter ki millet istesin*”<sup>1092</sup> diyerek halkın

<sup>1088</sup> BEAUD, *La Puissance*..., ss. 383-384.

<sup>1089</sup> Karşıt görüş için bkz: DOEHRING, *Genel Devlet*..., s. 161. DOEHRING Fransa Anayasası’nın cumhuriyetin hiçbir kayıt ve koşul ile ortadan kaldırılamayacağını ve hatta halkoyu yoluyla dahi değiştirilmesinin mümkün bulunmadığını hükme bağladığını iddia etmektedir. Ancak Anayasa metninde halkoyu yoluna ilişkin bir düzenleme bulunmadığı gibi, yukarıda aktarıldığı üzere, Fransa Anayasa Konseyi’nin kendinde referandumları denetleme yetkisi bulmaması nedeniyle değişmez maddelerin halkoyu yoluyla değiştirilmesine açık kapı bırakıldığı söylenebilir. Yazarın ifade ettiği düşünceye nasıl ulaştığı eserinde açıklanmamaktadır.

<sup>1090</sup> KLEIN, *Théorie et...*, s. 172.

<sup>1091</sup> Örneğin FAVOREU, PHILIP, *Les Grandes Décisions*..., 9<sup>e</sup> éd., s. 828.

<sup>1092</sup> SCHMITT, *Théorie de la...*, s. 215.

istememesi halinde yeni bir sistemin kurulması için şekil şartlarıyla bağlı olunmadığını düşünmektedir.

Somut düzenlemelere bakıldığında da görülmektedir ki referandumun içeriğinin anayasaya aykırılığı kabul edilmemektedir. Örneğin İtalya Anayasası'nın 134. maddesini tamamlayan 11 Mart 1953 tarihli ve 1 numaralı anayasal yasa İtalya Anayasa Mahkemesi'ne "bir yasanın iptal edilmesi amacını taşıyan tüm referandum taleplerinin kabul edilebilirliğini" denetleme yetkisi tanımaktadır. Ancak dikkat edilmesi gerekir ki İtalya Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi referandum talebinin usûlüyle ilgilidir, referandumun içeriğiyle ilgili değil.

Fransa Anayasası'nın 60. maddesi de Anayasa Konseyi'ne referandum işlemlerinin düzgün yapılıp yapılmadığının denetimi ve sonuçların açıklanması konusunda yetki vermektedir. Referandum öncesinde (görüş bildirme), sırasında (sahadaki görevlileri aracılığıyla) ve sonrasında (sayım ve sonuçların açıklanması) yapılan söz konusu denetim değişikliğe dair kanunun *varlığıyla* ilgili bir denetimdir; Anayasaya *uygunluğuyla* ilgili değildir. Bu konuda ne Anayasa Konseyi'ne ilişkin metinler, ne de Anayasa'nın ruhu Konsey'e böyle bir yetki vermiştir.<sup>1093</sup>

Buna karşın, parlamento tarafından oylanan anayasa değişikliklerinin anayasa mahkemesi tarafından şekil açısından denetlenebileceğini kabul eden ÖZBUDUN, bir anayasa değişikliği için başvuru halkoylamasında milyonlarca seçmenin katılımıyla sağlanmış olan "kabul" kararının varsa önceki sakatlıkları gidermesini beklemekte ve bu nedenle anayasa mahkemesinin halkoylamasında kabul edilmiş olan bir anayasa değişikliği üzerinde artık denetimde bulunmaması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>1094</sup> Dolayısıyla ÖZBUDUN'a göre bir kez halk onayı varsa artık referandum sonucu hiçbir şekilde etkisiz hale getirilemez.

Fransa Anayasa Konseyi, millî egemenliğin doğrudan ifadesi olduğu gerekçesiyle referandum yoluyla kabul edilen tüm değişiklikleri denetim alanının dışında görmektedir. Bu gerekçeyle, referandumla kabul edilmiş bir anayasa değişikliğinin<sup>1095</sup> ve Avrupa Birliği anlaşmasının imzalanmasına izin veren bir kanunun<sup>1096</sup> Fransa Anayasası'na uygunluk denetimini yapmayı reddetmiştir.

<sup>1093</sup> TURPIN, *Contentieux...*, s. 90.

<sup>1094</sup> ÖZBUDUN, *Türk Anayasa...*, s. 181.

<sup>1095</sup> 6 Kasım 1962 tarihli no: 62-20 DC kararı

<sup>1096</sup> 23 Eylül 1992 tarihli no: 92-213 DC kararı

Anayasa Konseyi'nin 6 Kasım 1962 tarihli kararında ilkesel bir duruş sergilenmiş<sup>1097</sup> ve denetime tâbi kanunların ancak Fransa Parlamentosu tarafından kabul edilenler olduğu, millî egemenliğin doğrudan ifadesi olan referandumla kabul edilenlerin denetlenemeyeceği belirtilmiştir.<sup>1098</sup> Konsey'in bu görüşü, anayasa değişikliklerinin denetimine taraftar olan yazarlar da dahil olmak üzere genel olarak olumlu karşılanmış ve desteklenmiştir.<sup>1099</sup> EMERI, yapılan ayrımı doğru bulmakta ve söz konusu kararla Konsey'in anayasa koyucu tarafından kendine verilen “parlamentonun işlemlerini rasyonelleştirmek” rolünün dışına çıkmak niyetinde olmadığını gösterdiğini ifade etmektedir.<sup>1100</sup>

Buna karşın, belirtmek gerekir ki, Anayasa Konseyi'nin yapısı ve işleyişine dair organik kanunun<sup>1101</sup> 46. maddesinde hükümete, referandum işlemlerinin organizasyonu konusunda danışma zorunluluğu getirilmiştir. Konsey'in bundan yararlanarak bir anayasa değişikliğinin sürecin en başından itibaren Fransa Anayasası'na aykırı olduğunu iddia edip edemeyeceği bir soru işaretidir.<sup>1102</sup> Şimdiye kadar Anayasa'nın değişmez maddeleriyle doğrudan ilgili herhangi bir anayasa değişikliği referandumu süreci yaşanmamıştır. Böyle bir değişikliğin gündeme gelmesi halinde Konsey'in nasıl bir tavır alacağı merak konusudur. Zira bu halde referanduma sunulan değişiklik, aslî kurucu iradeye aykırı bir düzenlemedir.

Bu aşamada hatırlanması gereken farklı bir durum Türkiye'de 2010 yılında yaşanmıştır. Anayasa Mahkemesi, referanduma sunulmak üzere Resmî Gazete'de yayınlanmış olan 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı anayasa değişikliğine ilişkin kanunu esastan incelemiş ve henüz referandum yapılmadan sekiz hükmünün Türkiye Anayasası'nın değişmez maddelerine aykırı olduğuna karar vererek iptal etmiştir.<sup>1103</sup> Referanduma anayasa değişikliğine ilişkin kanun teklifinin bazı hükümleri iptal edilmiş bu son hali sunulmuştur. Ancak karar incelendiğinde görülmektedir ki davayı açan anamuhalefet partisinin dilekçesinde ve karşıoy yazılarında anayasa

<sup>1097</sup> Philippe BLACHER, “Le Conseil Constitutionnel En Fait-il Trop?”, **Pouvoirs**, no. 105 (Conseil Constitutionnel), 2003, s. 23.

<sup>1098</sup> 6.11.1962 tarihli ve CC 61-20 DC numaralı karar, 2.paragraf, FAVOREU, PHILIP, **Les Grandes Décisions...**, 9<sup>e</sup> éd., s. 185.

<sup>1099</sup> RENOUX, VILLIERS, **Code...**, s. 624;

<sup>1100</sup> EMERI, “Gouvernement des...”, s. 342. Aynı yönde bkz: ROBERT, “La Forme...”, ss. 360 ve 364.

<sup>1101</sup> Ordonnance no. 58-1067 (7 Kasım 1958), [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/textes/ordonnance58\\_1067.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/textes/ordonnance58_1067.pdf) (04.09.2013 tarihinde ziyaret edildi.)

<sup>1102</sup> RENOUX, VILLIERS, **Code...**, s. 625.

<sup>1103</sup> 07.07.2010 tarihli ve E. 2010/49, K. 2010/87 sayılı karar.

değişikliğine ilişkin söz konusu kanunun referanduma sunulmuş olmasıyla ilgili tespitler yapılmış olmasına karşın Mahkeme, karar gerekçesinde bu konuya hiç değinmemiştir. Anayasa Mahkemesi, Resmî Gazete’de yayınlanan metnin referanduma sunulacak olmasını göz ardı ederek metnin anayasallığını diğer anayasa değişikliğine ilişkin kanunlarla aynı gerekçelerle denetleyebileceğine karar vermiştir.<sup>1104</sup>

Buna karşın Anayasa Mahkemesi’nin bu kararının hukuksal sonucunun diğer kararlarından daha farklı olduğu düşünülebilir: Mahkeme, diğer iptal kararlarında olumsuz bir kuruculuk yaparken, henüz referanduma sunulmamış bir anayasa değişikliğine ilişkin kanun üzerinde bazı hükümleri iptal ederek değişiklik yapmak suretiyle tam anlamıyla bir türev kurucu iktidar haline gelmiştir. Mahkeme’nin bazı hükümlerin iptaline yönelik kararının etkisi, iktidar veya muhalefet partilerinin meclis görüşmeleri sırasında yaptıkları etkiden farklı değildir. İradesinin Mahkeme tarafından değiştirilmesine itiraz etmeyerek referandum sürecini devam ettiren yasama organı da bu durumu zımnî şekilde desteklemiştir. Ancak kanaatimizce bu durum, ileride, bir anayasa değişikliğine ilişkin kanunun referandum öncesinde tümünden iptal edilmesi ve aslî kurucu iktidarın iradesini ifade edebilmesinin Anayasa Mahkemesi eliyle engellenmesi tehlikesine kapı aralamıştır. Böyle bir olasılıkta, ne kadar demokratik şekilde düzenlenirse düzenlensin, değişmez maddelerin referandumlar yoluyla değiştirilmesi imkânsız hale gelecektir.

*(b) Değişmez maddelerin referandumla değiştirilebilirliğinin eleştirisi*

Referandum konusunun doğrudan Fransa Anayasası’ndaki değişmez nitelikteki “cumhuriyetçi yapı”yla ilgili olması halinde, bu referandumun Anayasa Konseyi’nin denetim yetkisine girip girmediği tartışmalıdır. Hemen yukarıda ifade ettiğimiz gibi, henüz bu konuda verilmiş olan bir değişiklik önerisi ve bu nedenle Anayasa Konseyi tarafından alınmış bir karar olmamakla birlikte, değişmez maddeyi değiştiren bir referandumun denetlenip denetlenemeyeceği hukukçular arasında tartışılmaktadır.

---

<sup>1104</sup> Bknz: Kararın “E- 5982 Sayılı Kanun’un 8., 14., 16., 19., 22., 25. ve 26. maddelerinin Anayasa’nın 4. Maddesinde Öngörülen Teklif Yasağı Kapsamında İncelenmesinin Anayasa Mahkemesinin Yetkisinde Olup Olmadığı Ön Sorunu” başlıklı bölümü.

Referandumda halkın çoğunluğuyla kabul edilen bir kanunun veya anayasa değişikliğinin, yerindelik denetimine sapılmadan, tamamen hukuksal nedenlerle dahi olsa anayasaya aykırı bulunup iptal edilmesi halinde anayasa mahkemesinin (Fransa örneğinde Anayasa Konseyi), bir meşruiyet kriziyle karşılaşması muhtemeldir. Meşruiyeti tartışılan bir yargılama makamının kararlarının uygulanma ihtimali gittikçe azalacaktır. Bu da anayasa yargısının o ülkede güçsüzleşmesi anlamına gelecektir.<sup>1105</sup>

Hukuksal açıdan bakıldığında referandumların denetlenmesinin önünde iki önemli engel olduğu görülmektedir. Bunlardan ilki Anayasa Konseyi'nin referandum kararlarını iptal etmekteki isteksizliği, diğeri ise “gerçek” egemenin sınırlanmasının teorik olarak imkânsızlığıdır: BLACHER'e göre “*egemenliğin zilyedi halk olduğu için, onun tarafından doğrudan icra edilen bir anayasa değişikliği denetlenemez bir egemenlik eylemidir*”.<sup>1106</sup>

Nitekim Anayasa Konseyi, 2003 tarihli kararıyla<sup>1107</sup> tartışmaya son vermiş ve anayasa değişikliklerinin denetim yetkisi kapsamında olmadığına hükmetmiştir. Böylece “Parlamento tarafından kabul edilen kanunlar” sözünden anlaşılması gerekenin yalnızca “referandumda kabul edilen kanunların denetim dışında tutulması gerekliliği” olduğu yönünde bir kanaat oluşmuştur.<sup>1108</sup>

Fransa Anayasa Konseyi, söz konusu kararla kendini, aralarında Parlamento'nun da bulunduğu “kamu kuvvetlerinin işlemlerini kurallara bağlayan bir organ” haline sokmuş, ancak “millet egemenliğinin doğrudan ifade edildiği bir referandum sonucu halk tarafından kabul edilmiş” yasaları iptal edebilen bir organ olmaktan da alıkoymuştur. Aslında Fransa Anayasası, millet iradesinin doğrudan veya Parlamento aracılığıyla ifade edilmesi arasında hiyerarşik bir fark görmemektedir. Ancak, açıktır ki, ifadelerden biri, işlemleri denetlenebilen kurulu bir

<sup>1105</sup> Ancak bunun referandumla ilgili hukuksal değil, sosyolojik bir gerçek olduğunun altını çizmek gerekir.

<sup>1106</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, s. 119. Buna karşın BLACHER, böyle bir kabulün referandumla ortaya çıkan anayasa koyuculuğun, parlamento (Fransa'da Kongre) tarafından gerçekleştirilen anayasa koyuculuktan üstünlüğünü gerektireceğini; ancak referandumla kabul edilen bir anayasa kuralının daha sonra parlamento tarafından iptal edilebilmesi nedeniyle aslında bu iki tür anayasa koyuculuğun eşit seviyede olduğunu; bunun da bir çelişki doğurduğunu ifade etmektedir. BLACHER'e göre Anayasa Konseyi'nin 2 Eylül 1992 tarihli kararı, referandumla kabul edilen anayasa değişikliklerinin de anayasallık denetimine dahil edilmesi gerektiği şeklinde okunmalıdır. Bknz: BLACHER, *a. g. e.*, ss. 120-121.

<sup>1107</sup> 29 Mart 2003 tarihli no. 2003-469 sayılı karar.

<sup>1108</sup> Bknz: MAILLARD DESGREE DU LOÛ, “Le Pouvoir...”, s. 730.

iktidar yani Parlamento'dan, diğeri ise, iradesini doğrudan açıklaması halinde Anayasa Konseyi'nin karşı çıkma ihtimali olmayan kurucunun kendinden kaynaklanmaktadır.<sup>1109</sup> İkinci durumda Konsey'in karşı çıkmasını engelleyen karşısındaki iradenin egemen irade olmasıdır. İşte bu fark nedeniyle Fransa'da, referandumla kabul edilen kanun veya anayasa değişikliklerinin, Anayasa'ya aykırılık gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi mümkün değildir.

BLACHER'e göre ise bir kanunun hukuksal değerinin anayasaya uygunluğuna bağlı olduğunun kabul edilmesi halinde, anayasallık denetiminin yalnızca parlamentoda kabul edilen kanunlara indirgenmesi için mantıklı hiçbir gerekçe kalmamaktadır.<sup>1110</sup> Anayasacılığın bir gereği olarak anayasanın genel iradeyi en doğru şekilde yansıtan metin olduğu iddia ediliyorsa bu, referandum sonucunda kabul edilen kanunların ve anayasa değişikliklerinin denetlenemeyeceği düşüncesiyle çelişir.<sup>1111</sup> Çünkü hem referandumla kabul edilen kanunlar, hem de anayasa değişikliğine ilişkin kanunlar, normlar hiyerarşisi çerçevesinde, anayasa-altı'dır ve anayasaya göre denetlenebilmelidir. Bir kez bu ikisinin ayrı ayrı denetlenebilir olduğu kabul edildiğinde, iki sürecin birleştiği hal olan "referandumla kabul edilen anayasa değişikliklerinin" de denetlenebilir olduğunun kabul edilmesi doğal bir sonuçtur. Ancak belirtilmesi gerekir ki bu son hal, anayasacılık düşüncesinin en uç sınırını teşkil etmektedir.

BLACHER, bir kanunun kabul edilmesi için referandum yolunun kullanılmasının, parlamento tarafından kabul edilmesine bir alternatif olarak algılanması halinde "yasamayı yapan halkın" egemen olanla karıştırılmaması gerektiğini düşünmektedir.<sup>1112</sup> Böylece yazar güncel halkın referandum yoluyla doğrudan bir yasama işlemi yapması halinde dahi (buna anayasa değişikliğine ilişkin kanun da dahil kabul edilmelidir) egemen hale gelemeyeceğini, tek egemen olan kurucu halkın iradesinin korunmaya devam etmesi gerektiği uyarısında bulunmaktadır.

---

<sup>1109</sup> TURPIN, *Contentieux...*, s. 92.

<sup>1110</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, s. 105.

<sup>1111</sup> BLACHER, *a. g. e.*, s. 106.

<sup>1112</sup> BLACHER, *a. g. e.*, s. 24.

Buna bağılı olarak BLACHER, Konsey'in ilkesel duruşunun kanunların hukuk düzenine eklenme usulüne de aykırı olduğunu düşünmektedir. *“Oylanan diğer kanunlar gibi referandumla kabul edilen kanunlar da hukuk düzenine kökenleri itibariyle değil (referandum veya parlamento oylaması) ama nitelikleri itibariyle (olağan, organik veya anayasal) eklenmektedir. Diğer bir deyişle, olağan bir kanunun kurallar kademelenmesindeki yeri içeriğine göre belirlenmektedir.”*<sup>1113</sup> Dolayısıyla yazara göre, halkoylaması yoluyla da kabul edilse bir anayasa değişikliği kanunıyla yapılan düzenleme anayasadaki değişmez maddelerin hiyerarşik olarak altında kalacağı için denetlenebilir konumdadır.

Anayasa Konseyi'nin ilkesel olarak aldığı pozisyon BLACHER'e göre anayasacılıkla mantıksal bir çelişki içerisinde. <sup>1114</sup> Yazar bu çelişkinin nedenini şu şekilde ortaya koymaktadır: *“1958 Fransa Anayasası'nın 3. maddesine göre ‘millî egemenlik, onu temsilcileri vasıtasıyla veya referandum aracılığıyla doğrudan kullanan halka aittir.’ Bir başka deyişle genel irade, halk tarafından ya temsilcileri aracılığıyla ya da doğrudan kendisi tarafından ortaya konur. Anayasa bu ikisi arasında herhangi bir fark görmemiştir. Anayasa Konseyi'nin, 23 Ağustos 1985'te verdiği ünlü kararında ‘genel iradenin ancak ve ancak anayasaya saygı göstermesi halinde ifade edilebileceğini’ belirttiğini hatırladığımızda karşımıza şu sonuç çıkar: Genel iradeyi kim, nasıl ifade ederse etsin, anayasaya saygı göstermek zorundadır. Buna genel iradeyi referandum yoluyla doğrudan ifade eden halk da dâhildir. Zira referandumla kabul edilen kanunlar da, Anayasa Konseyi'nin korumakla yükümlü olduğu hukuk devletiyle uyumlu olmak zorundadır.”*<sup>1115</sup> Bu da demektir ki, Konsey'in referandumla kabul edilen kanunları da esastan denetleme yetkisi olduğu yine Konsey'in kararlarından çıkmaktadır.<sup>1116</sup>

Nitekim Federal Almanya Yüksek Mahkemesi 12 Ekim 1993 tarihinde Maastricht Anlaşması'nın imzalanmasının Anayasa'ya uygun olup olmadığına dair verdiği kararda Anayasa'nın değişmez maddelerinden olan bireysel hakları ihlal edecek bir anayasa değişikliğinin referandumla dahi kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme bireysel hakların Almanya Anayasası'nın 79. maddesinin 3. fıkrası uyarınca Anayasa'nın çekirdeğini oluşturduğunu ve *“böylece değiştirme*

<sup>1113</sup> BLACHER, “Le Conseil...”, s. 24.

<sup>1114</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, s. 106.

<sup>1115</sup> GICQUEL, “Démocratie Continue...”, p. 155.

<sup>1116</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, s. 108.

*yetkisine sınır getirdiğini ve Anayasa'nın korunan çekirdeğine aykırı anayasa değişikliği referandumu yoluyla meşrulaşmasını biçimsel olarak reddettiğini*" ifade etmiştir.<sup>1117</sup>

Görüldüğü üzere, yalnızca değişmez maddelerin değiştirilmesine dair düzenlenen bir referandumun anayasa mahkemesi tarafından esastan denetlenip denetlenemeyeceği son derece karmaşık bir konudur. BLACHER'in öne sürdüğü düşüncelerin ve Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin temel hak ve özgürlükleri koruyucu bakış açısının son derece önemli ve hukuk mantığına uygun olduğunu kabul etmekle beraber, Yunanistan'da yaşanan deneyim ve Fransa Anayasa Konseyi'nin referandumlara ilişkin "egemenin yeniden ortaya çıktığına" dair görüşü bizi referandumların esastan denetlenememesi gerektiği düşüncesine yönlendirmektedir.

Yalnızca değişmez maddelerin değil de anayasanın referandum yoluyla tümünden değiştirildiği hallerde ise, kanaatimizce, aslî kurucu iktidarın yeniden ortaya çıktığı ve eski anayasal düzene ait olan anayasa mahkemesinin artık bu referandumu, anayasada değişmez maddeler bulursa dahi, esastan denetleyemeyeceğini düşünmekteyiz. Zira artık anayasa mahkemesi, eski anayasal düzenin tüm kurumlarıyla birlikte yetkisiz hale gelmiş ve dağılmıştır. Referandumun olumlu sonuçlanması halinde yeni bir anayasal düzen kurulmuştur. Oluşacak yeni anayasa mahkemesinin görevi ise işte bu yeni düzeni korumaktır.

Bu noktada karşımıza çıkan en önemli husus, değişmez maddeleri değiştiren veya anayasayı tümünden yenileyen referandumun demokrasi ve insan hakları ilkelerine uygun olarak düzenlenip düzenlenmediğidir. Referandumun demokratik bir şekilde düzenlenmesi halinde hukuksal kesinti yaşanmadan ve meşruiyet krizi doğmadan bir geçiş mümkün hale gelecekken, aksi bir ihtimalde uzun yıllara yayılacak bir anayasal sorunlar yumağıyla karşılaşmak büyük bir olasılık olarak karşımıza çıkacaktır.

---

<sup>1117</sup> 12.10.1993 tarihli karar, BVerfGE, vol. 89, R., s.155; aktaran: BLACHER, *Contrôle de...*, s. 114.



*(c) Değişmez maddeleri değiştiren referandumların demokratikliği*

BLACHER'in, referandumla kabul edilen kanunların da Anayasa Konseyi tarafından anayasallık denetiminden geçirilmesini talep ederken referandum yoluyla Anayasa'daki değişmez maddelere aykırı değişikliklerin yapılabileceği ve bunun da "anayasanın yok sayılması" anlamına geleceği korkusundan hareket ettiği görülmektedir.<sup>1118</sup> Bu korkunun yersiz olmadığı ortadır.

Gerçekten de hem halkın kendi iradesiyle, hem de Anayasa Konseyi'nin denetiminden kaçmak isteyen yasama organının yönlendirmesiyle referandum Anayasa'ya aykırı kanunların kabul edilmesi için bir yöntem olarak kullanılabilir. Ancak kabul etmek gerekir ki, Fransa Anayasa'sının 3. maddesinde millî egemenliğin halk tarafından kullanılma yöntemleri olan temsilciler ve referandum arasında fark gözetilmemiş olması, gerçekten bunlar arasında bir fark olmadığı anlamına gelmez. Referandum, temsili parlamenter rejimi doğrudan demokrasiye yaklaştıran ve karar alma yetkisini –genelde temsilciler tarafından belirlenmiş belli bir konuda da olsa- halka bırakan bir yöntemdir. Bir başka deyişle referandumda temsilci aradan çekilir ve halk kendine uygulanacak kuralı yine bizzat kendi oylar. Bu, günümüzde, doğrudan –ve aslında gerçek- demokrasiye en fazla yaklaşabildiğimiz andır.<sup>1119</sup>

GENEVOIS da, anayasa değişikliğinin referandum yoluyla yapılması halinde anayasallık denetimi yapılmasını gerektiren bir konu olmadığı düşüncesindedir. Yazara göre, cumhuriyetçi yapının değişmezliğini düzenleyen Anayasa'nın 89. maddesinin beşinci fıkrası metninin lafzî yorumunun yapılması halinde, söz konusu düzenlemede belirtilen içerik şartına saygıyı sağlayacak bir denetimin yapılması anlamsız olacaktır. GENEVOIS, Konsey'in yalnızca, Anayasa'nın 60. maddesinden kaynaklanan yetkisiyle usul denetimi yapabileceğini savunmaktadır.<sup>1120</sup> Ancak yazar, neden içerik denetiminin anlamsız olacağını açıklamamaktadır. Kanaatimizce

<sup>1118</sup> BLACHER, a. g. e., s. 107.

<sup>1119</sup> Referandumlar her ne kadar doğrudan demokrasiye yaklaşırsa da sonucu itibariyle çoğunluk demokrasisine yol açmaktadır. Bu nedenle referandumlar azınlıkların temel haklarının ihlal edilmesi ihtimalini bünyesinde barındırmaktadır. Günümüz liberal anlayışında insan haklarının referandumlar eliyle yok edilmesini engellemek amacıyla temel hakların referandum konusu yapılmaması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Aynı genel kabulün anayasa referandumlarında da uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.

<sup>1120</sup> GENEVOIS, "Les Limites d'Ordre...", s. 919.

yazarın gerekçesi Konsey'inkiyle paraleldir: Aslı kurucu iktidarın ortaya çıktığı ve egemenliği nedeniyle denetlenemeyecek olması.

Biz de bu son görüşe katılmaktayız. Fransa Anayasa Konseyi'nin belirttiği gibi halkın temsilciler olmaksızın yani doğrudan yasama yapması gerçek egemenin ortaya çıkması anlamını taşımaktadır. Egemenin üzerinde onu sınırlayacak ve denetleyecek bir organ olamayacağına göre referandumun esas denetiminin yapılması da kanaatimizce mümkün değildir. Dolayısıyla Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği üzere bu yolla değişmez maddelerin değiştirilmesi mümkündür ve hatta referandum değişmez maddelerin meşru şekilde değiştirilmesi için tek yoldur. Fakat yine de bunun “hukuk-ıçî” bir yol olduğu tartışmalıdır; zira aslı kurucu iktidar ortaya çıkmış olacak ve değişmez maddenin değişmesiyle mevcut anayasal düzen yıkılıp barışçıl yolla yenisi tesis edilmiş olacaktır.

Ancak eklemek gerekir ki referandumun esas denetimi yapılamazsa da şekil denetimi yapılabilir. Çünkü, aksi yönde düşünce ifade eden ÖZBUDUN'un yukarıda aktardığımız iddiası kabul edildiği takdirde anti-demokratik yöntemlerle organize edilen, iktidarı elinde bulunduranlarca baskı ve tehdit yoluyla plebisit halini alan<sup>1121</sup> veya referandumların genel ilkelerine aykırı bir şekilde vatandaşlara farklı konular için tek bir oy hakkının verildiği<sup>1122</sup> referandumlar da, vatandaşların serbest oy hakkı çeşitli açılardan ihlal edilmiş olsa da iptal edilemez hale gelecektir. Ancak bunun ne temel hak ve özgürlüklerle ne de demokrasiyle bağdaşması mümkün değildir.

Kaldı ki çalışmamızın ilk kısmında ifade ettiğimiz üzere, değişmez maddelerin hukuksal olarak bağlayıcı kabul edilebilmesi için girdi meşruiyeti önemli bir kısıttır. Bunun sağlanabilmesi için de aslı kurucu iktidarın demokratik şekilde hayat bulması ve faaliyette bulunması gerekmektedir. Yeni değişmez maddelerin yaratılmasında gerekli olan girdi meşruiyeti mevcut değişmez maddelerin değiştirilmesi için de zorunlu bir unsur kabul edilmelidir. Bu nedenle değişmez maddelerin değiştirileceği referandumun mümkün olan en demokratik şekilde düzenlenmesi ve işletilmesi gerekir. Bu konuda Venedik Komisyonu olarak bilinen

<sup>1121</sup> Örneğin 1982 Türkiye Anayasası'nın kabul referandumu.

<sup>1122</sup> Örneğin 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Anayasası'nın bazı maddelerinin değiştirilmesine ilişkin kanunla ilgili olarak düzenlenen referandum. Referandumlarda konunun teklifi ilkesine ilişkin olarak bkz: Serkan KÖYBAŞI, “Referandumlarda Konunun Teklifi İlkesi”, **Güncel Hukuk Dergisi**, S. 5/77, Mayıs 2010.

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu'nun 2009'da yayınlamış olduğu “*Code of Good Practice on Referendums*”<sup>1123</sup> (Referandumlarda İyi Uygulama Kodu) mutlaka uyulması gereken bir referans kaynağıdır.

---

<sup>1123</sup> Study No. 371/2006 (20 January 2009), [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2007\)008rev.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2007)008rev.aspx) (04.09.2013 tarihinde ziyaret edildi.)

## SONUÇ

Anayasa, aslî kurucu iktidarın iradesinin vücut bulmuş halidir; bu nedenle, bir “kurucu anlaşma”<sup>1124</sup> olarak kabul edilmelidir: Anayasa, birlikte yaşamayı mümkün kılan ilke ve değerleri belirler.<sup>1125</sup> Kimi aslî kurucu iktidarlar, birlikte yaşamayı mümkün kılan bu ilke ve değerlerin, basit parlamenter çoğunluklara dayanan türev kurucu iktidarlar tarafından günlük politikalar doğrultusunda değiştirilmesini engellemek adına bazı değişmez maddeler belirlemiştir.

Elbette ki değişmez maddeleri belirleyen aslî kurucu iktidarın niteliği, değişmezliğin hukuksal değeri üzerinde etkilidir. Toplum mühendisliği amacındaki anti-demokratik kuruculuk faaliyetinin sonucu olarak ortaya çıkan değişmez maddelerin demokratik şekilde belirlenmiş türev kurucu iktidarı bağlaması, değişmezlik mantığının temelindeki demokrasi ve insan haklarının korunması çabasına aykırıdır. Bu nedenle, özellikle anti-demokratik aslî kuruculuk döneminden geçmiş ülkelerin anayasalarındaki değişmez maddeler, anayasa mahkemeleri tarafından girdi, çıktı ve sına meşruiyeti testlerine tabi tutulmalı ve hukuksal değerleri buna göre belirlenmelidir. Günümüzde yazılacak yeni bir anayasadaki değişmez maddelerin hukuksal bağlayıcılığı ancak demokratik bir anayasa yazım sürecinin ardından olabilir. Zira günümüzde, okuma-yazma ve eğitim seviyesinin genel olarak yükselmesinin yanında yeni anayasanın muhatabı olacak tüm insanlara ulaşmak açısından iletişim olanakları ve teknoloji son derece yeterlidir. Buna rağmen halkın katılmasının engellendiği veya istenmediği bir süreç sonucunda ortaya çıkacak anayasadaki değişmez maddeler, büyük bir ihtimalle, hem birleştirici olamayacak, hem de girdi meşruiyeti eksikliği nedeniyle bağlayıcılıkları sorgulanır bir hale gelecektir.

---

<sup>1124</sup> D. ROUSSEAU, “Une Résurrection:...”, s. 5.

<sup>1125</sup> BLACHER, *Contrôle de...*, ss. 65-66.

Aslî kurucu iktidarın tam anlamda demokratik olarak ortaya çıkabilmesi için dışlayıcı değil, kapsayıcı bir süreç yürütülmeli ve toplumu oluşturan hiçbir kesim sürece katılımdan mahrum bırakılmamalıdır. Ancak bu halde “kurucu halk” ortaya çıkarak ortak yaşama kurallarını özgürce belirleyebilir.

Kurucu halkın, inşa ettiği yeni devletin temel kurallarını belirleme ve bunların değiştirilmesini meşru şekilde yasaklama yetkisi onun kuruculuk sıfatından kaynaklanır. Emek ve mücadele vererek yeni hukuk düzenini yaratan halkın, siyasi sistem, demokrasi ve temel haklar gibi bazı temel unsurların daimi olması yönündeki iradesi kendinden sonra gelen ve hiyerarşik olarak daha altta olan türev kurucu iktidarlara bağlar. Böylece yasama organında oluşabilecek büyük çoğunlukların dahi kendi çıkarları doğrultusunda otoriter ve totaliter rejimler yaratması daha en baştan hukuksal yollarla engellenmiş olur.

Kabul etmek ve gözden kaçırmamak gerekir ki, içerisinde değişmez madde olmayan ve buna karşın oldukça iyi şekilde işleyen bir çok anayasal sistemin bulunmasından anlaşılacağı üzere değişmezlik anayasal bir gereklilik değildir. Ancak öte yandan meşru tarihsel nedenlerle bazı anayasal sistemlerde değişmez madde ve ilkelerin varlığı açıklanabilir ve bunlar ulusal anayasal sistemin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır.<sup>1126</sup>

Demokratik olduğu iddia edilen bir tavırla türev kurucu iktidarların bunlarla bağlı olmadığını veya anayasa mahkemesinin bu sınırları korumasının yetki aşımı olduğunun savunulması, tarihsel nedenlere ve değişmezlik mantığına aykırıdır. Çünkü anayasal sistemin bir parçası olan değişmez maddelerin yegâne görevi türev kurucu iktidarı sınırlamak ve anayasa mahkemesinin görevi de kurucu iradenin yansımaları olan bu maddelere saygının devamlılığını sağlamaktır. Denetim, sınırlamanın bir sonucudur. Zira bir konuda “sınır vardır” diyen, bu sınıra saygıyı sağlayacak denetimi de kabul etmiş demektir.<sup>1127</sup> Özellikle de değişmezlikle getirilen sınırların demokrasinin korunması için gerekli olduğunun yaşanan acı deneyimlerle artık apaçık ortaya çıktığı günümüzde, değişmez maddelerin hukuksal değerden mahrum olduğunu iddia etmek demokratik bakış açısıyla uyum içerisinde değildir.

<sup>1126</sup> Commission de Venice, **Rapport sur l'Amendement Constitutionnel**, (Venice 11-12 Décembre 2009), CDL-AD (2010) 001, § 217.

<sup>1127</sup> CANEDO, “L'Histoire d'Une...”, s. 775.

1989'da, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nin 200. yılı nedeniyle yapılan törende konuşan dönemin Fransız Anayasa Koneyi Başkanı Robert BADINTER çok haklı bir soru sormuştur: “*Ya kurucu iktidarın bile ortadan kaldıramayacağı değiştirilemez özgürlükler olmasaydı?*”<sup>1128</sup> Bu halde basit veya nitelikli parlamenter çoğunluklar, sınırsız bir özgürlükten yararlanarak siyasal, etnik, kültürel, dinsel, cinsel, vb. tüm azınlıkların haklarını kendi çıkarı ve dünya görüşü doğrultusunda sınırlayabilir ve hatta yok edebilirdi. BADINTER'in sorusunda kast ettiği iktidar muhtemelen aslı kurucu iktidardır ve aslında anayasa-üstü ilkeler teorisine gönderme yapmaktadır; ancak aslı kurucu iktidarın bile kendini bağlı hissetmesi gereken bu demokrasi ve temel hak ilkelerinin türev kurucu iktidarı bağlamadığı düşünülemez. İşte değişmezlik, esas olarak, bu bağlılığı somutlaştırmakta ve anayasada kodifiye etmektedir.

Anayasalarda değişmezlik, anayasa mahkemelerine demokrasi ve insan haklarını korumak adına eşsiz bir imkân sunmaktadır. Değişmezliğin kökeni ve varlık amacı, mahkemelere bu imkânı demokrasinin ve temel hak ve özgürlüklerin daha da ileriye götürülmesi için kullanma görevi yüklemektedir. Yüksek mahkemeler, anayasayı koruma görevlerinden kaynaklanan yetkiyle, değişmez maddeleri yorumlamalı ve kurucu halkın iradesini ortaya koymalıdır. Çünkü kurucu halk demokrasi, temel haklar ve devletin temel unsurlarının korunması için değişmez maddeler yaratmış ve iradesine saygı gösterilmesini sağlama görevini de bu yolla anayasa mahkemesine yüklemiştir.

Anayasa mahkemesi, değişmez maddeleri yorumlarken çağdaş demokrasi ve temel haklar seviyesini dikkate almalı ve kurucu halk iradesini dinamik bir yorumla günümüze taşınmalıdır. Aksi takdirde, geride kalmış bir anlayışla hareket etmesi halinde bu, değişmez maddelerden beklenen demokrasi ve temel hakların korunması işlevinin sekteye uğratılmasına neden olacaktır. Bu durum anayasa mahkemesinin çağdaş demokrasi anlayışındaki yeni konumuyla tezat teşkil edecektir.

Kabul edilmesi gerekir ki, 1982 tarihli Türkiye Anayasası'nda olduğu gibi, değişmezlik kavramının kökeni ve amacı doğrultusunda değil de belli bir yönetici sınıfın toplumu kendi görüşleri doğrultusunda şekillendirmek amacıyla kullanılması halinde bu sefer değişmez maddeler tam tersi bir etkiyle demokrasinin ve temel hak

---

<sup>1128</sup> Aktaran: GENEVOIS, “Les Limites d’Ordre...”, s. 913.

ve özgürlüklerin önünde bir engel teşkil etmektedir. Demokratik bir aslî kurucu iradeye dayanmayan söz konusu değişmez maddeler, Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin dinamik bir yorumuyla demokrasi önünde engel olmaktan çıkabilecekken içtihat bu yönde olmamıştır. Bu nedenle değişmez maddelerden kaynaklanan toplumsal gerilim günümüzde halen devam etmektedir.

Bu konuda Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin hem özgürlükleri ve demokrasiyi koruyucu, hem de yasama organının hareket alanını aşırı derecede sınırlandırmamaya özen gösteren tutumu yol gösterici olmalıdır. Bugüne kadar değişmez maddelerle ilgili çok sayıda karar vermesine karşın hiçbir anayasa değişikliğini iptal etmeyen Mahkeme, yaptığı özgürlükçü, hak temelli ve dinamik yorumlarla demokrasinin güçlenmesine önemli katkılarda bulunmuştur.

Ancak kabul etmek gerekir ki, toplumsal gerilimin kaynağı haline gelmiş değişmez maddeler kadar, içerikleri itibariyle veya anayasa mahkemesinin yorumu sayesinde üzerinde uzlaşa sağlanmış değişmez maddelerin de zamanla değiştirilmesi gündeme gelebilir. Bu gibi durumlarda toplumların söz konusu maddelere “mahkum olduğunu” düşünmek doğru değildir. Fakat değiştirilmeleri için demokratik yaşamda bir kesinti yaşanmasını beklemek, bunun için tek yolun hükûmet darbesi, ayaklanma veya isyan olduğunu iddia etmek özgürlükçü, hümanist ve demokrat bakış açısına uygun düşmeyecektir.

Değişmez maddelerin değiştirilmesi, anayasayla kurulan hukuksal düzenin temellerinin değiştirilmesi anlamını taşıyacağı için aslî kurucu iktidarın yeniden ortaya çıkmasını gerektirir. Çünkü Kelsen'ci bakış açısıyla bakıldığında, değişmez maddelerin değiştirilmesiyle birlikte eski devlete son verilip, yeni bir devletin kurulacaktır. Ancak bunun mutlaka bir çatışma ortamına sebep olacağı algısı artık değişmiştir. Hatta öyle ki, dünyadaki pek çok örnek eski anayasal düzende yaşanan çatışmaların yeni anayasa yazımıyla ortadan kalktığını ispatlamaktadır. Bu konuda İspanya, Güney Afrika, İsviçre ve İzlanda gibi ülkelerde yaşanan anayasa yazım süreçleri aydınlatıcı ve yol göstericidir. Değişmez maddelerin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması da bu ülkelerdeki anayasa yazım süreçlerine benzer şekilde, demokratik katılımın sağlandığı hazırlık aşaması ve iyi yönetim kurallarına uyulmuş referandumlar sonucunda gerçekleşebilir. Elbette ki her ülkenin siyasal şartları, demokrasi seviyesi ve toplumsal duyarlılığı birbirinden farklıdır. Bu nedenle

değişmez maddelerin değiştirilmesi süreçlerinin de birbirinden farklı şekillerde gerçekleşmesi muhtemeldir. Ancak yine de bu konuda evrensel bazı kuralların belirlenebileceğini düşünmekteyiz. Söz konusu kuralların neler olduğu ve nasıl belirleneceği konusu ise başka bir çalışmanın konusu olmaya adaydır.

Anayasalarda değişmezlik konusunda demokratik endişeleri nedeniyle değişmez maddelerin hukuksal değerini tümden reddetme eğilimindeki yazarları çalışmamızla, değişmez maddelerin demokrasi ve temel hak ve özgürlükler açısından ne kadar önemli olduğu konusunda ikna ettiğimizi umuyoruz. Değişmezliği savunmak demokrasi karşıtlığı değildir. Çünkü demokrasi ancak iktidarın sınırlanmasıyla mümkün olur ve iktidarın sınırlanması için de hukukun ve anayasanın üstünlüğüne dayalı hukuk devletinin hayata geçmesi gereklidir. Bu nedenle değişmezliği savunmak demokrasiye karşı olmak değil, bilakis, demokrasinin de bir güvencesi olan hukuk devletini savunmaktır. Ve “*modern anayasa hukuku, demokrasiden çok hukuk devletine önem vermektedir. Demokrasi modası geçmiş veya eskimiş bir olgu olduğu için değil, ama hukuk devleti demokrasiye göre tamamlayıcı bir aşama ve mükelleşme olduğu için*”.<sup>1129</sup>

---

<sup>1129</sup> FAVOREU, “De la Démocratie...”, s. 161.



## KAYNAKÇA

### **Kitaplar**

AKARTÜRK Ekrem Ali, **Parlamentar Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri – Parlamentar Hükümet Yapıları ve Parti Sistemleri Üzerine Bir Deneme**, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010.

**Anayasa'nın Değiştirilemez Maddeleri ve Başkanlık Sistemi – Panel Notları**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2011.

AYDIN Öykü Didem, **Biz, Halk: “Egemenliğin Sahibi”**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

BARTHELEMY Joseph, DUEZ Paul, **Traité de Droit Constitutionnel**, Dalloz, Paris, 1993.

BATUM Süheyl, **99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa**, On İki Levha, İstanbul, 2009.

BARBER Benjamin, **Güçlü Demokrasi**, Ayrıntı, İstanbul, 1995.

BEAUD Olivier, **La Puissance de l'Etat**, PUF, coll. “Léviathan”, Paris, 1994.

BIGNE de VILLENEUVE Marcel de la, **Principes de Sociologie Politique et de Statologie Générale**, Sirey, Paris, 1957.

BLACHER Philippe, **Contrôle de Constitutionnalité et Volonté Générale**, PUF, Paris, 2001.

CAN Osman, **Kurucu İktidar Anayasa ve Bekçi**, Alfa, İstanbul, 2013.

CAPLAN Jane, **Hitler Almanyası 1933-1945** (çev: İdem ERMAN), İnkılâp, İstanbul, 2012.

CARRE DE MALBERG Raymond, **La Loi Expression de la Volonté Générale – Etude sur le Concept de la Loi dans la Constitution de 1875**, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1931.

CARRE DE MALBERG Raymond, **Contribution à la Théorie Générale de l'Etat Spécialement d'après les Données Fournies par le Droit Constitutionnel Français**, t. I, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1920.

CARRE DE MALBERG Raymond, **Contribution à la Théorie Générale de l'Etat Spécialement d'après les Données Fournies par le Droit Constitutionnel Français**, t. II, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1922.

CONSTANT Benjamin, **De la Force du Gouvernement Actuel et la Nécessité de S'y Rallier. Des Reactions Politiques. Des Effets de la Terreur** (Philippe RAYNAUD'nun önsözüyle), Flammarion, Paris, 1988.

CONSTANT Benjamin, **Ecrits Politique, Textes Choisis, Présentés et Annotés par Marcel Gauchet**, Gallimard, Paris, 1997.

ÇAĞLAR Bakır, **Anayasa Bilimi – Bir Çalışma Taslağı**, BFS Yayınları, İstanbul, 1989.

ÇOBAN Ali Rıza, **Anayasayı Değişirme Yetkisi, Sınırları ve Denetimi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

DİKMEN CANIKLIOĞLU Meltem, **Anayasal Devlette Meşruiyet**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

DOEHRING Carl, **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**, 2. basım, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2002.

DRAGO Guillaume, **Contentieux Constitutionnel Français**, 2<sup>e</sup> éd., PUF, Paris, 2006.

DRYZEK John S., **Deliberative Democracy and Beyond – Liberals, Critics, Contestations**, Oxford University Press, New York, 2000.

DUGUIT Léon, **Souveraineté et Liberté**, Librairie Félix Alcan, Paris, 1922.

DUHAMEL Olivier, MENY Yves, **Droit Constitutionnel**, 1<sup>e</sup> éd., PUF, Paris, 1992.

DUVERGER Maurice, **Les Constitutions de la France**, 14<sup>e</sup> édition, PUF, Paris, 1998.

EASTON David, **The Political System – An Inquiry into the State of Political Science**, 2<sup>nd</sup> ed., Alfred A. Knopf Inc., New York, 2003.

EISENMANN Charles, **La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche**, Librairie du Recueil Sirey, 1928, rééd. Economica-PUAM, coll. Droit Public Positif, Paris - Aix-en-Provence, 1986.

ELSTER Jon, **Deliberative Democracy**, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

ERDEM Tarhan, **Anayasalar ve Belgeler 1876 - 2012**, Doğan Kitap, İstanbul, 2012.

ERDOĞAN Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2001.

EROĞUL Cem, **Anatüzeeye Giriş**, 10. basım, İmaj Yayınları, Ankara, 2009.

EROĞUL Cem, **Anayasayı Değişirme Sorunu**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1974.

- ESMEIN Adhémar, **Elements de Droit Constitutionnel Français et Comparé**, 5<sup>e</sup> éd., Sirey, Paris, 1909.
- FAVOREU Louis, PHILIP Loïc, **Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel**, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., Paris, 1997.
- FAVOREU Louis, PHILIP Loïc, **Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel**, Dalloz, 14<sup>e</sup> éd., Paris, 2007.
- GAUCHET Marcel, **La Revolution des Pouvoirs. La Souveraineté, le Peuple, le Représentation, 1789-1799**, Gallimard, "Bibliothèque des Histoires", Paris, +1995.
- GAUDEMET Jean, **Les Institutions de l'Antiquité**, 7<sup>e</sup> éd., Montchrestien, Paris, 2002.
- GÖNENÇ Levent, **Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries**, Brill Academic Publishers, Leiden, 2002.
- GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Ekin, Bursa, 2010.
- GÖZLER Kemal, **Judicial Review of Constitutional Amendments – A Comparative Study**, Ekin, Bursa, 2008.
- GÖZLER Kemal, **Kurucu İktidar**, Ekin, Bursa, 1998.
- GÖZLER Kemal, **Le Pouvoir de Révision Constitutionnelle**, t. I., Presses Universitaires de Septentrion, 1995, Villeneuve d'Ascq, 1997.
- GÖZLER Kemal, **Le Pouvoir de Révision Constitutionnelle**, t. II., Presses Universitaires de Septentrion, 1995, Villeneuve d'Ascq, 1997.
- GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin, Bursa, 2000.
- GUNLICKS Arthur B., **The Länder and German Federalism**, Manchester University Press, Manchester, 2003.
- GUYOT Yves, **La Tyrannie Collectiviste**, Les Belles Lettres, Paris, 2005.
- HAMON Francis, TROPER Michel, **Droit Constitutionnel**, 29<sup>e</sup> éd., LGDJ, Paris, 2005.
- HAS Volkan, **Anayasayı Değişirme Süreci**, 2. basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- HAURIOU Maurice, **Précis de Droit Constitutionnel**, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1929.
- HEKİMOĞLU Mehmet Merdan, **Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları**, Detay Yayıncılık, Ankara, 2004.
- HEYWOOD Andrew, **Politics**, Palgrave, New York, 2002.
- HIRSCHL Ran, **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**, Harvard University Press, Cambridge, 2007.
- KELSEN Hans, **Qui Doit Etre le Gardien de la Constitution?**, Michel Houdiard Editeur, Paris, 2006.

KELSEN Hans, **Théorie Pure du Droit**, trad. de la 2<sup>e</sup> éd. par C. Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962.

KLEIN Claude, **Théorie et Pratique du Pouvoir Constituant**, PUF, Paris, 1996.

KUBALI Hüseyin Nail, **Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar ve Siyasî Rejimler**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1971.

LAVROFF Dmitri George, **Le Droit Constitutionnel de la Ve République**, Dalloz, Paris, 1995.

LELEUX Claudine, **La Démocratie Moderne**, Cerf, Paris, 1997.

MACHIAVELLI Niccolo, **Hükümdar**, 5. basım, Sosyal Yayınlar, 1998, İstanbul.

MONTESQUIEU Charles Louis de Secondat Baron de, **Kanunların Ruhu Üzerine**, çev.: Fehmi BALDAŞ, Seç Yayın Dağıtım, İstanbul, 2004.

MORABITO Marcel, BOURMAUD Daniel, **Histoire Constitutionnelle et Politique de la France (1789-1958)**, 4<sup>e</sup> éd., Montchrestien, Paris, 1996.

ODER Bertil Emrah, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, Beta, İstanbul, 2010.

ODER Bertil Emrah, **Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık**, Anahtar Kitaplar, İstanbul, 2004.

ONAR Erdal, **1982 Anayasası'nda Anayasayı Değişirme Sorunu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1993.

ORTAYLI İlber, KÜÇÜKKAYA İsmail, **Cumhuriyet'in İlk Yüzyılı 1923-2023**, 6. basım, Timaş, İstanbul, Ağustos 2013.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 14. basım, Ankara, 2013.

ÖZSOY Şule, **1982 Anayasası'nın Yapım Süreci**, On İki Levha, İstanbul, 2010.

PACTET Pierre, **Institutions Politiques Droit Constitutionnel**, 16<sup>e</sup> éd., Armand Colin/Masson, Paris, 1997.

PACTET Pierre, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, **Droit Constitutionnel**, 25<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 2006.

PAINE Thomas, **Rights of Man**, Viking Penguin, East Rutherford, NJ, USA, 1984.

PETTIT Philip, **Cumhuriyetçilik**, Ayrıntı Yayınları, 1998.

RAWLS John, **Siyasal Liberalizm**, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul, 2007.

RENOUX Thierry S., VILLIERS Michel de, **Code Constitutionnel**, Litec, Paris, 1994.

RIGAUX Marie-Françoise, **La Théorie des Limites Matérielles à l'Exercice de la Fonction Constituante**, Larcier, Bruxelles, 1985.

ROBLOT-TROIZIER Agnès, **Contrôle de Constitutionnalité et Normes Visées par la Constitution Française - Recherches sur la Constitutionnalité par Renvoi**, Dalloz, Paris, 2007.

ROUSILLON Henry, **Le Conseil Constitutionnel**, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. "Connaissance de Droit", Paris, 2008.

ROUSSEAU Dominique, **Droit du Contentieux Constitutionnel**, 7<sup>e</sup> éd., Montchrestien, Paris, 2006.

ROUSSEAU Dominique, **La Démocratie Continue**, Bruylant-LGDJ, Paris, 1995.

ROUSSEAU Dominique, **La Justice Constitutionnelle en Europe**, Montchrestien, Paris, 1992.

ROUSSEAU Jean-Jacques, **Contrat Social ou Principes du Droit Politique précédé de Discours, Lettres a D'Alembert sur les Spectacles et suivi de Considérations sur le Gouvernement de Pologne et la Réforme Projetée en Avril 1772**, Garnier Frères, Paris, (basım tarihi belirtilmemiş).

ROUSSEAU Jean-Jacques, **Toplum Sözleşmesi ya da Siyasi Hukuk İlkeleri**, çev.: M. Tahsin YALIM, Betik, İstanbul, 2004.

SIEYES Emmanuel, **Des Manuscrits de Sieyès, 1773-1799**, sous la direction de Christine Fauré, Honoré Champion, Paris, 1999.

SCHMITT Carl, **Théorie de la Constitution**, 1<sup>e</sup> éd., PUF (Quadrige), Paris, 2008.

SOYSAL Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1990.

TANİLLİ Server, **Devlet ve Demokrasi – Anayasa Hukukuna Giriş**, 8. basım, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1996.

TANÖR Bülent, **İki Anayasa**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 9. basım, Beta, İstanbul, Eylül 2009.

TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, 15. basım, Beta, İstanbul, (Ekim) 2012.

TOCQUEVILLE Alexis, **De la Démocratie en Amérique**, UGE, Paris, coll «10-18», 1963.

TROPER Michel, **Pour une Théorie Juridique de l'Etat**, PUF, collection "Léviathan", Paris, 1994.

TUNAYA Tarık Zafer, **Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, Sulli Garan Matbaası, İstanbul, 1975.

TUNÇ Hasan, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı**, Yetkin, Ankara, 1997.

TURPIN Dominique, **Contentieux Constitutionnel**, PUF, Paris, 1986.

TURPIN Dominique, **Droit Constitutionnel**, PUF, coll. "Premier Cycle", Paris, 1992.

ÜNSAL Artun, **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi**, A.Ü.S.B.F. Basın veYayın Yüksek Okulu Basımevi, Ankara, 1980.

VEDEL George, **Droit Constiutionnel**, Sirey, Paris, 1984.

WHEARE Kenneth, **Modern Anayasalar**, Değişim Yayınları, İstanbul, 1984.

YAZICI Serap, **Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye – Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul Üniversitesi Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul, 1993.

### **Derlemeler**

**27 Mayıs 1960 Devrimi – Kurucu Meclis ve 1961 Anayasası**, derleyen: Prof.Dr. Suna KİLİ, Boyut Kitapları, İstanbul, 1998.

**La Démocratie Continue**, sous la direction de Dominique ROUSSEAU, Bruylant-LGDJ, Paris, 1995.

**La Séparation des Pouvoirs. Théorie Contestée et Pratique Renouvelée**, sous la direction de Alain PARIENTE, Dalloz, Paris, 2007.

**Orateurs de la Révolution Française I – Les Constituants**, sous la direction de François FURET – Ran HALEVI, Gallimard, Bruges, 1989.

**La Légitimité de la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel**, sous la direction de Guillaume DRAGO, Bastien FRANCOIS, Nicolas MOLFESSIS, Economica, 1999.

**La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence: colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel**, PUF, Paris, 1989.

**Prof.Dr. Hıfzı Timur Anısına Armağan**, İÜHF Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979.

**Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel: la France et les Etats-Unis**, sous la direction de Terence MARSHALL, Ed. de l'Espace européen, La Garenne-Colombes, 1992.

### **Tezler**

BROOKE Sam, **Constitution-Making and Immutable Principles**, Master of Arts in Law and Diplomacy Thesis, The Fletcher School – Tufts University, Spring 2005.

ÇAKMAZ Eylem, **Anayasa Değişikliklerinin Denetimi Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi Siyaset İlişkisi**, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009.

SEZER Abdullah, **1982 Anayasası Ekseninde Türev Kurucu İktidar Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi**, yayınlanmamış doktora tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, <http://a-sezer.blogspot.com/> (03.10.2013 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

### **Sürelı yayınlar içindeki makaleler**

ARNE Serge, "Existe-t-il des Normes Supra-Constitutionnels?", **Revue du Droit Public et de la Science Politique**, no. 2, 1993.

ARNOLD Rainer, "Les Dispositions Inalterables de la Constitution: La Perspective Allemande", **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 1, S. 1, 2012.

BARAK Aharon, "L'Exercice de la Fonction Juridictionnelle Vu par un Juge: Le Rôle de la Cour Suprême dans une Démocratie", **Revue Française de Droit Constitutionnel (RFDC)**, no. 66, Avril 2006.

BARAK Aharon, "Unconstitutional Constitutional Amendments", **Israel Law Review**, vol. 44, no. 3, 2011.

BEAUD Olivier, "La Souveraineté de l'Etat, le Pouvoir Constituant et le Traité de Maastricht", **Revue Française de Droit Administratif (RFDA)**, no. 6, 1993.

BEAUD Olivier, "Le Souverain", **Pouvoirs**, no. 67 (La Souveraineté), 1993.

BEAUD Olivier, "Michel Troper et la Séparation des Pouvoirs", **Droits**, no. 37, 2003.

BEAUD Olivier, "Maastricht et la Théorie Constitutionnelle (1re partie) - La Nécessaire et Inévitable Distinction entre le Pouvoir Constituant et le Pouvoir de Révision Constitutionnelle", **Les Petites Affiches**, no. 39, 31 mars 1993.

BLACHER Philippe, "Le Conseil Constitutionnel En Fait-il Trop?", **Pouvoirs**, no. 105 (Conseil Constitutionnel), 2003.

CANEDO Marguerite, "L'Histoire d'Une Double Occasion Manquée", **Revue du Droit Public (RDP)**, no. 3-2003, 2003.

DEROSIER Jean-Philippe, "Enquête sur la Limite Constitutionnelle: du Concept à la Notion", **Revue Française de Droit Constitutionnel (RFDC)**, no. 76, 2008.

EMERI Claude, "Gouvernement des Juges ou Veto des Sages?", **Revue du Droit Public (RDP)**, no. 2, 1990.

FAVOREU Louis, "De la Démocratie à l'Etat de Droit", **Le Débat**, no. 64, 1991.

FAVOREU Louis, "La Légitimité du Juge Constitutionnel", **Revue Internationale de Droit Constitutionnel (RIDC)**, no. 2-1994, 1994.

FAVOREU Louis, "Souveraineté et Supraconstitutionnalité", **Pouvoirs**, no. 67, 1993.

FELDMAN Jean-Philippe, "Le Constitutionnalisme selon Benjamin Constant", **Revue Française de Droit Constitutionnel (RFDC)**, no. 76, 2008.

GENEVOIS Bruno, "Les Limites d'Ordre Juridique à l'Intervention du Pouvoir Constituant", **Revue Française de Droit Administratif (RFDA)**, No. 5, 1998.

GÖZTEPE Ece, "Anayasa Yargısı ve Demokrasi", **Toplum ve Bilim**, S. 123, 2012.

HERZOG Roman, "La Hiérarchie des Normes Constitutionnelles et sa Fonction dans la Protection des Droits Fondamentaux (Rapport Allemand)", **Annuaire International de Justice Constitutionnelle (AIJC)**, VI-1990, 1990.

JORDA Julien, "Les Collectivités Territoriales Outre-mer et le Révision de la Constitution", **Revue Française de Droit Constitutionnel (RFDC)**, no. 56, 2003.

KELSEN Hans, "La Garantie Juridictionnelle de la Constituion (La Justice Constitutionnelle)", **Revue du Droit Public (RDP)**, 1928.

KIIVER Philipp, "The Lisbon Judgment of the German Constitutional Court: A Court-Ordered Strengthening of the National Legislature in the EU", **European Law Journal**, vol. 16, no. 5, September 2010.

KÖYBAŞI Serkan, "Referandumlarda Konunun Tekliği İlkesi", **Güncel Hukuk Dergisi**, S. 5/77, Mayıs 2010.

KULAK Sercan Coşkun, "Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi", **TBB Dergisi**, S. 87, 2010.

LEVINSON Sanford, BALKIN Jack M., "Constitutional Dictatorship: Its Dangers and Its Design", **Minnesota Law Review**, vol. 94, no: 6, June 2010.

MAGNON Xavier, "Quelques Mots Encore à Propos des Lois de Révision Constitutionnelle: Limites, Contrôles, Efficacité, Caractère Opérateur et Existence. En Hommage au Doyen Louis Favoreu", **Revue Française de Droit Constitutionnel (RFDC)**, no. 59, 2004.

MAILLARD DESGREES DU LOÛ Dominique, "Le Pouvoir Constituant Dérivé Reste Souverain", **Revue du Droit Public (RDP)**, no. 3, Mai-Juin, 2003.

MAUS Didier, "Sur 'la Forme Républicaine du Gouvernement', Commentaire sous la Décision no. 92-312 DC du 2 septembre 1992", **Revue Française de Droit Constitutionnel (RFDC)**, no. 11, 1992.

MEMİŞ Emin, "Anayasayı Yeniden Yapma ve Değişirme Üzerine Analizler", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 2, 2010,.

MOUTOUH Hugues, "Le Contrôle de Constitutionnalité des Lois Constitutionnelles: Suite et Fin", **Recueil le Dalloz**, no. 17/7114, 2003.



ÖZBUDUN Ergun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 63, S. 3, 2007.

ROBERT Jacques, “La Forme Républicaine du Gouvernement”, **Revue du Droit Public (RDP)**, no. 2, 2003.

ROSTOW Eugène, “The Democratic Character of Judicial Review”, **Harvard Law Review**, vol. 66, 1952.

ROUSSEAU Dominique, “La Démocratie Continue. Espace Public et Juge Constitutionnel”, **Le Débat**, no. 96, 1997.

ROUSSEAU Dominique, “Une Résurrection: La Notion de Constitution”, **Revue du Droit Public (RDP)**, no. 1, 1990.

SAINT-HUBERT Mesmin, “La Cour Suprême de l’Inde, Garante de la Structure Fondamentale de la Constitution – La Construction d’une Nouvelle Doctrine Visant à Limiter le Pouvoir Constituant Dérivé”, **Revue Internationale de Droit Comparé**, no. 3-2000, Juillet-Septembre 2000.

SEROZAN Rona, “Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları”, **İÜHFİM**, C. XXXVII, S. 1-4, 1972.

SEVİNÇ Murat, “Anayasaların Doğumu: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?”, **Toplum ve Bilim**, S. 123, 2012.

SPECCHIA Marina Calamo, “Le Projet Gouvernemental du 10 Octobre 2003, Relatif à la révision de la Constitution Italienne: Une Aberration Institutionnelle?”, **Revue Française de Droit Constitutionnel (RFDC)**, no. 58, 2004.

ŞAHBAZ İbrahim, “Anayasa Yargısında Yokluk”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 4-1999, 1999.

ŞİRİN Tolga, “Anayasanın Değiştirilemez Hükümlerini Tartışmak”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Nisan 2011/4-88, 2011.

TROPER Michel, “Justice Constitutionnelle et Démocratie”, **Revue Française de Droit Constitutionnel (RFDC)**, no. 1, 1990.

TURHAN Mehmet, “Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXXIII, S. 1-4, 1976.

VEDEL George, “Schengen et Maastricht”, **Revue Française de Droit Administratif (RFDA)**, no. 2, 1992.

VEDEL George, “Souveraineté et Supraconstitutionnalité”, **Pouvoirs**, no. 67, 1993.

VEDEL George, “Le Conseil Constitutionnel, Gardien du Droit Positif ou Défenseur de la Transcendance des Droits de l’Homme”, **Pouvoirs**, no. 45, 1988.

ZOLLER Elisabeth, “Aspects Internationaux du Droit Constitutionnel. Contribution à la Théorie de la Fédération d’Etats”, **Recueil des Cours de l’Académie de Droit International**, t. 294, 2002.

### Derleme içindeki makaleler

AGUET Jean-Pierre, "A la Veille de 1830: Benjamin Constant, Journaliste et Député dans le Feu de l'Action", *in* **Coppet, Creuset de l'Esprit Libéral. Les Idées Politiques et Constitutionnelles du Groupe de Mme. De Staël. Colloque de Coppet, 15 et 16 mai 1998**, derleyen: Lucien JAUME, PUAM-Economica, Aix-en-Provence & Paris, 2000.

ARATO Andrew, "Demokratik Anayasa Yapımı ve Türkiye'deki Sürecin Devamlılığını Sağlamak", *in* **Demokratik Anayasa**, derleyen: Ece GÖZTEPE ve Aykut ÇELEBİ, Metis, 2012.

BADINTER Robert, "Le Conseil Constitutionnel et le Pouvoir Constituant", *in* **Libertés-Mélanges Jacques Robert**, Montchrestien, Paris, 1998.

CARDOSO DA COSTA J.M., "La Hiérarchie des Normes Constitutionnelles et sa Fonction dans la Protection des Droits Fondamentaux - Rapport du Tribunal Constiutionnel du Portugal", *in* **Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi (VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı – Ankara, 7-10 Mayıs 1990 – 3. Cilt)**, Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları, No: 18. (Yayın yılı ve yeri belirtilmemiş.)

DUGUIT Léon, "Egemenlik ve Özgürlük", *in* **Devlet Kuramı**, derleyen: Cemal Bâli AKAL, Dost, Ankara, 2005.

GENÇKAYA Ömer Faruk, "Türk Siyasal Sisteminde Kurucu Meclis: 1961 ve 1981 Deneyimlerinin Karşılaştırılması", *in* **27 Mayıs 1960 Devrimi – Kurucu Meclis ve 1961 Anayasası**, derleyen: Prof.Dr. Suna Kili, Boyut Kitapları, İstanbul, 1998.

GICQUEL Jean, "Démocratie Continue et Référendum", *in* **La Démocratie Continue**, sous la direction de Dominique ROUSSEAU, Bruylant-LGDJ, 1995.

GROPPI Tania, "Constitutional Revision in Italy: A Marginal Instrument for Constitutional Change, *in* **Engineering Constitutional Change - A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA**, edited by Xenophon CONTIADES, Routledge, Oxon, 2013.

GÖZLER Kemal, "Asli ve Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?", *in* **Demokratik Anayasa**, derleyen: Ece GÖZTEPE ve Aykut ÇELEBİ, Metis, 2012.

İNCEOĞLU Sibel, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk", **Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2011.

KOTZUR Markus, "Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany", *in* **Engineering Constitutional Change - A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA**, edited by Xenophon CONTIADES, Routledge, Oxon, 2013.

KÜÇÜK Adnan, "Yeni Anayasa Yapımı Eşiğinde: Demokratik İradenin 'Anayasadaki Değiştirilmesi Yasak Hükümler'le Bağlanması", *in* **Uluslararası**

**Anayasa Kongresi Metinler Kitabı – 3**, TC İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları, no. 171, İstanbul, 2012.

MALAUURIE Philippe, “La Nécessité de la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, *in La Légitimité de la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel (Colloque de Rennes - 20-21 Septembre 1996)*, sous la direction de Guillaume DRAGO, Bastien FRANÇOIS, Nicolas MOLFESSIS, Economica, Paris, 1999.

MASTOR Wanda– Liliane ICHER, “Constitutional Amendment in France”, *in Engineering Constitutional Change – A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, edited by Xenophon CONTIADES, Routledge, Oxon, 2013.

PARIENTE Alain, “Le Conseil Constitutionnel et la Théorie de la Séparation des Pouvoirs” *in La Séparation des Pouvoirs. Théorie Contestée et Pratique Renouvelée*, sous la direction de Alain PARIENTE, Dalloz, Paris, 2007.

PAVIA Marie-Luce, “Démocratie Continue et Volonté Générale”, *in La Démocratie Continue*, sous la direction de Dominique ROUSSEAU, Bruylant-LGDJ, Paris, 1995.

POIRMEUR Yves, “Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l’homme?”, *in La Légitimité de la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel (Colloque de Rennes – 20-21 Septembre 1996)*, sous la direction de DRAGO Guillaume, FRANÇOIS Bastien, MOLFESSIS Nicolas, Economica, Paris, 1999.

ROUSSEAU Dominique, “De la Démocratie Continue”, *in La Démocratie Continue*, sous la direction de Dominique ROUSSEAU, Bruylant-LGDJ, Paris, 1995.

SAĞLAM Fazıl, “Anayasa ve Değişmez Kurallar”, *in Prof.Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

SIEYES Emmanuel, “Motion Sur la Vérification des Pouvoirs”, *in, Orateurs de la Révolution Française I – Les Constituants*, sous la direction de François FURET – Ran HALEVI, Gallimard, Bruges, 1989.

SKINNER Quentin, “Devletler ve Yurttaşların Özgürlüğü”, *in Devletler ve Yurttaşlar*, derleyen: Quentin SKINNER ve Bo STRÅTH, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2011.

TROPER Michel, “Démocratie Continue et Justice Constitutionnelle”, *in La Démocratie Continue*, sous la direction de Dominique ROUSSEAU, Bruylant-LGDJ, Paris, 1995.

TROPER Michel, “Le Concept de Constitutionnalisme et la Théorie Moderne du Droit”, *in Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel: la France et les Etats-Unis*, sous la direction de Terence MARSHALL, La Garenne-Colombes, Ed. de l'Espace européen, 1992.

TROPER Michel, “Quelques Remarques A Propos de l’Analyse de Dominique Rousseau”, *in La Légitimité de la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel*

(**Colloque de Rennes – 20-21 Septembre 1996**), sous la direction de Guillaume DRAGO, Bastien FRANÇOIS, Nicolas MOLFESSIS, Economica, Paris, 1999.

TROPER Michel, “Préface sur la théorie juridique de l’Etat”, in **Pour une Théorie Juridique de l’Etat**, PUF, coll. ”Léviathan”, 1994.

UYGUN Oktay, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bakımından Anayasaların Değiştirilemez Hükümleri”, in **Prof.Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

VEDEL George, “La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité”, in **La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen et la jurisprudence: colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel**, PUF, Paris, 1989.

VEDEL George, “Préface”, in **La Démocratie Continue**, sous la direction de Dominique ROUSSEAU, Bruylant-LGDJ, Paris, 1995.

YAYLA Yıldızhan, “Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü”, in **Prof.Dr. Hıfzı Timur Anısına Armağan**, İÜHF Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979.

### **İnternet kaynaklı makaleler**

BALDASSARRE Antonio, “Rapport pour la Cour Constitutionnelle Italienne”, [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni\\_internazionali/BaldassarreXC\\_onferenza.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/BaldassarreXC_onferenza.pdf) (16.07.2013 tarihinde ziyaret edildi.).

BOEDEL TJE Mijke, CORNIPS Juul, “Input and Output Legitimacy in Interactive Governance”, **NIG Annual Work Conference working paper**, Rotterdam, 2004, <http://repub.eur.nl/res/pub/1750/NIG2-01.pdf> (16.07.2013 tarihinde ziyaret edildi.).

CORRIAS Luigi, “The Legal Theory of the Juridical Coup: Constituent Power Now”, **German Law Journal**, vol. 12, no. 8, <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1375> (06.09.2011 tarihinde ziyaret edildi.).

FOMBAD Charles Manga, “Limits on the Powers to Amend Constitutions: Recent Trends in Africa and Their Potential Impact on Constitutionalism”, <http://www.enelsyn.gr/papers/w9/Paper%20by%20Prof.%20Charles%20Manga%20Fombad.pdf> (02.01.2011 tarihinde ziyaret edildi.).

GRIMM Dieter, “The Basic Law at 60 – Identity and Change”, **German Law Journal**, vol. 11, no. 1, 2010, [http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol11-No1/PDF\\_Vol\\_11\\_No\\_01\\_33-46\\_GG60\\_Grimm.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol11-No1/PDF_Vol_11_No_01_33-46_GG60_Grimm.pdf) (20.11.2013 tarihinde ziyaret edildi.).

HALPERIN Jean-Louis, “La Doctrine Indienne de la Structure Basique de le Constitution. Un Socle Indérogeable et Flexible?”, **Cahiers du Conseil Constitutionnel**, n° 27 (Dossier : Contrôle de constitutionnalité des lois

constitutionnelles), Janvier 2010, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-27/la-doctrine-indienne-de-la-structure-basique-de-la-constitution-un-socle-inderogable-et-flexible.51456.html> (31.08.2013 tarihinde ziyaret edilmiştir.).

HOXHAI Entela, BJANKU Florian, “The Basic Principles as Limits of Constitutional Revision in the Constitutional Jurisprudence and Doctrine in Europe”, **Global Journal of Art Humanities ans Social Sciences**, vol. 1, no. 3, September 2013, <http://www.eajournals.org/wp-content/uploads/The-Basic-Principles-as-Limits-of-Constitutional-Revision-in-the-Constitutional-Jurisprudence-and-Doctrine-in.pdf> (13.08.2013 tarihinde ziyaret edildi.).

LEPSIUS Olivier, “Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de révision constitutionnelle dans la République fédérale d'Allemagne”, **Cahiers du Conseil constitutionnel**, n° 27 (Dossier : Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles), Janvier 2010, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-27/le-controle-par-la-cour-constitutionnelle-des-lois-de-revision-constitutionnelle-dans-la-republique-federale-d-allemande.51426.html#hautDePage> (21.08.2013 tarihinde ziyaret edildi.).

LEUCHTENBERG E. William, “The Origins of Franklin D. Roosevelt’s ‘Court-Packing Plan’”, **The Supreme Court Review**, vol. 1966, 1966, <http://www.jstor.org/stable/3108746> (07.11.2013 tarihinde ziyaret edildi.).

LUCIANI Massimo, “Le Contrôle de Constitutionnalité des Lois Constitutionnelles en Italie”, **Cahier du Conseil Constitutionnel**, no. 27 (Dossier: Contrôle de Constitutionnalité des Lois Constitutionnelles), Janvier 2010, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-27/le-controle-de-constitutionnalite-des-lois-constitutionnelles-en-italie.51428.html> (30.08.2013 tarihinde ziyaret edildi.).

LUTZ Donald S., “Toward a Theory of Constitutional Amendment,” **American Political Science Review**, vol. 88, no. 2, 1994, <http://www.jstor.org/stable/2944709> (07.11.2013 tarihinde ziyaret edildi.).

MURSWIEK Dietrich, “Ungeschriebene Ewigkeitsgarantien in Verfassungen” (10.11.2008 tarihinde Bilkent Üniversitesi’nde düzenlenen toplantıya sunulan yayımlanmamış bildiri), <http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers/murswiek/ewigkeitsgarantie> (21.08.2012 tarihinde ziyaret edildi.).

NIEDOBITEK Matthias, “The *Lisbon Case* of 30 June 2009 – A Comment from the European Law Perspective”, **German Law Journal**, vol. 10, no. 8, 2009, [http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol10No08/PDF\\_Vol\\_10\\_No\\_08\\_1267-1276\\_Lisbon%20Special\\_Niedobitek.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol10No08/PDF_Vol_10_No_08_1267-1276_Lisbon%20Special_Niedobitek.pdf) (30.08.2013 tarihinde ziyaret edildi.).

NOHLEN Nicholas, “Germany: The Electronic Eavesdropping Case”, **International Journal of Constitutional Law**, vol. 3, no. 4, October 2005, <http://icon.oxfordjournals.org/content/3/4/680.full.pdf+html> (21.08.2013 tarihinde ziyaret edildi.).

QUINT Peter E., “60 Years of the Basic Law and its Interpretation: An American Perspective”, **Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart**, vol. 57, 2009;

**University of Maryland Legal Studies Research Paper**, no. 2010-22, [http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1940&context=fac\\_pubs](http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1940&context=fac_pubs) (21.08.2013 tarihinde ziyaret edildi.).

SCHARPF Fritz W., “Economic Integration, Democracy and the Welfare State”, **MPIfG working paper**, no. 96/2, 1996, <http://hdl.handle.net/10419/41702> (16.07.2013 tarihinde ziyaret edildi.).

SCHARPF Fritz W., “Interdependence and Democratic Legitimation”, **MPIfG working paper**, no. 98/2, 1998, <http://hdl.handle.net/10419/41689> (16.07.2013 tarihinde ziyaret edildi.).

SCHARPF Fritz W., “Problem-solving Effectiveness and Democratic Accountability in the EU”, **MPIfG working paper**, no. 03/1, 2003, <http://hdl.handle.net/10419/41664> (16.07.2013 tarihinde ziyaret edildi.).

SCHMIDT Vivien A., “Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Input, Output and ‘Throughput’”, **Political Studies**, vol. 61, 2013, [http://astrid-online.com/Riforma-de/Studi-e-ri/Schmidt\\_Pol-Studies\\_1\\_2013.pdf](http://astrid-online.com/Riforma-de/Studi-e-ri/Schmidt_Pol-Studies_1_2013.pdf) (16.07.2013 tarihinde ziyaret edildi.).

SCHÖNBERGER Christoph, “Lisbon in Karlsruhe: Maastricht’s Epigones at Sea”, **German Law Journal**, vol. 10, no. 8, 2009, <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=2&vol=10&no=8> (13.08.2013 tarihinde ziyaret edildi.).

SWEET Alec Stone, “The Juridical Coup d’Etat and the Problem of Authority”, **German Law Journal**, vol. 8, no. 10, 2009, [http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol08No10/PDF\\_Vol\\_08\\_No\\_10\\_915-928\\_SI\\_Articles\\_StoneSweet.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol08No10/PDF_Vol_08_No_10_915-928_SI_Articles_StoneSweet.pdf) (06.09.2011 tarihinde ziyaret edildi.).

VERMEULE Adrian, "Constitutional Amendments and the Constitutional Common Law", [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=590341](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=590341) (07.11.2013 tarihinde ziyaret edildi.).

WOHLFAHRT Christian, “The *Lisbon Case*: A Critical Summary”, **German Law Journal**, vol. 10, no. 8, 2009, [http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol10No08/PDF\\_Vol\\_10\\_No\\_08\\_1277-1286\\_Lisbon%20Special\\_Wohlfahrt.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol10No08/PDF_Vol_10_No_08_1277-1286_Lisbon%20Special_Wohlfahrt.pdf) (30.08.2013 tarihinde ziyaret edildi.).

YALÇIN GÜLER Gülşah, “Anayasa Değişiklikleri, Kurucu İktidarlar ve Meşruiyet”, **Sayıştay Dergisi**, S. 66-67, <http://dergi.sayistay.gov.tr/icerik/der6667m2.pdf> (20.12.2012 tarihinde ziyaret edildi.).

### **Diğer**

06.05.1992 tarihli Resmî Gazete (Fransa), Millet Meclisi.

CHABRIER Loïc, “Le Contrôle éventuel de la révision par le Conseil Constitutionnel”, Communication présentée au Congrès français de Droit constitutionnel de Dijon, 13, 14, 15 Haziran 1996.

Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu tutanakları, Orhan ALDIKAÇTI arşivi.

Geography.about.com/od/politicalgeography/a/Capital-City-Relocation.htm  
(17.06.2013 tarihinde ziyaret edildi.)

Entretien avec M. Renato GRANATA, Président de la Cour constitutionnelle italienne, Renato GRANATA - **Cahiers du Conseil constitutionnel**, n° 6 (Dossier : Italie) - janvier 1999, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-6/entretien-avec-m-renato-granata-president-de-la-cour-constitutionnelle-italienne.52762.html> (16.07.2013 tarihinde ziyaret edildi.).

HAMILTON Alexander, The Federalist, no.78, §11, The Judiciary Department, 14 Haziran 1788, <http://www.constitution.org/fed/federa78.htm> (26.09.2012 tarihinde ziyaret edildi.).

HART Vivien, **Democratic Constitution Making**, Special Report for United States Institute of Peace, July 2003, <http://www.usip.org/publications/democratic-constitution-making> (05.10.2013 tarihinde ziyaret edildi.)

Hindistan Yüksek Mahkemesi kararları için: [judis.nic.in](http://judis.nic.in)

<http://www.habervitrini.com/haber.asp?id=344129> (23.12.2010 tarihinde ziyaret edildi.)

<http://haber.mynet.com/detay/politika/erdogandan-turban-karari-yorumu/385137>  
(23.12.2010 tarihinde ziyaret edildi.)

Human Rights Act 1998, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42>

Türk Cumhuriyetleri Anayasaları, TÜRKPA Yayınları 4, Ankara, 2012.

Türkiye Anayasa Mahkemesi kararları için: [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

TÜSİAD, **Yeni Anayasa Yuvarlak Masa Toplantıları Dizisi: Yeni Anayasanın Beş Temel Boyutu**, [http://www.tusiad.org/\\_rsc/shared/file/YENI-ANAYASA-YUVARLAK-MASA.pdf](http://www.tusiad.org/_rsc/shared/file/YENI-ANAYASA-YUVARLAK-MASA.pdf) (20.12.2012 tarihinde ziyaret edildi.).

Venice Commission, **Report on Constitutional Amendment** (Venice 11-12 December 2009), CDL-AD (2010) 001.

**EK****DÜNYA ANAYASALARINDAKİ DEĞİŞMEZ MADDELER**

---

**Çeviriler, Azerbaycan Anayasası haricinde tarafımızca yapılmıştır.**

**Büyük-küçük harf kullanımı ve virgülden sonra “ve/veya” kullanımında metinlerin özgün haline sadık kalınmıştır.**

---

**1 - Afganistan**

2004 - md. 149

Kutsal İslam dininin inançlarına bağlılık ilkeleri ve aynı şekilde İslami Cumhuriyetçilik değiştirilemez. (...)

---

**2 - Almanya Federal Cumhuriyeti**

1949 - md. 79

Bu Temel Yasa'daki Federasyon'un Land'lara bölünmesini, bunların prensip olarak yasama işlemlerine katılmasını, veya 1 ve 20. Maddeler'de belirtilen ilkeleri etkileyen değişiklikler kabul edilemez.

\*\*\*

md. 1

İnsan onuru ihlal edilemez. Ona saygı duymak ve onu korumak tüm devlet otoritelerinin görevidir.

Bu nedenle Alman halkı, ihlal edilemez ve değiştirilemez insan haklarını tüm toplulukların, barışın ve dünyadaki adaletin temeli kabul eder.

---



Aşağıda sayılan temel haklar, doğrudan uygulanan hukuk olarak yasama, yürütme ve yargıyı bağlar.

md. 20

Almanya Federal Cumhuriyeti demokratik ve sosyal bir federal devlettir.

Tüm devlet otoritesi halktan kaynaklanır. Seçimler ve diğer oylamalar ve özel yasama, yürütme ve yargı kurumları eliyle halk tarafından kullanılır.

Yasama anayasal düzenle, yürütme ve yargı hukuk ve adaletle bağlıdır.

Başka hiçbir çare kalmadıysa tüm Almanların, bu anayasal düzeni ortadan kaldırmayı amaçlayan herkese karşı direnme hakkı vardır.

---

### **3 - Angola**

2010 - md. 236

Anayasa değişikliklerinin saygı göstermesi gerekenler:

- a) İnsan kişiliğinin onuru;
- b) Ulusal bağımsızlık, toprak bütünlüğü ve birliği;
- c) Yönetimin cumhuriyetçi doğası;
- d) Devletin üniter doğası;
- e) Temel çekirdek haklar, özgürlükler ve güvenceler;
- f) Hukukun üstünlüğüne ve çoğulcu demokrasiye dayanan devlet;
- g) Devletin seküler doğası ve kilisenin ve devletin ayrılığı ilkesi;
- h) Egemen ve yerel yetki makamlarına yetkililerin seçilmesinde genel, doğrudan, gizli ve periyodik seçimler;
- i) Mahkemelerin bağımsızlığı;
- j) Egemen gücü uygulayan kurumların ayrılığı ve dayanışması;
- k) Yerel özerklik.

---

### **4 - Azerbaycan**

1995 - md. 155

Bu Anayasa'nın 1., 2., 6., 7., 8., ve 21'nci maddelerinde değişiklik yapılması veya iptal edilmesine ilişkin teklifler, III. fasılda öngörölmüş insan ve vatandaş hak ve özgürlüklerinin iptali veya Azerbaycan Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası antlaşmalarda öngöröldüğünden fazla sınırlandırılmasına ilişkin teklifler hakkında referandum yapılamaz.

\*\*\*

md. 1

Azerbaycan Cumhuriyetinde devlet hakimiyetinin yegane kaynağı Azerbaycan halkıdır.

Azerbaycan halkı, Azerbaycan Cumhuriyeti topraklarında ve dışında yaşayan, Azerbaycan Devleti ve kanunlarına tabi olan, Azerbaycan Cumhuriyeti vatandaşlarından ibarettir; bu konuda, uluslararası hukukla belirtilmiş normlar istisnadır.

md. 2

Serbest ve bağımsız olarak, kendi kaderini tayin etmek ve yönetim şeklini belirlemek Azerbaycan halkının egemen hakkıdır.

Azerbaycan halkı, kendi egemenlik hakkını, doğrudan halkoylaması-referandum ve genel, eşit ve doğrudan seçim hakkına dayalı, serbest, gizli ve şahsi oy verme yolu ile seçilmiş temsilcileri vasıtasıyla gerçekleştirir.

md. 6

Azerbaycan halkının her hangi bir kesimi, sosyal grup, örgüt veya hiçbir kişi hakimiyetin kullanılması yetkisini zorla ele geçiremez.

Hakimiyetin zorla ele geçirilmesi halka karşı en büyük suçtur.

md. 7

Azerbaycan devleti, demokratik, hukuki, dünyevi ve üniter bir Cumhuriyettir.

Azerbaycan Cumhuriyetinde devlet hakimiyeti, iç sorunlarda yalnız hukukla, dış sorunlarda ise yalnız Azerbaycan Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası antlaşmalardan ileri gelen hükümlerle sınırlanır.

Azerbaycan Cumhuriyetinde devlet hakimiyeti kuvvetler ayrılığı prensibine dayanır.

- Yasama hakimiyeti Azerbaycan Cumhuriyeti Milli Meclisince kullanılır;

- Yürütme hakimiyeti Azerbaycan Cumhurbaşkanına aittir;

---

- Yargı hakimiyeti Azerbaycan Cumhuriyeti mahkemelerince kullanılır.

Bu Anayasanın hükümlerine göre, yasama, yürütme, yargı or ganları karşılıklı işbirliği esasında çalışır ve kendi yetkileri çerç ve sinde bağımsızdırlar.

md. 8

Azerbaycan Devletinin başı, Azerbaycan Cumhurbaşkanıdır. O, ülke içinde ve dış ilişkilerde Azerbaycan Devletini temsil eder.

Azerbaycan Cumhurbaşkanı, Azerbaycan halkı nın bütünlüğünü ifade eder ve Azerbaycan Devletinin deva mını sağlar.

Azerbaycan Cumhurbaşkanı, Azerbaycan Devletinin bağımsızlığının, toprak bütünlüğünün ve Azerbaycan Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası antlaşmalara uyulmasının teminatıdır.

Azerbaycan Cumhurbaşkanı, yargı bağımsızlığının temi natıdır.

md. 21

Azerbaycan Cumhuriyetinin devlet dili Azerbaycan dilidir. Azerbaycan Cumhuriyeti, Azerbaycan dilinin gelişmesini sağlar.

Azerbaycan Cumhuriyeti Devleti, halkın konuştuğu diğer dillerin serbestçe kullanılmasını ve gelişmesini sağlar.

---

## 5 - Bahreyn

2002 - md. 120, c

Bu Anayasa'nın 2. maddesinde bir değişiklik teklif edilmesine izin verilmez, ve hiçbir şart altında Bahreyn'de anayasal monarşinin ve miras yoluyla yönetim ilkesinin, aynı şekilde iki kamaralı sistemin ve bu Anayasa'da belirtilen özgürlük ve eşitlik ilkelerinin değiştirilmesinin teklif edilmesine izin verilmez.

\*\*\*

md. 2

Devletin dini İslam'dır. İslamî Şeriat yasama için temel bir kaynaktır. Resmî dil Arapça'dır.

---

## 6 - Benin

1990 - md. 156

Toprak bütünlüğüne zarar verebilecek olması halinde değişiklik süreci başlatılamaz ve devam ettirilemez.

Yönetimin cumhuriyetçi yapısı ve Devlet'in sekülerliği bir değişiklik konusu yapılamaz.

---

## 7 - Bosna-Hersek

1995 - md. 10

Bu Anayasa'da yapılan hiçbir değişiklik bu Anayasa'nın 2. maddesinde sayılan hakların ve özgürlüklerin hiçbirini ilga edemez veya sınırlayamaz veya işbu paragrafı değiştiremez.

\*\*\*

md. 2

1 – İnsan Hakları

Bosna ve Hersek ve her iki Devletçik uluslararası alanda tanınmış insan hakları ve temel özgürlüklerin en üst seviyesini güvence altına alır. Bu amaçla, Genel Çerçeve Anlaşma'nın 6. Eki'nde öngörüldüğü gibi bir Bosna ve Hersek için İnsan Hakları Komisyonu bulunur.

2 – Uluslararası Standartlar

İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması için Avrupa Konvansiyonu'nda ve Protokolleri'nde ifade edilen haklar ve özgürlükler Bosna ve Hersek'te doğrudan uygulanır. Bunlar, diğer bütün yasalara göre önceliklidir.

3 – Hakların Sayılması

Bosna ve Hersek sınırları içerisindeki herkes, yukarıdaki 2. paragrafta bahsedilen insan hakları ve temel özgürlüklerden yararlanır; bunlar şunlardır:

a - Yaşam hakkı.

b - İşkenceye veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye veya cezaya uğramama hakkı.

c - Kölelik veya hizmetçilik için tutulmama veya zorla veya zorunlu işçi olarak çalıştırılmama hakkı.

d – Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakları.

---

e – Adlî ve cezaî davalarda adil yargılanma hakkı ve cezaî usûle ilişkin diğer haklar.

f – Özel ve aile hayatı, yuva ve haberleşme hakkı.

g – Düşünce, inanç ve din özgürlüğü.

h – İfade özgürlüğü.

i – Barışçıl toplanma özgürlüğü ve başkalarıyla örgütlenme özgürlüğü.

j – Evlenme ve bir aile kurma hakkı.

k – Mülkiyet hakkı.

l – Eğitim hakkı.

m – Seyahat ve yerleşme serbestisi hakkı.

#### 4 – Ayrımcılık Yasağı

Bu maddede ve bu Anayasa'nın Ek-I'inde sıralanan uluslararası anlaşmalarda belirtilen haklar ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, din, dil, siyasal veya diğer düşünceler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa üyelik, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi gerekçelerle hiçbir ayrımcılığa uğramaksızın Bosna ve Hersek'teki herkes için güvence altındadır.

#### 5 – Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişiler

Tüm mülteciler ve yerinden edilmiş kişiler ilk evlerine özgürce dönme hakkına sahiptir. Genel Çerçeve Anlaşma'nın 7. Ek'I uyarınca, 1991'den itibaren ortaya çıkan düşmanlıklar sırasında kaybettikleri mülklerinin kendilerine verilmesi ve kendilerine verilemeyen bu tür mülkleri için tazminat alma hakları vardır. Bu tür mülkle ilgili baskı altında yapılan her tür taahhüt ve açıklama hükümsüz ve geçersizdir.

#### 6 – Uygulama

Bosna ve Hersek, ve tüm mahkemeler, ajanslar, hükümet organları, ve Devletçik'ler tarafından veya onların içinde faaliyet gösteren kurumlar, yukarıda 2. paragrafta ifade edilen insan hakları ve temel özgürlükleri uygulamalı ve onlara uymalıdır.

#### 7 – Uluslararası Anlaşmalar

Bosna ve Hersek, bu Anayasa'nın 1. Ek'inde sıralanan uluslararası anlaşmalara taraf kalmalı veya olmalıdır.

#### 8 – İşbirliği

Bosna ve Hersek'teki tüm yetkili makamlar şunlarla işbirliği yapmalı ve sınırsız erişim tanınmalıdır: Bosna ve Hersek için oluşturulmuş tüm uluslararası insan hakları izleme mekanizmaları; bu Anayasa'nın 1. Ek'inde sıralanan uluslararası anlaşmalar tarafından kurulmuş tüm denetleyici kurumlar; Eski Yugoslavya için Uluslararası Mahkeme (ve özellikle Mahkeme'nin Statüsü'nün 29. Maddesi uyarınca çıkarılan emirlere uyulmalı); ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından insan hakları ve insancıl hukuk alanında görevlendirilmiş tüm diğer örgütler.

---

---

**8 - Brezilya**

1988 - md. 60

Teklif edilen hiçbir anayasa değişikliğinin aşağıdakileri ilga etme amacı taşıdığı kabul edilemez:

- I - Ulusal Yönetimin federalist şekli;
- II - Doğrudan, gizli, genel ve periyodik seçim;
- III - Kuvvetler ayrılığı.

---

**9 - Burkino Faso**

1991 - md. 165

Hiçbir Anayasa değişikliği kanunu veya teklifi aşağıdakileri etkilemesi halinde kabul edilebilir değildir:

- Devlet'in cumhuriyetçi doğası ve şekli;
- Çok-parti sistemi;
- Ulusal toprak bütünlüğü.

Toprak bütünlüğünü ihlal eden hiçbir değişiklik başlatılamaz ve sürdürülemez.

---

**10 - Burundi**

2005 - md. 299

Ulusal birliği, Burungi Halkı'nın uyumunu, Devlet'in sekülerliğini, uzlaşmayı, demokrasiyi ve Cumhuriyet'in toprak bütünlüğünü ihlal eden hiçbir değişiklik usulü muhafaza edilemez.

---

**11 - Cezayir**

1963 - md. 178

Aşağıdakilerden hiçbiri anayasa değişikliği konusu olamaz:

- 1 - Devlet'in Cumhuriyetçi yapısı;
  - 2 - Çok-parti sistemine dayanan demokratik düzen;
  - 3 - Devlet'in dini olarak İslam'ın rolü;
  - 4 - Ulusal ve resmi dil olarak Arapça'nın rolü;
  - 5 - İnsanın ve vatandaşın temel özgürlük ve hakları;
  - 6 - Ulusal sınırların bölünmezliği ve birliği;
  - 7 - Devrim'in ve Cumhuriyet'in sembolleri olarak ulusal amblem ve ulusal marş.
- 

## **12 - Cibuti**

1992 - md. 92

Devlet'in varlığını sorgulaması veya toprak bütünlüğünü, yönetimin cumhuriyetçi yapısını veya Cibuti demokrasisinin çoğulcu niteliğini ihlal etmesi halinde hiçbir değişiklik usulüne girilemez.

---

## **13 - Çad**

1996 - md. 223

Aşağıdakileri ihlal etmesi halinde hiçbir değişiklik usulü başlatılamaz veya devam ettirilemez:

- Toprak bütünlüğü, bağımsızlık, veya ulusal birlik;
  - Devlet'in cumhuriyetçi yapısı, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve sekülerlik;
  - Vatandaşların özgürlükleri ve temel hakları;
  - Çoğulculuk politikası.
- 

## **14 - Çek Cumhuriyeti**

1993 - md. 9

Hukukun üstünlüğüyle yönetilen demokratik devletin temel gereksinimlerindeki hiçbir değişikliğe izin verilemez.

---

**15 - Dominik Cumhuriyeti**

2010 - md. 268

Hiçbir Anayasa değişikliğinin her zaman sivil, cumhuriyetçi, demoratik ve temsili olması gereken yönetim biçimiyle ilgisi olamaz.

---

**16 - Doğu Timor**

2002 - md. 156

Anayasa'yı değiştiren kanunlar aşağıdakilere saygı duymalıdır:

- a - Devlet'in ulusal bağımsızlığı ve birliği;
  - b - Vatandaşların hakları, özgürlükleri ve güvenceleri;
  - c - Yönetimin cumhuriyetçi yapısı;
  - d - Kuvvetler ayrılığı;
  - e - Mahkemelerin bağımsızlığı;
  - f - Çok-parti sistemi ve demokratik muhalefet hakkı;
  - g - Egemenlik organlarının yetkililerinin özgür, genel, doğrudan, gizli ve düzenli seçimle belirlenmesi, aynı şekilde oranlı temsil sistemi;
  - h - İdari yetkilerin dağıtılması ve adem-i merkeziyet ilkesi;
  - i - Ulusal bayrak;
  - j - Ulusal bağımsızlığın ilan edildiği tarih.
- c) ve i) paragraflarına belirtilen konular kanuna uygun şekilde, ulusal referandum yoluyla gözden geçirilebilir.
- 

**17 - Ekvador**

2008 - md. 84

(...) Hiçbir halde yönetimin Anayasa'yı, kanunları, diğer yasal ve düzenleyici çerçeveleri ve eylemleri değiştirmesi Anayasa'da tanınmış olan hakları tehlikeye düşüremez.

md. 441



Devlet'in temel yapısını veya doğasını ve kurucu öğelerini tadil etmeyen, hakları ve güvenceleri sınırlamayan ve Anayasa'nın değişiklik usulünü değiştirmeyen Anayasa'nın bir veya daha fazla maddesiyle ilgili değişiklikler aşağıdaki gibi yapılır:

(...)

---

### **18 - Ekvador Ginesi**

1991 - md. 104

Devletin cumhuriyetçi ve demokratik sistemleri, ulusal birlik ve toprak bütünlüğü değişikliklere konu olamaz.

---

### **19 - El Salvador**

1983 - md. 248

Hiçbir şart altında, Anayasa'nın yönetimin biçimi ve sistemi, Cumhuriyet'in sınırları, ve bir Cumhurbaşkanı'nın kendine halef olamaması ilkesiyle ilgili maddeleri değiştirilemez.

---

### **20 - Ermenistan**

1995 - md. 114

Anayasa'nın 1, 2 ve 114. maddeleri değiştirilemez.

\*\*\*

md. 1

Ermenistan Cumhuriyeti, sosyal adalet ve hukukun üstünlüğü üzerine kurulu egemen, demokratik bir devlettir.

md. 2

Ermenistan Cumhuriyeti'nde iktidar halka aittir.

Halk, iktidarını özgür seçimler ve referandum yoluyla, aynı şekilde, Anayasa'da belirtildiği şekliyle devlet ve yerel öz-yönetim organları ve kamu görevlileri yoluyla kullanır. Herhangi bir örgüt veya kişi tarafından iktidarın kötüye kullanılması suç oluşturur.

---

---

**21 - Fas**

2011 - md. 175

Hiçbir değişiklik Müslümanlık dinine ilişkin, Devlet'in monarşik yapısıyla, Millet'in demokratik tercihiyle veya bu Anayasa'da belirtilen özgürlüklere ve temel haklara ilişkin konularla ilgili düzenlemeleri ihlal edemez.

---

**22 - Fildişi Sahili**

2000 - md. 127

Toprak bütünlüğüne etkiler içeren hiçbir değişiklik usulüne girişilemez ve devam ettirilemez. Devlet'in cumhuriyetçi yapısı ve seküler yapısı değişiklik konusu yapılamaz.

---

**23 - Fransa**

1958 - md. 89

Yönetimin cumhuriyetçi yapısı değişiklik konusu yapılamaz.

---

**24 - Gine**

2010 - md. 154

Devlet'in cumhuriyetçi yapısı, laiklik ilkesi, Devlet'n teklifi ilkesi, kuvvetlerin ayrılığı ve dengesi ilkesi, siyasal ve sendikal çoğulculuk, ve Cumhurbaşkanı'nın kaç kez göreve gelebileceği ve görev süresi değişiklik konusu yapılamaz.

---

**25 - Gine-Bissau**

1984 - md. 102

Hiçbir değişiklik teklifi şunları içeremez:

- a) Devlet'in üniter yapısı ve cumhuriyetçi şekli;
  - b) Devlet'in Laik Statü'sü;
  - c) Ulusal toprak bütünlüğü.
- 

## 26 - Guatemala

1985 - md. 281

Hiçbir halde 140, 141, 165 paragraf g), 186 ve 187. maddeler değiştirilemez, ve hiçbir şekil altında yönetimin cumhuriyetçi yapısını veya Cumhurbaşkanlığı görevi için yeniden seçilme yasağı ilkesini içeren soru sorulamaz, aynı şekilde Cumhurbaşkanlığı'nı elinde bulunduranın değişmesine ilişkin Maddeler'in etkinliği ve uygulaması askıya alınamaz veya içerikleri hiçbir yolla değiştirilemez veya farklılaştırılmaz.

\*\*\*

md. 140

Guatemala, vatandaşlarının haklarından ve özgürlüklerinden yararlanabilmesini güvenceye almak için örgütlenmiş özgür, bağımsız ve egemen bir Devlet'tir.

md. 141

Egemenlik, kullanılması için onu Yasama, Yürütme ve Yargı Organları'na devreden halktan kaynaklanır.

md. 165, § g

Cumhuriyet Kongresi'nin yetkileri arasında şunlar bulunur:

(...)

g) Anayasal süresini doldurduktan sonra görevine devam etmesi halinde Cumhurbaşkanı'nı yoksaymak. Böyle bir durumda Ordu, kendiliğinden, Kongre'ye bağlanacaktır.

md. 186

Aşağıdakiler Cumhuriyet'in Başkanlığı ve Başka Yardımcılığı'na seçilemezler:

1. Bir hükümet darbesinin, silahlı devrimin veya benzer bir hareketin anayasal düzeni değiştiren lider veya yöneticileri, veya benzer olayların sonucunda kurulan hükümetin liderliğini kabul edenler;

2. Cumhuriyet'in Başkanlığı veya Başkan Yardımcılığı seçimleri sırasında bu makamları icra eden kişiler, veya seçimlerin yapıldığı başkanlık süresi içerisinde herhangi bir süre için bunları icra eden kişi;
3. Cumhuriyet'in Başkanı'nın veya, Başkanlık görevini icra etmesi sırasında Başkan Yardımcısının, ve bu Madde'nin ilk paragrafında bahsedilen kişilerin dördüncü dereceye kadar kan bağından veya ikinci dereceye kadar akrabalık bağından olanlar;
4. Seçimlerden önceki altı aylık sürede Devlet Bakanı olanlar;
5. Seçim daveti tarihinden en az beş yıl öncesinde istifa etmemiş veya emekliye ayrılmamış olmaları halinde Ordu mensupları;
6. Herhangi bir din veya mezhebin elçisi, ve;
7. Yüksek Seçim Mahkemesi yargıçları.

md. 187

Halkoyu yoluyla Cumhuriyet'in Başkanlığı görevini herhangi bir süre için yerine getiren kişi, veya bu görevi iki yıldan daha fazla süreyle yapan biri, hiçbir şekilde bu görevi bir daha yerine getiremez.

Herhangi bir yolla yeniden seçilme veya başkanlık süresinin uzatılması hukuk uyarınca cezalandırılır. İcra edilmeye yeltenilen görev hükümsüzdür.

## 27 - Honduras

1982 - md. 374

Yukarıdaki madde, bu madde, Anayasa'nın yönetimin yapısına, ulusal toprağa, cumhurbaşkanlığı süresine, herhangi bir sıfatla cumhurbaşkanlığı yapan vatandaşın yeniden cumhurbaşkanı seçilmesi yasağına, ve müteakip dönemde cumhurbaşkanı olamayacak kişilere ilişkin Maddeleri değiştirilemez.

## 28 - İran

1979 - md. 177

Siyasal sistemin İslami niteliğine ilişkin Anayasa Maddeleri'nin içerikleri; İslami kıstaslara göre tüm kuralların ve düzenlemelerin temeli; dini temel; İran İslam Cumhuriyeti'nin hedefleri; yönetimin demokratik niteliği; wilayat al-amr; Ummah İmamlığı; ve ulusal referanduma dayanan devlet işlerinin idaresi, İran'ın ulusal dini (İslam) ve öğretisi (Twelver Ja'fari) değiştirilemez.

---

**29 - Kamboçya**

1993 - md. 17

7. maddenin ilk cümlesinde ifade edilen "Kamboçya Kralı hüküm sürer ama yönetemez" şeklindeki düzenleme kesinlikle değiştirilemez.

md. 153

Liberal ve çoğulcu demokrasi sistemini ve Anayasal Monarşi rejimini etkileyen düzeltme ve değişiklikler yasaklanabilir.

---

**30 - Kamerun**

1972 - md. 64

Devlet'in cumhuriyetçi şeklini, birliğini ve toprak bütünlüğünü ve Cumhuriyet'e hakim olan demokratik ilkeleri etkileyen hiçbir Anayasa değişikliği usulü kabul edilemez.

---

**31 - Kape Verde**

1980 - md. 313, (1)

Aşağıdakiler değişiklik konusu olamaz:

- (a) Ulusal bağımsızlık, ulusal toprakların bütünlüğü, ve Devlet'in birliği;
- (b) Yönetimin cumhuriyetçi yapısı;
- (c) Ulusal ve yerel yetkililerin belirlenmesinde genel, doğrudan, gizli, periyodik seçim;
- (d) Ulusal organların ayrılığı ve dayanışması;
- (e) Yerel iktidarın özerkliği;
- (f) Mahkemelerin bağımsızlığı;
- (g) İfade ve siyasal örgüt çoğulculuğu, ve muhalif olma hakkı.

md. 313, (2)

Değişikliğe ilişkin kanunlar Anayasa'da kabul edilen hakları, özgürlükleri ve güvenceleri daraltamaz veya sınırlayamaz.

---

### **32 - Kıbrıs**

1960 - md. 182

Bu Anayasa'nın 11 Şubat 1959 tarihli Zürih Anlaşması'ndan III. Ek'ine aktarılan Maddeler veya bu Maddelerin bölümleri bu Anayasa'nın temel Maddeleri'dir ve hiçbir şekilde, farklılaştırma, ekleme veya ilga etme yoluyla değiştirilemez.

---

### **33 - Komor Adaları**

2001 - md. 42

Ulusal toprağı, uluslararası olarak tanınmış sınırların ihlal edilmezliğini veya adaların özerliğini tehlikeye sokan hiçbir değişiklik usulü başlatılamaz veya devam ettirilemez.

---

### **34 - Kongo**

2001 - md. 185

Devletin cumhuriyetçi yapısı, seküler niteliğı, Cumhurbaşkanı'nın kaç kez görev yapacağı, aynı şekilde I ve II. Başlık'ta açıklanan haklar değişiklik konusu yapılamaz.

---

### **35 - Kosova**

2008 - Son Düzenlemeler - md. 3.0

Bu Anayasa'daki değişiklikler, ancak Kosova Meclisi Başkanı'nın teklif edilen değişikliğin bu Anayasa'nın II. Başlığı'nda belirtilen hak ve özgürlüklerden hiçbirini daraltmadığına yönelik ön görüşünü almak üzere teklif edilen değişikliğı Anayasa Mahkemesi'ne danışmasının ardından Meclis tarafından kabul edilebilir.

---

**36 - Kuveyt**

1992 - md. 175

Kuweyt Emirlik Rejimi'ne ve bu Anayasa'da belirtilen özgürlük ve eşitlik ilkelerine ilişkin düzenlemeler değişiklik için teklif edilemez, meğer ki bu değişiklikler mutato nomine Emirlik sıfatını veya özgürlük ve eşitlik güvencelerinde bir artışı ilgilendirsın.

---

**37 - Küba**

1976 - md. 137

Bu Anayasa ancak ad okunarak yapılan oylamada üye tam sayısının en az üçte ikisinden az olmayan bir çoğunluğun kabul ettiği kararlar yoluyla Halkın İktidarının Millet Meclisi tarafından değiştirilebilir; meğer ki (değişiklik), feshedilemez nitelikleri I. Bölüm'ün 3. Maddesi'nde belirlenmiş olan siyasal, sosyal ve ekonomik sistemle ilgili, veya 11. Madde'de belirlendiği üzere saldırı, tehdit veya cebir altında müzakere yasağıyla ilgili olsun.

---

**38 - Lüksemburg**

1868 - md. 115

Bir krallık sırasında, Anayasa'da Büyük Dük'ün anayasal yetkilerini, statüsünü ve aynı şekilde halefiyetini ilgilendiren hiçbir değişiklik yapılamaz.

---

**39 - Mali**

1992 - md. 118

Devlet'in bütünlüğüne dokunması halinde hiçbir değişiklik usulü başlatılamaz veya sürdürülemez.

Devletin cumhuriyetçi yapısı ve sekülerliği, aynı şekilde çok-particilik değişiklik konusu olamaz.

---

**40 - Moldova**

1994 - md. 142

Vatandaşların temel hak ve özgürlüklerinin veya bunların güvencelerinin ihlalin yola açan hiçbir değişiklik yapılamaz.

---

#### **41 - Moritanya**

1991 - md. 99

Devlet'in varlığı tehlikeye düşüren veya toprak bütünlüğünü, Kurumlar'ın cumhuriyetçi yapısını, Moritanya demokrasisinin çoğulcu niteliğini veya iktidarın demokratik yollarla el değiştirmesi ilkesini ve sonuçlarını, yukarıda 26 ve 28. Madde'lerde belirtildiği üzere, Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin beş yıl olduğu ve yalnızca bir kez yenilenebileceğine dair ilkeleri ihlal eden hiçbir Anayasa değişikliği usulü başlatılamaz.

---

#### **42 - Namibya**

1990 - md. 131

Bu Anayasa altında, işbu 3. Başlık'ın düzenlemelerindeki hiçbir ilga veya değişikliğe, bu ilga ve değişikliğin bu Başlık'ta bulunan ve tanımlanan temel hak ve özgürlükleri azaltması veya değerini eksiltmesi halinde izin verilemez, ve bu sözde ilga veya değişikliklerin hiçbirinin değeri veya herhangi bir gücü veya etkisi olamaz.

md. 132

Bu Anayasa altında, işbu Alt-Madde'nin veya Alt-Madde (2) veya (3)'ün ilgası ve değişikliğine, Parlamento'da veya bir referandumda gerekli olan çoğunlukları azaltmayı veya değerini eksiltmeyi amaçlaması halinde izin verilemez, ve bu sözde ilga veya değişikliklerin hiçbirinin değeri veya herhangi bir gücü veya etkisi olamaz.

---

#### **43 - Nauru**

1968 - md. 92

Anayasa Konvansiyonu, bu Madde'nin (1.) cümlesinde belirtilen süre sırasında, Anayasa Konvansiyonu üyelerinin çoğunluğunun kabul ettiği bir kararla, bu Anayasa'nın, bu Madde ve 85. Madde'nin (4.) cümlesi dışındaki tüm düzenlemelerini değiştirebilir.



\*\*\*

md. 85

(...)

(4) Nauru'nun 1967 Anayasal Konvansiyon Nizamnamesi, Nizamname altında kurulan Anayasal Konvansiyon'un üyeliğini etkilemek amacıyla değiştirilemez.

#### 44 - Nijer

2010 - md. 175

Devlet'in cumhuriyetçi yapısı, çok-parti sistemi, Devlet'in ve dinin ayrılığı ilkesi ve bu Anayasa'nın 47. Maddesi'nin 1 ve 2. paragraflarındaki ve 185. Maddesi'ndeki düzenlemeler değişiklik konusu yapılamaz.

Bu Madde'nin değişikliği usulü kabul edilemez.

\*\*\*

md. 47

Cumhurbaşkanı genel, özgür, doğrudan, eşit ve gizli oyla, beş (5) yıllık bir görev için, yalnızca bir (1) kez yenilenebilir şekilde seçilir.

Her halükarda, kimse iki (2) başkanlık görevinden fazlasını icra edemez veya nedeni ne olursa olsun görev süresini uzatamaz.

md. 185

Onsekiz (18) Şubat 2010 hükûmet darbesini yapanlar, birlikte yapanlar ve yardımcıları için bir af çıkartılmıştır.

Bu etkiyi yaratacak bir yasa, Millet Meclisi'nin birinci (1.) oturumunda oylanacaktır.

#### 45 - Norveç

1814 - md. 112

(...). (Bir) değişiklik hiçbir zaman, bu Anayasa'da bulunan ilkelere aykırı olamaz, ancak yalnızca belli düzenlemelerin Anayasa'nın ruhunu farklılaştırmayan değişikliklerle ilgili olabilir ve ayrıca bu değişiklik Storting'in üçte ikisi tarafından onaylanmalıdır.

#### **46 - Orta Afrika Cumhuriyeti**

2004 - md. 107

Cumhurbaşkanlığı makamının boşluğu sırasında veya toprak bütünlüğünü ihlal etmesi halinde hiçbir değişiklik usulü başlatılamaz ve sürdürülemez.

md. 108

Değişikliğin açıkça dışında kalanlar:

- Devlet'in cumhuriyetçi ve seküler yapısı;
  - Cumhurbaşkanlığı görevinin sayısı ve süresi;
  - Seçilme şartları;
  - Devlet Başkanı'nın görevleriyle bağdaşmazlıklar;
  - Vatandaşın temel hakları.
- 

#### **47 - Portekiz**

1976 - md. 288

Anayasa değişikliği kanunları şunlara saygı göstermelidir:

- a) Ulusal bağımsızlık ve devletin birliği;
- b) Yönetimin cumhuriyetçi yapısı;
- c) Kilise ve devlet arasında ayrılık;
- d) Vatandaşların hakları, özgürlükleri ve güvenceleri;
- e) İşçilerin hakları, işçi komiteleri ve sendikaları;
- f) Üretim araçlarının sahipliği ilişkisi içinde kamu , özel ve kooperatif ve sosyal sektörlerin birlikte varlığı;
- g) Karma ekonomi çerçevesi içinde var olması gereken ekonomik planların gereksinimleri;
- h) Egemenliği kullanan organların, özerk bölgelerin organlarının ve yerel hükümet organlarının yetkililerinin genel, doğrudan, gizli ve periyodik seçimle ve seçilmesi; ve oranlı temsil sistemi;
- i) Çoğul ifade ve, siyasal partiler de dahil, siyasal örgütlenme, ve demokratik muhalefet hakkı;
- j) Egemenliği kullanan organları ayrılığı ve dayanışması;

- l) Hukuk kurallarının pozitif anayasallığının denetimi ihmal yoluyla anayasaya aykırılığı için itiraz;
- m) Mahkemelerin bağımsızlığı;
- n) Yerel yönetimlerin özerkliği;
- o) Azor ve Madeira takımadalarının siyasal ve idari özerkliği.
- 

#### **48 - Romanya**

1991 - md. 152

Bu Anayasa'nın Romanya devletinin ulusal, bağımsız, üniter ve bölünmez niteliğini, yönetim şekli olarak Cumhuriyet'i, toprak bütünlüğünü, yargı sisteminin bağımsızlığını, siyasal çoğulculuğu, ve resmi dili ilgilendiren düzenlemeleri anayasal değişiklik konusu olamaz.

Benzer şekilde, vatandaşların temel hak ve özgürlüklerinin ve bu hak ve özgürlüklerin güvencelerinin yok olması sonucunu doğuran hiçbir değişiklik kabul edilemez.

---

#### **49 - Ruanda**

2003 - md. 193 (Anayasa'nın değiştirilmesi)

Bu maddede yapılacak hiçbir değişikliğe izin verilmez.

---

#### **50 - Senegal**

2001 - md. 103

Devlet'in cumhuriyetçi yapısı değişiklik konusu yapılamaz.

---

#### **51 - Somali**

2012 - md. 132

2. Cümle'ye bakılmaksızın, Federal Parlamento'nun ilk görev süresinin bitiminde önce veya sonra olsun, hiçbir Parlamento kanadı bu Anayasa'nın 1. Kısmı'nda belirtilen Kurucu İlkeler'de bir değişiklik kabul edemez.

\*\*\*

## 1. Kısım

### md. 1

Somali, halkın kapsayıcı temsili ve çok-parti sistemi ve sosyal adalet üzerine kurulu federal, egemen, ve demokratik bir cumhuriyettir.

Tüm iktidar, Yüce Allah'tan sonra, halka aittir ve Anayasa ve hukuka uygun şekilde ve ilgili kurumlar yoluyla kullanılabilir.

Somali Federal Cumhuriyeti'nin egemenliği ve birliği ihlal edilemez.

### md. 2

Devlet'in dini İslam'dır.

Ülkede İslam dışındaki dinlerin propagandası yapılamaz.

Şeriat'ın genel ilkeleriyle uyumlu olmayan hiçbir kanun yasalaştırılamaz.

### md. 3

Somali Federal Cumhuriyeti Anayasası, Kutsal Kur'an ve peygamberimiz Muhammed'in Sünnet'inin temelleri üzerine kuruludur ve Şeriat'ın ve sosyal adaletin yüksek hedeflerini korur.

Somali Federal Cumhuriyeti Afrika ve Arap Birliği üyesi Müslüman bir ülkedir.

Somali Federal Cumhuriyeti, bir federal sistemde iktidarın paylaşılmasına dair temel ilkeler üzerine kuruludur.

Somali Federal Cumhuriyeti Anayasası, insan haklarını, hukukun üstünlüğünü, uluslararası hukukun genel standartlarını, adaleti, katılımcı danışmacı ve kapsayıcı yönetimi, halkın yararına olarak hesap verebilirliği, etkinliği ve cevap verebilirliği sağlamak amacıyla yasama, yürütme ve bağımsız yargı arasındaki kuvvetler ayrılığını destekler.

md. 4

Ülkedeki üstün hukuk, Şeriat'tan sonra, Somali Federal Cumhuriyeti Anayasası'dır. Yönetimi bağlar ve yönetimin tüm bölümlerindeki politika girişimi ve kararlarına rehberlik eder.

Anayasa'ya aykırı herhangi bir kanun veya idarî karar, bu Anayasa uyarınca öyle yapma yetkisi olan Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilir.

md. 5

Somali Federal Cumhuriyeti'nin resmî dili Somalice'dir (Maay ve Maxaa-tiri), ve Arapça ikinci dildir.

md. 6

Somali Federal Cumhuriyeti bayrağı, Program Bir'in A Bölümü'nde gösterildiği üzere, ortasında beş eşit noktalı beyaz yıldız bulunan açık mavi bir dikdörtgendir.

Somali Federal Cumhuriyeti'nin amblemi, Program Bir'in B Bölümü'nde gösterildiği üzere, ortasında gümüşle kaplanmış beş noktalı yıldız bulunan altın çerçeveli bir kalkandır. Kalkanın üzeri, iki yan tarafta bulunanların yarısının gözüktüğü beş altın başlı bir amblemle süslenmiştir. Kalkan her iki yanında, en alt kısmında, beyaz bir kurdelayla birleşen uzunlamasına iki palmiye yaprağında birbirlerine bakan iki leopar tarafından tutulmaktadır.

Somali'nin "Qolobaa Clanakeed" olan bir ulusal marşı vardır.

Somali Federal Cumhuriyeti'nin Federal Üye Devletleri, federal sisteme uyarınca kendi bayrakları ve ulusal sembollerine sahip olabilir.

md. 7

Somali Federal Cumhuriyeti'nin egemenliği, toprak, kara suları, adalar, toprak altı, hava sahası, ve kıta sahanlığı, ve Federal Parlamento tarafından kabul edilecek bir kanun uyarınca Somali Federal Cumhuriyeti'ne dahil olacak tüm kara ve suları kapsayan Somali Federal Cumhuriyeti'nin tüm topraklarına yayılır.

Somali Federal Cumhuriyeti'nin toprakları ihlal edilemez ve bölünemez.

Somali Federal Cumhuriyeti'nin sınırlarıyla ilgili tüm uluslararası sınır uyuşmazlıkları toprak kanunları ve uluslararası hukukla uyumlu şekilde barışçıl ve dayanışmacı şekilde çözülür.

Somali Federal Cumhuriyeti'nin sınırları şunlardır:

1. Kuzey'de: Aden Körfezi
2. Kuzey-batı'da: Cibuti

3. Batı'da: Etiyopya
4. Güney-batı'da: Kenya
5. Doğu'da: Hint Okyanusu

md. 8

Somali Federal Cumhuriyeti halkı tüm vatandaşlardan oluşur, ve bölünemez.

Yalnız bir Somali vatandaşlığı vardır, ve Somali Federal Cumhuriyeti Halk Meclisi nasıl kazanılacağını, askıya alınacağını, veya kaybedileceğini tanımlayan özel bir kanunu yasalaştırmalıdır.

Bir Somali vatandaşı, başka bir ülkenin vatandaşı olsa bile, Somali vatandaşlığından mahrum bırakılamaz.

Somali vatandaşlığının reddi, askıya alınması veya kaldırılması siyasal gerekçelere dayandırılmaz.

md. 9

Somali'nin başkentinin statüsü, anayasal değişiklik usulüyle belirlenir, ve Somali Federal Parlamentosu'nun iki meclisi bu konuya ilişkin özel bir kanun kabul eder.

---

## 52 - Tacikistan

1994 - md. 100

Yönetimin cumhuriyetçi yapısı, toprak bütünlüğü, Devlet'in demokratik, hukuk tarafından yönetilen, seküler ve sosyal doğası değiştirilemez.

---

## 53 - Tayland

2007 - md. 291

(...) Devlet'in Başlı olarak Kral'la yönetime dayalı demokratik rejimin değiştirilmesi veya Devlet'in şeklinin değiştirilmesi etkisi doğuracak bir değişiklik teklifi vermek yasaktır.

---

**54 - Togo**

1992 - md. 144

Devlet'in Cumhuriyetçi yapısı ve sekülerliği değişiklik konusu olamaz.

---

**55 - Türkiye**

1982 - md. 4

Anayasa'nın 1. maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3. maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi tekli edilemez.

\*\*\*

md. 1

Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir.

md. 2

Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

md. 3

Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. Dili Türkçedir.

Bayrağı, şekli kanununda belirtilen, beyaz ay yıldızlı al bayraktır.

Millî marşı İstiklal Marşı'dır.

Başkenti Ankara'dır.

---

**56 - Türkmenistan**

2008 - md. 116

Yönetimin başkanlı cumhuriyet olan şekliyle ilgili anayasal düzenlemeler değiştirilemez.

---

**57 - Ukrayna**

1996 - md. 157

Ukrayna Anayasası, eğer değişiklikler insan ve yurttaş hak ve özgürlüklerini ortadan kaldırıyor veya sınırlamayı amaçlıyorsa, veya bağımsızlığı tasfiye ediyor veya Ukrayna'nın topraklarının bölünmezliğini ihlal ediyorsa değiştirilemez.

---

**58 - Ürdün**

1952 - md. 126

Krallık dönemi sırasında Anayasa'da Kral'ın haklarını ve halefiyetini ilgilendiren değişiklik yapılamaz.

---

**59 - Yunanistan**

1975 - md. 110

Anayasa'daki düzenlemeler, yönetimin yapısını Parlamenter Cumhuriyet olarak belirleyenler ve 2. maddenin 1. paragrafı, 4. maddenin 1, 4 ve 7. paragrafları, 5. maddenin 1. ve 3. paragrafları, 13. maddenin 1. paragrafı ve 26. madde haricinde değişiklik konusu olabilir.

\*\*\*

md. 2

1 – İnsanın değerine saygı gösterilmesi ve korunması Devlet'in öncelikli görevlerini oluşturur.

md. 4

1 – Tüm Yunanlar hukuk önünde eşittir.

(...)

4 – Özel kanunlarla aksi düzenlenmedikçe, kamu hizmetlerine yalnız Yunan vatandaşları seçilebilir.

(...)

7 – Yunan vatandaşları arasında soyluluğa ilişkin sıfatlar ve ayırım yapılamaz ve tanınmaz.



md. 5

1 – Herkesin, başkalarının haklarına zarar vermediği veya Anayasa'yı ve iyi uygulamasını ihlal etmediği sürece, kişiliğini özgürce geliştirme hakkı ve ülkenin sosyal, ekonomik ve siyasal hayatına katılma hakkı vardır.

(...)

3 – Kişisel özgürlük ihlal edilemez. Hukukun düzenlediği an ve şekil dışında kimse yargılanamaz, tutuklanamaz, hapse atılamaz veya başka bir şekilde sınırlanamaz.

md. 13

1 – Dinsel inanç özgürlüğü ihlal edilemez. Sivil hak ve özgürlüklerden yararlanma kişinin dinsel inançlarına bağlanamaz.

md. 26

Yasama erkleri Parlamento ve Cumhurbaşkanı tarafından kullanılır.

Yürütme erkleri Cumhurbaşkanı ve Hükûmet tarafından kullanılır.

Yargı erkleri, kararları Yunan Halkı adına uygulanan hukuk mahkemeleri tarafından kullanılır.

## ÖZGEÇMİŞ

Serkan KÖYBAŞI 17 Nisan 1980 tarihinde Almanya'nın Münih şehrine bağlı Aichach kasabasında doğmuştur. Lise eğitimini Galatasaray Lisesi'nde, lisans ve yüksek lisans eğitimini Galatasaray Üniversitesi'nde tamamlamıştır. Yazarın yayımları ve aldığı ödüller şu şekildedir:

### Makaleler

“İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 9. Maddesi Işığında Avrupa'da ve Türkiye'de Türban”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sayı:1/2003, Ocak 2003

“Alan Vergisinin Hukuksal Dayanağı Kalmadı”, Güncel Hukuk Dergisi, Sayı 11, Kasım 2004

“Uluslararası İnsancıl Hukukta Canlı Kalkan Kavramı”, Erdoğan Teziç'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No: 5, İstanbul, 2007

“Bülent Ersoy'un 'Aykırı' İfade Özgürlüğü”, Güncel Hukuk Dergisi, Sayı 5-53, Mayıs 2008

“Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak İklim Değişikliği”, Güncel Hukuk Dergisi, Sayı 11-59, Kasım 2008

“Avrupa Birliği Entegrasyon Sürecinde Bir Anayasal Direniş Örneği Olarak İspanya”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı 63-64, Kasım-Aralık 2009

“Referandumlarda Konunun Tekliği İlkesi”, Güncel Hukuk Dergisi, Sayı 5/77, Mayıs 2010

“İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Bayatyan Kararı ve Kararın Türkiye'deki vicdanî Ret Hakkına Etkisi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Cilt 7, Sayı 85-86, Kasım-Aralık 2011

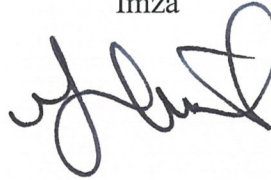




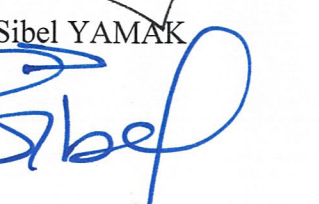
### Ödüller

Aybay Hukuk Vakfı İnsan Hakları İnceleme Yarışması, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 9'uncu Maddesi Işığında Avrupa'da ve Türkiye'de Türban” adlı çalışmayla yarışma 2'nciliği, Aralık 2003

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ  
Enstitü SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
Adı Soyadı SERKAN KÖYBAŞI  
Tez Başlığı ANAYASALARDA DEĞİŞMEZLİK-DEĞİŞMEZ MADDELERİN  
TEORİSİ VE PRATİĞİ  
Savunma Tarihi 17.01.2014  
Danışma 1. Prof.Dr.NECMİ YÜZBAŞIOĞLU  
2. Prof.Dr.SİBEL İNCEOĞLU

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı	İmza
Prof.Dr.NECMİ YÜZBAŞIOĞLU	
Prof.Dr.SİBEL İNCEOĞLU	
Prof.Dr.BERTİL EMRAH ODER	
Prof.Dr.KORKUT KANADOĞLU	
Doç.Dr.EMRE ÖKTEM	
Enstitü Müdürü	
Prof. Dr. Sibel YAMAK	