

Halk Egemenliği ve Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi

Mehmet Turhan

Prof. Dr. | Çankaya Üniversitesi İİBF Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Liberal Düşünce, Cilt 15, Sayı: 57 - 58, Kiş - Bahar 2010, s. 33 - 59

Anayasa değişikliği, bir başka deyişle, anayasayı değiştirme formülü kurucu iktidarın¹ anayasa üzerindeki otoritesini ileriki kuşaklarla belli ölçüler içerisinde paylaşması anlamına gelir. Kurucu iktidarının başlangıçtaki bu ilişkisi nedeniyle anayasayı değiştirme yetkisi demokrasi ve egemenlik sorunlarının özüne dokunur. Anayasanın gözden geçirilmesi kurumsal olarak en somut biçimde hukukun kaynakları ve “halk egemenliği” sorunlarını ortaya çıkarır. Eğer vatandaşlar anayasayı değiştiremiyor ve sadece periyodik seçimler yoluyla harekete geçebiliyor ve sadece somut siyaset alternatifleri arasında özgür basın vasıtasıyla tartışabiliyorsa demokrasi eksik kalmış olacaktır. Demokrasinin eksik kalmaması için halkın oyunun kurallarını ve temel değerlerini değiştirip değiştirmeme hakkı da olmalıdır. Liberal sistemlerde siyasal meşruluk en son aşamada halkın gereğinde kullanılmak üzere yedekte tutulan anayasada değişiklik yapabilme seçeneğine sahip olabilmesine dayanır.²

Yazılı anayasalarda anayasa değişikliğiyle ilgili bir hükmün mutlaka olması gerekir. Anayasayı değiştirme yetkisi çoğunlukla halka veya halkı temsil eden organa verilir. Böyle bir yetki durağanlık veya cansızlıktan kaçınabilmek için gereklidir.

¹ Bir devletin anayasasını yapma veya değiştirme iktidarına “kurucu iktidar” veya “kuruculuk fonksiyonu” adı verilmektedir. Kurucu iktidar iki farklı biçimde ortaya çıkabilir. “Asli kurucu iktidar” ve “tali kurucu iktidar”. Asli kurucu iktidar bir devletin anayasasını yeniden yapan iktidardır. Tali kurucu iktidar ise bir devletin anayasasını o anayasada belirlenmiş usüllere uyarak değiştiren iktidar olmaktadır. Bu konuda bakınız: Kemal Gözler, *Kurucu İktidar* (Bursa: Ekin yayınları, 1998), s. 13-19.

² Stephen Holmes ve Cass R. Sunstein, “The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe”, *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Sanford Levinson, editor (Princeton: Princeton University Press, 1995), s. 276-277.

Eğer anayasa değiştirilemezse zaman içinde anayasa değişen toplumun arzularını ve isteklerin karşılayabilmede yetersiz kalacaktır. Anayasa değişikliği alelâde kanunların değiştirilmesi sürecinden daha zor koşullara bağlandığı için özünde çoğunluk karşıtıdır. Böyle bir yolun benimsenmesiyle âni ve düşüncesizce yapılabilecek değişiklikleri önleneceği düşünülür ve örneğin, anayasa değişikliği için üçte iki veya dörtte üç gibi özel bir çoğunluk istenir.³

Anayasa değişikliklerinin anayasa uygunluğunun yargısal denetimi şekil ve esas olmak üzere iki türlü gerçekleştirilebilir. Anayasa değişikliklerinin şekil yönünden anayasaya uygunluğunun denetimi bu değişikliğin anayasada öngörülen usûl ve şekil koşullarına uygun olarak yapılıp yapılmadığının incelenmesinden ibarettir. Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini kabul eden bir ülkede anayasa değişikliğinin şekil yönünden anayasaya uygunluğunu denetlenmesinin kabulünde gariptenecek bir şey yoktur; çünkü anayasa değişiklikleri de biçimsel olarak bir kanundur ve bu nedenle değişikliklerin anayasada belirtilen usûl ve şekil kurallarına uygun olarak yapılması gerekir. Anayasayı yapan asli kurucu iktidar anayasayı değiştirme usûlünü belirtmiş ve bu yolla tali kurucu iktidarın anayasayı değiştirme yetkisini sınırlandırmıştır. Kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli olan mahkemenin anayasada açık bir hüküm olmasa dahi, anayasa değişikliklerini anayasada belirtilen usûl ve şekle uygunluğu açısından denetleyebileceğini kabul etmek gerekir.⁴

Anayasa değişikliklerinin esas yönünden anayasaya uygunluğunun denetimi ise tümüyle farklı bir konudur. Gary Jeffrey Jacobsohn esas yönünden anayasa aykırı anayasa değişikliği olabilir mi sorusunu İncil acaba İncil'e aykırı olabilir mi gibi bir soruya benzetmekte ve birçok ülkede böyle bir sorunun çok da fazla ciddiye alınmadığını belirtmektedir.⁵ Frederick Schauer da şöyle sormaktadır: "Anayasayı hangi şey anayasal yapar? Büyük bir olasılıkla bu soruyu hiçbir şey veya ne de herhangi bir şey anayasayı anayasaya aykırı hâle getirebilir diye yanıtlanır. Anayasalar anayasallığın ve anayasaya aykırılığın temellerini belirlerler ve böyle yapmaları nedeniyle de anayasalar ne anayasaya uygun ne de anayasaya aykırı olabilirler."⁶

Ergun Özbudun anayasada belirtilen usûl ve şekle uygun gerekçeleştirilen anayasa değişikliklerinin mevcut anasadaki diğer normlarla eşit düzeye geleceğini belirtmektedir. Yazarın belirttiği gibi bu durumda anayasa hükmü hâline gelen anayasa değişikliği hangi ölçüye göre anayasaya uygun veya aykırı görülebilecektir? Aynı düzeydeki normlar arasında astlık-üstlük ilişkisi olamaz. Aynı düzeydeki normlar arasında zaman yönünden öncelik-sonralık ve konu yönünden de genellik-özellik ilişkisi söz konusu

³ S. P. Sathé, *Judicial Activism In India*, İkinci Baskı (Oxford: Oxford University Pres, 2002), s.63.

⁴ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 10. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), s. 169-170.

⁵ Gary Jeffrey Jacobsohn, "An Unconstitutional Constitution: A Comparative Perspective", *Int' J Con Law*, Vol. 4, No 3 (Jul 2006), s. 460.

⁶ Frederick Schauer, "Amending the Presuppositions of a Constitution", *The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Sanford Levinson editör (Princeton: Princeton University Pres, 1995), s. 145.

olabilir. Olaya mantıksal açıdan bakıldığında anayasadaki usûl ve şekle uygun olarak gerçekleştirilen anayasa değişikliklerinin, kendisiyle eşdeğerde olan bir başka anayasa normuna uygun olup olmadığını denetlemek pek mümkün gibi görünmemektedir.⁷

Hukukçular tarafından anayasaların ‘yazılı olmayan’ veya ‘üstü örtülü’ yani açıkça belirtilmemiş bazı temel ilkeleri de içerdđiđi sık sık ileri sürülmüştür. Bu ilkeler Avustralya’da Yüksek Mahkemenin 1992’de âniden ilk kez keşfettiği siyasal iletişim özgürlüğünde gördüğümüz gibi, belirli bir özgürlük olabileceği gibi; hemen hemen her yerde bir anayasal ilke olarak kabul edilen hukuk devleti gibi son derece soyut bir ilke de olabilir. Bu yazılı olmayan anayasal ilkeler bireysel hak ve özgürlüklerle, devletle veya hükümetle ilgili yetkiler veya ayrıcalıklarla veya yargı bağımsızlığı gibi kurumsal güvencelerle ilgili olabilmektedir. Bu ilkeler ne olursa olsun sonunda parlamentoların yetkilerini sınırlandırmada veya tırpanlamada kullanılmaktadır. Çoğunlukla ahlâkî normların, ister benimseyelim ister benimsemeyelim uygulanacağını; oysa hukuksal normların ister yasa çıkarma biçiminde olsun ister bir geleneğin evrimi sonucu olsun varlıklarını belirli bir zamanda ve belirli bir yerdeki uygulamalara borçlu olduğu belirtilir. O hâlde yazılı olmayan anayasal ilkeleri de hukuksal sistem herhangi bir biçimde benimsediğinde veya kabul ettiğinde var olacağını söyleyebiliriz. Ancak her nedense daha önce keşfedilemeyen bu tür ilkelerin bulunuşu insanda biraz şüphe uyandırmaktadır. Örneğin, siyasal iletişim özgürlüğü Avustralya’da birdenbire 1992 yılında Yüksek Mahkeme tarafından keşfedilmiştir. Bu şöyle bir sorunu ortaya çıkarmaktadır: Nasıl olur da hukuksal bir sistem, o ülkede yaşayan ünlü hukukçular, yargıçlar ve bilim adamları tarafından o güne kadar bilinmeyen yazılı ilkelere bünyesine alabilir? Bazıları bu nedenle yazılı olmayan ilkelerin yargısal yaratıcılığı gizleme amacıyla kullanıldığını belirterek bu düşünceyi reddetme eğilimindedirler.⁸

Bu söylenenlere rağmen anayasa değişikliklerinin denetlenmesi hususunda Almanya’da Federal Anayasa Mahkemesi bu konuda kendini yetkili görmüştür. Hindistan’da da Yüksek Mahkeme anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini içtihat yoluyla eline geçirmiştir. Ülkemizde Anayasa Mahkemesi hem 1961 Anayasası döneminde hem de 1982 Anayasası döneminde anayasalara Anayasa Mahkemesinin böyle bir denetim yapamayacağı açıkça yazılmasına rağmen, bu konuda kendi kendini yetkilendirmiştir. Anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun denetlenebileceğini savunan hukukçu sayı da az değildir. Bu nedenlerle bu konuyu ülkemiz açısından değerlendirilmesi gerekir. Anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun denetlenmesi konusunu Anayasa Mahkememizin verdiği kararları esas incelemenin doğru olacağını düşünmekteyiz.

⁷ Özbudun, *age*, s. 170. Anayasa Mahkemesi gerek 1961 gerek 1982 Anayasaları döneminde verdiği çeşitli kararlarda hukukun genel ilkelerinden destek ölçü norm olarak yararlanmış ve zaman zaman da bu ilkelerin Anayasa hükümlerinden de önce geldiği yolunda ifadeler kullanmıştır.

⁸ Jeffrey Goldsworthy, “Unwritten Constitutional Principles”, *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*, Grant Huscroft, editor (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), s. 277.

I

Anayasa Mahkemesi ilk kez olarak 16/6/1970 tarihinde anayasa değişikliklerini denetleyebileceğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararla 1961 Anayasasının 68. maddesinde milletvekili seçilme yeterliği ile ilgili olarak 1188 sayılı Kanunla yapılan anayasa değişikliğini “şekil yönünden” iptal etmiştir. Bu kararın gerekçesinde Yüksek Mahkeme anayasa değişikliklerini esas yönünden de denetleyebileceğini ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi daha sonra sık sık tekrarlayacağı görüşünü şöyle ifade etmiştir.

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

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

Bu bakımdan bu ilkelere değişmeyi öngören veya Anayasa’nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunmaz. Bu esaslara aykırı olarak çıkarılmış bulunan bir kanunun Anayasa’nın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir.

Görülüyor ki Anayasa değişikliğini, öngören kanunlar üzerinde, Anayasanın 147. maddesi gereğince, Anayasa Mahkemesine esas yönünden de denetim görevi düştüğü meydandadır.”⁹

12 Mart Muhtırasından sonra 1961 Anayasasının 1971 yılında 1488 sayılı Yasayla gerçekleştirilen değişikliklerinde Anayasanın 147. maddesi Anayasa Mahkemesinin bu kararına bir tepki olarak şöyle değiştirilmiştir: “Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya, Anayasa değişikliklerinin de Ana-

⁹ E. 1970/1, K. 1970/31, k.t. 16.6.1970.

yasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler.” Bu değişikliğin gerekçesinde de şunlar belirtilmiştir: “Anayasanın sadece kanunlara ve içtüzüklere hasrettiği bir denetleme yetkisinin, Anayasa Mahkemesince, Anayasa değişikliklerine teşmil edilemeyeceği tabiidir... (B)u denetim yetkisinin, Anayasa değişikliğinin, sadece teklif, müzaker ve kabul edilmesine ait Anayasa hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunup bulunmadığı noktasına münhasır olduğu, esasa teşmil edilemeyeceği... tespit olunmuştur.”

Yapılan bu değişikliğe rağmen, Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerini anayasaya uygunluğunu *esas bakımından* da denetlemeye devam etmiştir. Anayasa Mahkemesi Anayasanın değiştirilen 147. maddesi karşısında anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetlenmesinin mümkün olmadığını kabul etmiş; ancak anayasadaki değişmezlik ilkesinin amacının sadece “Cumhuriyeti” kelimesi değil Anayasada nitelikleri belirtilen Cumhuriyet rejimini korumak olduğunu tekrarlamıştır. Mahkeme bundan sonra Anayasanın 9. maddesindeki hükümlerle bir değişmezlik kuralı konuğunu ve ayrıca teklif yasağı getirildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesine göre bu kurallar biçim kurallarıdır. Anayasa Mahkemesi daha sonra şöyle bir mantık ileri sürmüştür:

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 çatışmıyorsa, hiç yapılamayacak, yapılmış ise yöntemi içinde yürütülemeyecek, yürütülmüş ise kabul edilip kanunlaşamayacaktır.

Özetlemek gerekirse: Anayasa, Anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını sürdürmek ve Anayasaca saptanan şekil şartları ve yöntemi dışında değiştirilmesini önlemek amacıyla hükümler düzenlemiştir.

Anayasanın değişik 147. maddesiyle “Anayasa değişikliklerinin Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetleme” yetkisinin Anayasayı yargısal denetim yoluyla korumakla görevli Anayasa Mahkemesine tanımakla güdülen erek de budur. Yukarıda açıklandığı üzere 9. maddede yer alan yasak kuralı da bir şekil şartı olduğundan, 1699 sayılı Kanunun dava konusu maddeleri, diğer şekil şartları arasında bu yasak açısından da Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmelidir.”¹⁰

Anayasa Mahkemesi bu görüşten hareketle, 1961 Anayasası döneminde verdiği kararlarda dört anayasa değişikliğini iptal etmiştir.¹¹ Bütün bu kararlarda Anayasa

¹⁰ E. 1973/19, K. 1975/87, k.t. 15.4.1975.

¹¹ Anayasanın 138. maddesinin 1699 sayılı Kanunla değiştirilen dördüncü fıkrasında yer alan “Askeri mahkemelerde

Mahkemesi maddede yer alan değişmezlik ilkesinin sadece “Cumhuriyet” sözcüğünü amaç aldığını, yani Anayasa’daki “Cumhuriyet” sözcüğünün değişmezliğini öngörerek Cumhuriyeti oluşturan ilke ve kuralların değiştirilebileceğini düşünmenin bu ilkeyle bağdaştırılamayacağını belirtmiştir. Tekrarlamak gerekirse Yüksek Mahkemeye göre değişmezlik ilkesine bağlanmak yoluyla güvence altına alınan “Cumhuriyet” sözcüğü değil, 2. madde ile başlangıç bölümünde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir.

Bu kararlar anayasa hukukçuları arasında tartışmalara neden olmuştur. Bazı hukukçular Anayasa mahkemesinin bu tutumunu benimserken, bazıları da Anayasa Mahkemesini eleştirmiştir. İlk eleştiri Anayasa Mahkemesinin E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı kararına karşı oy kullanan Celâlettin Kuralmen’den gelmiştir. Celâlettin Kuralmen Yüksek Mahkemenin kararını şöyle eleştirmektedir:

“Anayasamız ‘Devletin şekli’ yan başlığını taşıyan 1. maddesinde bu devlet şeklini ‘Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir.’ hükmüyle göstermiştir. Gerekçe olarak da bu madde ile ‘... Türkiye Cumhuriyetinin her türlü saltanat, şahsî ve zümre hâkimiyetini reddeden bir devlet olduğunun açıklandığı’ bildirilmiştir. 9. maddenin yan başlığı ise ‘Devlet şeklinin değişmezliği’dir. Maddede ‘Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilmez’ demek suretiyle ‘değişmezlik’ ilkesinin sadece Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hükme taallük ettiği açıkça gösterilmiştir. Zira bir Devletin ‘şekli’ başka, onun nitelikleri ve vasıfları gene başkadır. Bu itibarla değişmezlik ilkesinin nitelikleri kapsamadığı, kapsayamayacağı yukarıda sözü edilen metinlerden kesin surette anlaşılmaktadır.”¹²

Gerçekten de Anayasa Mahkemesi bu kararlarda gerçekte şekil denetimi görünü-
tüsü altında esas yönünden denetim yapmıştır. Çünkü anayasa değişikliklerinin Cumhuriyetin temel niteliklerine aykırı olup olmadığını belirlemek ister istemez işin esasına girmek demektir.

üyelerin çoğunluğunun hâkimlik niteliğine sahip olması şarttır. Ancak savaş hâlinde bu şart aranmaz” kuralı E. 1973, K. 1975 sayılı kararla iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi E. 1976/38, K. 1976/46 sayılı kararla Anayasanın 1488 sayılı yasayla değiştirilmiş olan 38. maddesinin “Ödenecek karşılık, malın tamamının kamulaştırılması hâlinde o malın malikinin kanunda gösterilecek usul ve şekle uygun olarak bildireceği vergi değerini; kısmen kamulaştırmalarda da, vergi değerinin kamulaştırılan kısma düşen miktarını aşamaz” ve “kamulaştırılan taşınmaz mal karşılığının vergi değerinden az takdir edilmesi hâlinde malikin itiraz ve dava hakkı saklıdır” yolundaki ikinci ve üçüncü fıkralarını Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. 1961 Anayasasının 1488 sayılı Yasa ile değişik 144. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Yüksek Hâkimler Kurulu, adliye mahkemeleri hâkimlerinin özlük işleri hakkında kesin karar verir. Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz. Ancak, disiplin ve meslekten çıkarma cezaları ile ilgili kararların bir defa daha incelenmesini, Adâlet Bakanı veya hakkında karar verilen hâkim isteyebilir.” yolundaki kuralın Anayasa’nın 9. maddesi hükmüne aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenmesi üzerine Anayasa Mahkemesi E. 1976/43, K. 1977/4 sayılı kararıyla “Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz” kuralını iptal etmiştir. Anayasa’nın 1488 sayılı Kanunla değişik 137. maddesinin ikinci fıkrasında Yüksek Savcılar Kuruluna ilişkin olarak “Bu kurulun kararları kesin olup bunlar aleyhine başka bir mercie başvurulamaz.” biçimindeki kuralın, bunlar aleyhine başka bir mercie başvurulamayacağına ilişkin bölümü, Anayasa’nın 9. maddesinde yazılı “Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.” yolundaki biçim ilkesine aykırı olduğuna ve iptaline ve 22/4/1962 günlü, 45 sayılı Kanunun 23/6/1972 günlü, 1597 sayılı Kanunla değişik 73. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan, Yüksek Savcılar Kurulu kararları aleyhine başka mercilere başvurulamayacağına ilişkin kuralın, yukarıda (1-a) bendinde açıklanan iptal hükmü karşısında Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.

¹² E. 1970/1, K. 1970/31, kt. 16.6.1970.

Ergun Özbudun'un belirttiği gibi, Anayasa Mahkemesinin benimsediği bu tutum Mahkemeye anayasa değişikliklerinin âkıbeti konusunda sınırsız bir takdir yetkisi vermektedir. Cumhuriyetin Anayasanın 2. maddesinde sayılan nitelikleri o kadar geniş ve yoruma açık kavramlardır ki, bu niteliklerle ilgili olmayan bir anayasa değişikliği düşünmek hemen hemen olanaksızdır. Anayasa değişikliklerinin denetimi ister istemez Anayasa Mahkemesinin belli bir andaki sübjektif yorumuna bağlı kalacaktır. Yani hukukilik denetimi ister istemez yerindelik denetimine dönüşecektir.¹³

Değiştirilemez hükümlerin genişletilmesi ve denetiminin Anayasa Mahkemesine bırakılması halkın egemenlik alanını daraltmaktadır. Oysa 1961 Anayasasını yapanların amacı halkın veya parlamentonun egemenliğini azaltmak değildir. 1961 Anayasasının 9. maddesinin Temsilciler meclisindeki tartışmalarında komisyon sözcüsü şunları belirtmiştir:

“... yalnız Cumhuriyet şeklinin değil demokratik bir Cumhuriyet oluşunun da değiştirilemez bir hüküm olarak ifade edilmesi lâzım gelir diyorlar. Biz de bu görüşe gönülden katılırız. Fakat Anayasa'ya bunu da koymak milletin hâkimiyet sahasını biraz daha daraltmak demek olur. Eski Anayasamızda yer alan bir istisnayı, Fransa'da olduğu gibi devam ettiriyoruz. Ne kadar faydalı olursa olsun, buna yenilerini eklemeyi doğru bulmuyoruz. Aksi hâlde (demokratik) den başka (lâyık) lige de (Sosyal) lige de teşmil edelim mi diye sormak kaçınılmaz, mukadder adımları teşkil edecektir.

Yani yasaklar halkası artık namütenahi genişleyebilir. Demokrasinin korunmasını başka yollardan temin etmeliyiz. Yoksa Anayasa'nın bir hükmü daha değiştirilemez demek suretiyle değil. Cemiyetin içindeki siyasî ve sosyal kuvvetler, bizzat Anayasa'nın diğer müesseseleri bunu temin edecektir.”¹⁴

1982 Anayasası Anayasa Mahkemesinin bu kararlarına bir tepki olarak anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesince esas bakımından denetlenmesini önlemek için şöyle bir formül bulmuştur. Anayasanın 148. maddesindeki hükme göre Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından denetler dendiğinden sonra, şekil denetiminden ne anlaşıldığı açıkça belirtilmiştir. Anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetlenmesi teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Bu değişikliğin tek amacı Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından denetlemesini sağlamaktır. Anayasa değişikliklerinin şekil bakımından yargısal denetimi konusunda getirilen bir yenilik de anayasa değişikliklerinde Anayasa Mahkemesince iptal kararı verilebilmesi için üçte iki oy çokluğunun şart koşulmuş olmasıdır. Bu yetersayı 2001 Anayasa değişikliğiyle beşte üçe indirilmiştir.¹⁵

¹³ Özbudun, *age*, s. 173.

¹⁴ Bu konuda E. 1970/1, K. 1970/31, kt. 16.6.1970 sayılı karara karşı Celâlettin Kuralmen'in yazdığı karşıoy yazısına bakınız.

¹⁵ 1982 Anayasasında anayasanın değiştirilmesi süreci için bakınız: Volkan Has, *Anayasayı Değiştirme Süreci 2*. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2009).

Ancak öbür yandan da 1982 Anayasası Anayasanın değiştirilemeyecek hükümlerinin kapsamını genişletmiştir. Anayasanın 4. maddesine göre Anayasanın 1. maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3. maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez. Oysa 1982 Anayasasını yapan kurucu iktidar Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklikleri konusundaki denetim yetkisini sınırlı tuttuğuna göre, değiştirilmesi yasaklanan hükümleri çoğaltmasaydı bizce daha tutarlı davranmış olurdu.¹⁶ Bu tutarsızlık karşısında şu söylenebilir: 1982 Anayasasını hazırlayanlar Anayasa-daki değiştirilmesi yasaklanan hükümlerinin kapsamını genişletirken, bu değiştirme yasağına uymayı sadece yasama organının takdirine bırakmıştır.

1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi şu ana kadar anayasa değişikliklerinin kapsamı ve sınırları konusunda dört karar vermiştir. 18/06/1987 tarihli bu konudaki ilk kararın dava dilekçesinde iptal istemine gerekçe olarak, siyasi yasakları düzenleyen Anayasanın geçici 4. maddesinin yürürlükten kaldırılmasını öngören 3301 sayılı Kanunun 4. maddesi, Anayasasının değiştirilme usulünü saptayan, işbu değişiklikten önceki 175. maddenin öngördüğü teklif ve kabul çoğunluklarına uyularak konulmuş olduğuna ve Cumhurbaşkanı tarafından da geri gönderilmediğine göre, Resmi Gazetede yayımlandığı gün yürürlüğe girmesi gerekirken, söz konusu maddenin; “Bu hükmün onaylanarak yürürlüğe girebilmesi için halkoyuna sunulması zorunlu olup halkoylaması, Anayasanın 175 inci maddesinin bu Kanunla değişik hükümlerine göre yapılır.” biçimindeki ikinci fıkrası hükmü ile maddenin yürürlüğe girebilmesi, halkoylaması sonucunda onaylanmış bulunması koşuluna bağlandığı belirtildikten sonra, bu hususun Anayasanın değişiklikten önceki 175. maddesine, Cumhurbaşkanıya Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halkoyuna sunmak yetkisini veren 104. ve Cumhurbaşkanıya belli süre içerisinde yapılmış olan Anayasa değişikliklerini TBMM’ne geri gönderme yetkisi veren Geçici 9. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi bu iptal istemini reddederken şunları belirtmiştir

“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. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasanın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanununun 21. Maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla işin esasına girilmeden yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir.”¹⁷

¹⁶ Aynı görüş için bakınız: Erdal Onar, *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu* (Ankara: 1993), s. 164.

¹⁷ E. 1987/9, K. 1987/15, kt. 18.6.1987. Yekta Güngör Özden bu görüşe katılmamıştır: “Anayasa değişiklikleri, 1982 Anayasası’nın bu konuya özgün 175. Maddesine uygun biçimde yapılır ve ayrıca, ilk altı yılda, Geçici 9. Madde’nin ön-

Anayasa Mahkemesi 2007 yılında verdiği iki kararda da 1987 yılındaki görü-şünü tekrarlamıştır. Anayasa değişikliğine ilişkin 5678 sayılı Kanunun iptali için açılan davada Anayasa Mahkemesi E. 2007/72, K. 2007/68 sayılı kararında şöyle demiştir:

“Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerinde Anayasa Mahkemesine tanınan denetim yetkisi, teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görü-şülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlanmıştır. Esas yönünden denetime olanak tanınmadığı gibi, 148. maddede tüketici biçimde sayılan koşulların dışında şekil yönünden denetim yapılması olanaksızdır.”¹⁸

Yine Anayasa Mahkemesi E. 2007/99, K. 2007/86 sayılı kararında 5697 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkındaki Kanuna ilişkin iptal istemini reddederken benzer bir gerekçeye dayanmıştır:

gördüğu yönteme uygun gerçekleştirilir. Daha açık ve yalın bir anlatımla, yürürlükteki 175. Maddeye aykırı bir değişiklik geçerli olamaz. 175. Madde değiştirilmeden, değiştirilebilecek sürekliliğe ya da geçici öbür maddeler bu maddeye aykırı içerikte değiştirilemezler. Değiştirme ancak yürürlükteki kaynak - dayanak - özel maddeye uygun biçimde yapılabilir. Ancak; Anayasa’da bulunmaması gereken bu yasakları düzenleyen Geçici 4 maddenin yukarıda özetlediğim 175. ve Geçici 9. Maddelere göre değiştirilmesi açık - seçik bir anayasal zorunluluktur. Bu maddelere aykırı değişiklikler, kanımca, “yok” sayılmalıdır. Siyasal bahaneleri iterek bu tür değişikliği biçim uygunluğunun temel koşulu yönünden geri çevirmek gerekir. Olayda, Anayasa’nın Geçici 4. Maddesi, “Anayasa’nın değiştirilmesi” başlıklı Anayasa’nın 175. maddesi değişikliği yürürlüğe girmeden, onunla birlikte değiştirilmiştir. Değişiklikleri içeren 17/5/1987 günlü, 3361 no. lu Yasa’nın 3. maddesi Anayasa’nın 175. maddesini değiştirmekte, 4. maddesi de Anayasa’nın Geçici 4. Maddesini kaldırmaktadır (Birinci fıkrada), Yasa, böylece, 18 Mayıs 1987 günlü, mükerrem 19464 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Daha sonra, 23/5/1987 günlü, 3376 no. lu “Anayasa Değişikliklerinin Halkoymasına Sunulması Hakkında Kanun” 23/5/1987 ile yürürlüğe konulmuştur.

175. madde, tüm Anayasa değişikliklerinin özel maddesi olduğundan içeriği yasama organınca 4. madde gözetilerek istenildiği gibi değiştirilip daha önce yürürlüğe konulsa idi, ona uygun değiştirilmesi zorunlu Geçici 4. madde de şimdi gibi değiştirilir ve bir aykırılık oluşmazdı. Şimdi ise, iptali istenen yasanın 4. maddesinin birinci fıkrasının Geçici 4. madde’yi kaldırmasına karşın, ikinci fıkrası bu hükmün “onaylanarak yürürlüğe girebilmesi”ni önceden bulunmayan zorunlu halkoyması koşuluna bağlamıştır. Böyle “zorunlu” bir halkoyması koşulu ve kendisine dayanılması zorunlu Anayasa’nın önceki 175. maddesinde, ne yeni 175. maddede, ne de Geçici 9. madde’de vardır. Dayanaklarda olmayan koşul, bunlara uygun biçimde yasalama zorunlu 4. maddede hiç olamaz. Olursa, Anayasa’ya aykırılık oluşur, incelenen 4. madde önceden olmayan sonra da öngörülme zorunlu halkoyması koşulunu yapısında taşıdığına, kendisi böyle yeni bir öğeyi getirdiğine göre bu aykırılık nasıl getirilmiştir, getirilmesi özlemi, biçimle mi ilgilidir, biçimle ilgili ise Anayasa’nın 148. maddesinin ikinci fıkrasıyla sınırlanmış üç koşuldan birisi ya da ikisi kapsamında midir? Sorunun çözümü bu irdelemeyle olanaklıdır.

175. maddeye göre değişiklikler, kabul oyuyla tamamlanmaktadır. Cumhurbaşkanı isterse halkoyuna sunacaktır. Tutanaklar teklif çoğunluğu olduğu, ivedilikle görü-şülemeyeceği koşuluyla yapıldığını ve zorunlu bulunan üye tam sayısının üçte iki çoğunluğunu çok aşan 376 oyla kabul edildiğini göstermektedir. Bir yasanın yasama organında kabulü ile yasalama evresi tamamlanır. Yasama organı, yürürlüğünü de belirler. Cumhurbaşkanı’nın yayımlama (Anayasa mad. 89/1) işlemi kalır ki bunlar biçimsel gereklerdir. Geri gönderilmedikçe yasalamanın doğal sonuçlarıdır. O hâlde, Anayasa’nın Geçici 4. maddesini kaldırarak, incelenen 4. madde yeterli koşullarına uygun biçimde kabul edilmekle yasalama tamamlanmış olmalıdır. Oysa, zorunlu halkoyması yoluyla yasalama ona bırakılmıştır. Bu, olağan bir “onama” değildir. Öyle olsa, olumsuz biçimi bulunmazdı. Anayasa’nın 87. maddesiyle TBMM. ne tanınmayan, temsili sisteme, katılımcı, çoğulcu demokrasiye ters düşen, salt hukuksal, teknik konularda halkı bir ceza yargıcı yerine koyarak kimi yurttaşların en doğal hakları konusunda gereksiz bir karar vermeye zorlayan, 175. ve Geçici 9. maddelerde yer almayan zorunlu halkoyması hükmü yasalama TBMM. dışına çıkarıp bir ek koşula bağlamakla kalmamış, yasama organının kabul oyunu halkoymasına değin askıya alarak geçerli ya da geçersiz olmasını, yürürlüğünü halkoymasının olumlu sonucuna ertelemiştir. Böylece yasama organının kabul oyu, varlığını, etkinliğini yitirmiştir. Kabul oyu yasalama’yı tamamlayıcı, bitirici öğe olmaktan çıkarılmaktadır. Bu durum, Anayasa değişiklikleri için Anayasa’nın 148. maddesinin inceleme-denetim yetkisini tanıdığı “oylama çoğunluğu”yla doğrudan ilgilidir. Oylama çoğunluğunu değiştiren, erteleyen, kaldırarak, TBMM. dışı yeni ve gereksiz bir yönteme bağlayan, Anayasa’nın 175. ve Geçici 9, maddesine aykırı hüküm kesinkes sakattır. Bu saptama, biçim yönünden iptali gerektirir.”

¹⁸ E. 2007/72, K. 2007/68, kt. 5.7.2007.

“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.”¹⁹

Ancak Anayasa Mahkemesi yedi ay sonra 5 Haziran 2008 tarihinde verdiği kararla 9.2.2008 günlü ve 5735 sayılı Anayasanın 10. ve 42. maddelerinin değiştirilmesi hakkındaki Kanunu iptal etmiştir. Böylece Anayasa Mahkemesi yeniden başlanılan noktaya dönmüş ve anayasa değişikliklerini denetleme yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararda önce, 1961 Anayasası döneminde anayasa değişikliklerini denetleyeceği yolundaki kararlarına atıfta bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi Anayasanın 175. maddesine göre Anayasayı değiştirme yetkisi TBMM’ne tanındığını ve kaynağı Anayasa olan bu yetkinin Anayasanın öngördüğü yöntemlerle ve Anayasaya uygun olarak kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, Anayasanın 4. maddesinde “*Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez*” denilerek 175. maddede belirlenen yetkinin kullanılamayacağı, kullanılsa dahi hukuken geçerli olamayacağı alanlar açıkça belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi daha sonra şunları ileri sürmüştür:

“Yürürlükteki Anayasamızın öngördüğü düzen, anayasal normlar bütünü ve bu bütünü somutlaştıran ilk üç maddede ortaya çıkan bir anayasal düzendir. Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa’nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibarıyla doğal olarak değiştirilmezlik özelliğine sahiptir. Bu durumda Anayasa’nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O hâlde Anayasa’nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa’nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez.

Dolayısıyla Anayasanın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa’nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa’ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmazacaktır.”²⁰

Bu karar büyük eleştirilere neden olmuştur. İlk eleştiri karara karşı oy yazan Haşim Kılıç’tan gelmiştir. Haşim Kılıç karşı oy yazısında Anayasanın 2. maddesinde

¹⁹ E. 2007/99, K. 2007/86, k.t. 27.11.2007.

²⁰ E. 2008/16, K. 2008/116, k.t. 5.6.2008.

yer alan Cumhuriyetin niteliklerinin Anayasadaki bütün maddelerle yakından ilgili olduğunu ve bu nedenle yapılacak her türlü anayasa değişikliğinin belirtilen niteliklerle ilgisi nedeniyle onları başkalaştırdığı, içini boşalttığı, işlevsiz kıldığı gibi belirsiz gerekçelerle Anayasa Mahkemesinin esas denetimine konu olacağını açıklamıştır. Kılıç'a göre bu halka ait olan egemenlik yetkisinin göz ardı edilmesidir. Bu ise siyasal işleyişi Anayasa Mahkemesinin vesayetine bağlamak demektir. Haşım Kılıç yapılan denetimin şekil bakımından değil esas bakımından bir denetim olduğunu belirtmiştir. Haşım Kılıç'a göre kurucu iktidar Anayasa Mahkemesine esas denetim yetkisi vermiş olsaydı bundan farklı bir sonuç çıkmayacaktır.²¹ Ergun Özbudun'a göre de bu içtihat değişikliği Anayasa Mahkemesinin sadece yasama iktidarını değil kurucu iktidarı da sahiplenmesi anlamına gelmektedir. Yazara göre Anayasa Mahkemesi böylece siyasal sistemin temel unsuru hâline gelmiştir.²² Anayasa Mahkemesi kanımca bu kararlar parlamento üstü siyasal bir güce dönüşmüştür. Şu da belirtmelidir ki, Anayasa Mahkemesi yetki gaspı niteliğindeki bu kararı verirken özgürlükleri koruma amacıyla davranmamış, laiklikle ilgili bazı farazi kaygılarla ve eşitlik ilkesini de zedeleyebilecek bir yaklaşımla hareket etmiştir. Ne yazık ki, bizde dünyanın diğer aktivist mahkemelerinden farklı olarak Anayasa Mahkemesinin aktivizmi seçici bir aktivizmdir. Yani Anayasa Mahkemesi özgürlükleri korumak için değil, devleti korumak için aktivist davranmaktadır.

II

Ülkemizde anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesince denetlenmesi sorununa Anayasada yer alan değiştirilemez hükümler nedeniyle gelinmiştir. Bu nedenle kısa da olsa anayasalarda yer alan değiştirilemez hükümler konusuna değinmek gerekmektedir. Değiştirilemez hükümler konusunda kısaca şunlar belirtilebilir

Antik Atina'dan beri demokrasiler yasalarını değiştirme gücüne ve yatkınlığına sahip olmakla öğünürler. Yüzyıllardır siyasal kuramcılar demokrasilerin yasaları tadil etme yolundaki diğer rejimlerden ayırt edici eğilimini kabul etmişlerdir; ancak bu güç bazı demokratları korkutmuş ve bu otoritelerini radikal bir biçimde sınırlandırma yollarını aramalarına neden olmuştur. Bunun bir sonucu olarak, bazı demokratlar demokrasilerin hukuksal değişiklik yönündeki eğilimlerini sınırlandırmak için "değiştirilemez hükümlere" başvurmuşlardır.²³

Hukuksal değişikliğin biçimi ve hukuk kurallarının değiştirilmesinin altında yatan nedenler yüzyıllar içinde değişikliğe uğramıştır. Atinalıların hukuksal değişikliğe sarılmalarının temel nedeni pragmatik yaratıcılığa olan bağlılıklarından kaynaklanmıştır. On yedinci yüzyılda İngiliz cumhuriyetçilerinin hukuksal değişikliği yargıç-

²¹ Haşım Kılıç'ın Karşı Oy Yazısı. Bakınız: E. 2008/16, K. 2008/116, kt. 5.6.2008.

²² Ergun Özbudun, "Vesayeti Bitirecek Adım", *Taraf*, 1 Nisan 2010.

²³ Melisa Schwartzberg, *Democracy and Legal Change* (Cambridge: Cambridge University Pres, 2007), s. 1.

ların eğreti gerekçelerinden kurtararak yasalara halkın onayını sağlayan bir aracı olarak görmeleri, Amerika'da Federalistlerin anayasa değişikliklerinin gerekliliğini insanın yanılabilme özelliğine bağlamalarından farklıdır. Değiştirilemez hükümleri savunanların gerekçeleri de yüzyıllar içinde değişikliklere uğramıştır. Atinalılar değiştirilemez hükümleri müttefiklerine verdikleri sözleri tutacaklarını göstermek amacıyla savunmuşlardır. Buna karşılık Cromwell değiştirilemez hükümleri Hıristiyanların din özgünlüklerini korumak ve Taç'ın arazilerinin satımını düzenlemek için savunmuştur. Amerikalılar da değiştirilemez hükümleri Senatoda eyaletlerin eşit oy haklarını ve belirli bir süre içinde köle ticaretinin kaldırılmasını engellemek için savunmuştur.

Anayasalara değiştirilemez hükümler koymak özellikle II. Dünya Savaşı sonrası yapılan Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası sonrası yaygınlaşmıştır. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasınının 79. maddesine göre 1. ve 20. maddelerdeki ilkelere ve federal devlet şekline aykırı anayasa değişiklikleri yapılamaz. 1. ve 20. maddeler insan onurunun dokunulmazlığı, insan haklarının dokunulmaz ve vazgeçilemezliği, zulme karşı direnme hakkı, bütün kamusal iktidarların halktan kaynaklandığı, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin demokratik ve sosyal bir federal devlet olduğu gibi değerlere atf yapmaktadır. Fransa ve İtalya'da ise değişmezlik kuralı sadece devlet şeklinin cumhuriyet oluşuyla sınırlıdır. Norveç Anayasasına göre "bu Anayasadaki ilkelerle çatışan" anayasa değişiklikleri yapılamaz. Yani Norveç Anayasasına göre sadece anayasanın ruhunu değiştirmeyecek belli hükümler değiştirilebilir. Çek Cumhuriyeti Anayasasına göre "hukuk devletiyle yönetilen demokratik devletin temel gereklerine" aykırı anayasa değişikliği yapılamaz. 1787 tarihli ABD Anayasasınının V. Maddesi iki tür değiştirilemez hüküm içermektedir. Bunlardan ilki 1808 tarihinden önce yapılacak anayasa değişiklikleri 1. maddenin dokuzuncu bölümünün birinci dördüncü bentlerini hiçbir şekilde etkilemeyecektir (yani 1808 yılına kadar kölelik yasaklanamayacak) ve rızası olmaksızın hiçbir eyalet Senatodaki eşit oy hakkından yoksun bırakılamayacaktır.²⁴

Yukarda belirtildiği gibi günümüzdeki en ünlü değiştirilemez hükümler İkinci Dünya Savaşı sonrası Federal Alman Anayasasında yer almaktadır. Almanlar değiştirilemez hükümler sayesinde bir daha demokratik yollarla, yani seçimle faşistlerin iktidarı gelmesinin engelleneceğini ummuşlardır. Bu görüşe göre, eğer Weimar Anayasasında değiştirilemez temel ilkelerin özü yer alsaydı, belki de Naziler iktidara gelemeyecekti; çünkü Hitler iktidara gelebilmek için Anayasayı çiğnemek zorunda kalacaktı. Alman Anayasasında insanlık onurunun korunmasının değiştirilmesinin yasaklanması çağdaş anayasa koyucular ve siyasal kuramcılar tarafından da alkışlanmıştır. Ama belirtmek gerekir ki değiştirilemez hükümler sadece kurucu nitelikte ve önemli ilkeleri korumazlar bunun yanında ayrıcalıkları ve iktidar asimetrilerini de güvence altına alırlar. Ayrıca şu da belirtilmelidir ki, değiştirilemez

²⁴ Bakınız: Ergun Özbudun, *Türkiye'nin Anayasa Krizi* (Ankara: Liberte Yayınları, 2009), s. 197-209.

hükümler demokrasinin en çekici mirasına ihanet etmektedir: Demokrasilerin hukuk kurallarını değiştirebilme yeteneği.²⁵

Hiçbir neslin kendisinden sonraki nesilleri değiştirilemez bir biçimde belirli bir anayasal yapı içerisine hapsedemeyeceği, ancak bir neslin gelecek nesilleri belirlediği biçimleri izleme veya başka bir sistem seçme hakkına sahip olduğunu söyleme hakkı olduğu söylenebilirse, anayasaların da koşullu hediyeleşere veya mirasa benzediği söylenebilir. Bu hediyeleşen yararlanabilmek için o koşullara uymak gerekir. Kuşkusuz halk bu hediyeleşen veya mirastan tümüyle vazgeçebilir. Ancak bu koşullu hediyeleşenin koşullarına uymadan da bu hediyeleşen yararlanması mümkün değildir.²⁶

Değiştirilebilir bir anayasada değiştirilemez hükümlerin kabulü mutlaka halkın egemenliğinin inkârı demek değildir. Halk bedelini ödemek koşuluyla değiştirilemez hükümleri değiştirerek egemenliğini kullanabilir. Halk devrim yaparak veya kurucu meclis oluşturarak veya yapılacak değişiklik konusunda toplumda tam bir oydaşma sağlanması sonucunda değiştirilemez hükümlerde değişiklik yapabilir.²⁷ Demokratik ülkelerde aslı kurucu iktidarın da, tali kurucu iktidarın da sahibi halk veya halkın temsilcileridir. Bu nedenle iktidarın aslı sahibi bakımından değiştirilemez hükümlerin sadece manevî bir bağlayıcılığı vardır.²⁸

III

Richard Albert anayasa değiştirme konusunda üç modelin olabileceğini söylemektedir. Bunlar; metinsel, siyasal ve maddî modellerdir: (1) Metinsel model anayasal değişiminin sadece anayasada yazılı metne göre gerçekteştirildiği modeldir. Metinsel modele sadık olan ülkeler anayasal değişikliklerini anayasada yazılı anayasa değişikliği yöntemine harfi harfine uyararak gerçekteştirirler. Geleneksel model de diyebileceğimiz bu model, klâsik anayasa değiştirme modeline uygundur. Yani eğer anayasa değişikliği anayasada yazılı anayasayı değiştirme yöntemine uyularak gerçekteştirildiğinde anayasanın bir parçası hâline gelir. Bu nedenle bu anayasa değişikliği modeline *anayasal* anayasa değişikliği adını verebiliriz. Metinsel anayasa

²⁵ Schwartzberg, *age*, s. 2. Başkanlık sistemine sahip Honduras'ta 2006 yılında başkanlık seçimlerini Zelaya kazandı ve başkan oldu. Honduras Anayasasına göre görevi 2010'da bitip bir daha seçilmeyeceği için, Zelaya Anayasada değişiklik yapıp bir dönem daha cumhurbaşkanlığını elinde bulunduracak bir öneriyi halkoyuna sunma kararı aldı. Ancak değişiklik önerileri arasında, Anayasanın hiçbir biçimde değiştirilemeyecek hükümleri arasında yer alan cumhurbaşkanının ikinci bir dönem daha görev yapabilmesi de vardı. Honduras Anayasası, cumhurbaşkanlarının görev süresini 4 yıllık tek bir dönemle sınırlıyor ve bu hükmün değiştirilmesini yasaklıyordu. Referandumla ilk karşı çıkan Yüksek Mahkeme oldu, ardından sabaha karşı konutu askerler tarafından basılan cumhurbaşkanı Kosta Rika'ya sürgüne gönderildi. Böylece 21.yüzyılda Latin Amerika'da ilk askerî darbesini Anayasada yer alan değiştirilemez bir hüküm nedeniyle yaşamış oldu.

²⁶ John R. Vile, "Limitations on the Constitutional Amending Process", *Constitutional Commentary* 2 (1985), s. 387.

²⁷ 1982 Anayasasının değiştirilemez hükümleri arasında Anayasanın 2. maddesindeki atıf nedeniyle Başlangıçta belirtilen temel ilkeler de yer almasına rağmen, "Başlangıç" bölümü 23.7.1995 günü 4121 sayılı yasayla değiştirilmiştir. Bu değişikliğe kimse karşı çıkmamıştır.

²⁸ *İkili anayasa değişikliğiyle* değiştirilemez hükümlerin değiştirileceğini savunanlar vardır. Bu görüşe göre önce değiştirilme yasağı getiren madde değiştirilecek ve böylece anayasada değiştirilemeyecek hiçbir hüküm kalmayacağından değiştirilemez hükümler de değiştirilebilir. Bakınız: Virgilio Afonso Da Silva, "A Fossilised Constitution?", *Ratio Juris*, Vol. 17, No. 4 (Dec. 2004), s. 456.

değişikliği modelinde anayasadaki anayasa değiştirme usûlüne uyulduktan sonra bu anayasa değişikliği hiçbir organ tarafından geçersiz kılınmaz. Anayasadaki yazılı metinsel yöntem anayasa değiştirme sürecinin hem başlangıcı hem de sonudur. Kanada Anayasası ve 5 Haziran 2008 tarihli Anayasa Mahkemesi kararına kadar 1982 Anayasası döneminde Türkiye bu modele örnek olarak verilebilir.

(2) Metinsel modelin aksine Anayasa değişikliğinin siyasal modeli *ekstra-anayasal* anayasal değişimi davet etmektedir. Bu modelde anayasada yazılı anayasa değiştirme usûlüne ve şekline uyulmasa dahi, siyasal aktörler arasında karşılıklı etkileşim sonucunda anayasa değişiklikleri ortaya çıkabilir. Bu siyasal modelde anayasa değişiklikleri siyasal organlar ile vatandaşlar arasındaki diyalog sonucunda ortaya çıkan halk iradesinden kaynaklanır. Bu model metinsel modelden üç açıdan farklıdır İlk olarak siyasal model anayasa değişikliğinin anayasadaki metinsel kurallara uyularak yapılacak değişikliklerle sınırlı olduğunu kabul etmez. Siyasal model değişikliklerin sosyal hareketler ve seçimle gelenler arasındaki dinamik ve sürdürülebilir etkileşimlerin sonucunda ortaya çıktığını belirtir. Siyasal modelin metinsel modelden ikinci farklılığı anayasal değişikliklerin meşruluğunu değerlendirmede sadece anayasa metninin saptadığı standartlarla belirlenemeyeceğini ileri sürmesidir. Siyasal modelde meşru bir anayasa değişikliğinin mutlaka Anayasada yazılı usûle göre gerçekleştirilmesine gerek yoktur. Üçüncü farklılık bu modelde anayasa sadece anayasa adı verilen metinde yazılı kurallardan oluşmamasıdır. Bu nedenle siyasal modele sahip bir devlette hem yazılı hem de yazılı olmayan anayasa birlikte var olabilir. Yani bu modele uygun bir devlette yazılı ve sert bir anayasaya sahip olunmasına rağmen, gerçek *anayasanın* yazılı anayasa metnindeki hükümlerden daha fazlasını içerdiği kabul edilir. Amerikan anayasacılığının büyük bir kısmı Amerika Birleşik Devletleri Anayasasındaki hükümlerde bulunamaz. Amerikan anayasacılığının en önemli özelliğini oluşturan anayasa yargısı bile Anayasanın metninde yer almamaktadır. Yüksek Mahkemenin hemen hemen her anayasayla ilgili kararı yazılı olmayan bir anayasa değişikliği niteliğindedir.

(3) Anayasa değişikliğinin maddî modeli hem metinsel hem de siyasal modelleri reddetmektedir. Maddî model anayasa değiştirmede esas yerine şekle önem veren metinsel modelin ortodoksluğunu kabul etmediği gibi, siyasal modelin ekstra-anayasal anayasa değişikliğinin aşırı serbestliğinden ve anayasa metninden sapışından da rahatsız olur. Maddî model anayasanın özünü şekilden ve siyasal süreçten daha değerli görür. Bu nedenle anayasal metnin ruhundan sapan anayasa değişikliklerinin geçersizliğini savunur. Anayasa değişikliğinin maddî modeli anayasaya aykırı anayasa değişikliğini yasaklamaktadır.²⁹ Metinsel model anayasa değişikliğinin gerçekleşmesi için sadece anayasada yazılı usûle uymayı yeterli görürken, maddî

²⁹ Richard Albert, "Nonconstitutional Amendments", *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XXII, No. 1 (Jan. 2009), s. 12-21. Norveç Anayasasına göre "bu Anayasadaki ilkelerle çatışan" anayasa değişiklikleri yapılamaz. Ancak Norveç'te bu konudaki yetki parlamentoya verilmiştir.

model bunun yanında var olan anayasaya uygunluğu da bir şart olarak kabul etmektedir. Richard Albert bu konuda Şunları yazmaktadır:

“Anayasacılığın bu vizyonu anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin olasılığını kabul eder. Anayasal değişikliğin maddi modeli, devletin belirlenen bir organın (çoğunlukla bu yargı olmaktadır), anayasa değişikliği siyasal aktörler tarafından değişikliğin gerçekteşmesi için anayasada yazılı bütün Şekil koşullarına uyarak gerçekteşirse dahi, anayasanın ruhuna aykırı anayasa değişikliklerini geçersiz sayabileceğini belirtmektedir. Bu nedenle maddi model metinsel ve siyasal modellerin temelinde yer alan iki üstü kapalı öneriyi reddetmektedir. Bu reddedilen önerilerden ilki anayasa değişikliklerinin meşruluğunu süreçten, yani Şekilden veya siyasetten almasıdır. İkincisi potansiyel anayasa değişikliği evreninin sınırsız olduğudur. Bunun yerine maddi model daha sonraki anayasa değişikliklerinde anayasanın kendisini sınırlandırıcı bir ölçü olarak kabul eder.”³⁰

Walter F. Murphy maddi modeli savunan en önemli anayasa hukukçularından biridir. Murphy göre anayasa değişiklikleri kaynakların dağıtımını etkileyerek politik alanda bazı vatandaş grupları veya kamu görevlileri lehine çok önemli değişiklikleri başlatabilir. Ama anayasa değişiklikleri anayasal demokrasiyi farklı bir siyasal sisteme dönüştürmeden gerçekteşirebilmelidir. Hemen akla daha önce oy hakkı inkâr edilmiş insanlara siyasal haklarını da tanımak dâhil koruyucu hakları kabul etmek, yönetenlerin otoritelerine maddi sınırlandırmalar getirmek, bazı hakları daha geniş ve beklili de başka bir takım hakları da uygulamada olduğundan daha dar tanımlamak gelmektedir. Anayasa değişiklikleri kamusal otoritenin sınırlarını belirlerken silâhli kuvvetlerin kullanımındaki bazı sınırlamaları kaldırabilir veya bazı yeni sınırlamalar koyabilir, seçimle gelenlerin görev sürelerini, yargıçların emeklilik yaşını, hükümetin dengeli bütçe yapmasını veya hükümet organları arasındaki yetkilerin yeniden düzenlenmesini sağlayabilir. Yine Murphy göre başka bir takım anayasa değişiklikleri anayasal demokrasiden vazgeçmeden daha da kapsayıcı yapısal değişiklikler gerçekteşirebilir. Örneğin, hükümet Şekli başkanlık hükümet sisteminden parlamenter hükümet sistemine değiştirilebilir veya Fransız modeli bir sistem benimsenebilir. Yine federalizm benimsenebilir veya terk edilebilir. Bütün bu düzenlemelerde anayasal demokrasi oldukça başarılı bir biçimde işlediğinden bu sorunlar belirli düzenlemelerin benimsenmesinin halkın kapasitelerine ve gereksinimlerine uyup uymayacağı noktasında cereyan edecektir.³¹

Ancak Murphy’e göre devletin sistemik dönüşüm önerileriyle karşılaşımasında durum farklı bir nitelik taşıyacaktır. Yazara göre çok ciddi bir ekonomik kriz so-

³⁰ *Ibid.* s. 21.

³¹ Walter F. Murphy, “Merlin’s Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity”, *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Sanford Levinson, editor (Princeton: Princeton University Press, 1995), s. 173-174. Bakınız: Walter F. Murphy, *Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order* (Baltimore, Maryland: The John Hopkins University Press, 2007), s. 497-529.

nucu ortaya çıkabilecek karizmatik bir lider vatandaşların anayasal demokrasiyi terk etmeleri karşılığında refah vaat etmesi hiç karşılaşılamayacak bir şey değildir. “Bana ve partime ülke yönetiminde bütün iktidarı ver ve bizler size bu devletin eski gücünü tekrar sağlayalım”, sözleri ekonomik, sosyal ve siyasal kriz dönemlerinde inandırıcı bir sesleniş olacaktır. Karizmatik bir liderin halkı ve/veya temsilcilerini anayasa değişikliği yoluyla ve anayasa değişiklik yönteminin her yönüne son derece titiz bir biçimde uyararak, totaliter bir diktatörlüğe veya buna benzer bir rejime geçme konusunda kandırdığını varsayalım. Böyle bir değişimden sonra ülkede siyasal katılma belki devam edecektir; ama bu liderin izin verdiği biçimde ve izin verdiği sonuçlar ortaya çıktığında gerekçeleşecektir. Böylece bireylerin “haklarının” hepsi ayrıcalıklara dönüşecektir. Özetle vatandaşlar denizen olacaktır. Böyle bir değişiklik devleti denetlemede etkin olabilir ve ortaya çıkan sistem ekonomik krizle başa çıkabilir ve böylece toplumun bütün katmanlarında eşitsizlikler asgâriye inerken refah düzeyi dinamik bir biçimde artabilir. Bu söylediklerinden sonra Murphy şöyle bir soru sormaktadır: İnsanlar böyle bir değişime evet diyebilir mi? Murphy göre insanlar kuşkusuz bu soruya evet diyebilirler. Güç hak yaratmayabilir; ama ulusal sınırları belirleyebilir, ulusal kurumları yaratabilir. Ancak bu konuda önemli olan soru Murphy’e göre şudur: Anayasal demokrasiye kabul eden bir halk demokratik veya anayasal olarak böyle bir siyasal değişime yetki *verebilir mi?* Yeni sistem geçerli bir biçimde otoritesini yönetilenlerin rızasından aldığını *iddia edebilir mi?* Murphy bu sorulara kendi yanıtının hayır olacağını söylemektedir.³²

Murphy Amerikan Anayasasının anayasa değişikliklerini düzenleyen V. maddesinin sadece biçimsel değil; aynı zamanda esas yönden de sınırlamalar getirdiğini ileri sürmüştür. Murphy göre, bu maddede kullanılan sözcük “değişiklik” yapmaktır. İngilizcedeki “amend” sözcüğü değiştirmek veya ekleyerek ve çıkararak başka bir şekilde ifade etmek anlamına gelmektedir. “Amend” sözcüğünün kökü Latince “emendare”dir bu da düzeltmek anlamındadır. Yani yeni bir anayasa yapmak değildir. O hâlde bu teoriye göre başkanlık ve Kongre seçimlerinin ne zaman başlayacağı ve seçmenlerin başkan ve başkan yardımcısı için nasıl oy kullanacakları biçimindeki şekilsel konuların anayasa değişikliği yoluyla düzeltilmesi mümkündür. Öbür yandan, halkın ulus olmak konusunda üzerinde anlaştığı veya bir araya gelmeyi mümkün hâle getiren ilkeleri değiştirmek yeni bir halk yaratarak yeni bir anayasa yapmak demektir. Murphy’e göre böyle bir değişiklik ise yapılamaz.³³

Maddi anayasa değişikliği modeline örnek olarak Hindistan, Almanya ve Türkiye verilebilir.³⁴ Bu ülkelerde anayasalar anayasa değişikliklerinin esas bakımından ana-

³² Ibid. s. 174-175. Ayrıca bakınız: Walter F. Murphy, *Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order* (Baltimore, Maryland: The John Hopkins University Press, 2007), s. 497-529.

³³ Walter F. Murphy, “Slaughter-House, Civil Rights, and Limits on Constitutional Change”, *The American Journal of Jurisprudence* 1 (1987), s. 12.

³⁴ Güney Afrika da bu modele örnek verilebilir.

yasaya uygunlunu denetleme yetkisini yüksek mahkemelere vermemektedir. Bu ülkelerde yargı organları kendiliklerinden anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini ele geçirmiştir. Hindistan'da Yüksek Mahkeme bu yetkiye sahip olduğunu iddia ederken anayasanın temel yapısının değiştirilemeyeceği gerekçesine başvurmuştur. Türkiye'de ve Almanya'da ise Anayasa Mahkemeleri anayasa değişikliklerini denetlemede kendini yetkili bulurken anayasanın değiştirilemez maddelerinde yer alan hükümleri esas almıştır.

Hindistan Anayasasına göre anayasa değiştirmede yetkili organ parlamentodur. Ancak Parlamento Anayasada yazılı usûle uygun olarak anayasayı değiştirecek olsa bile bu değişiklikler otomatik olarak Hindistan Anayasasının bir parçası hâline gelmezler; çünkü Yüksek Mahkeme anayasa değişikliklerini anayasanın ruhuna aykırı bulursa bu değişiklikleri geçersiz sayabilir. Daha önce belirtildiği gibi bu olağanüstü yetki anayasadan kaynaklanmamaktadır. Anayasa değişikliğinin geçerli olabilmesi için Yüksek Mahkemenin geliştirdiği kuram anayasa değişikliklerinin Hindistan Anayasasının temel yapısına uygun olması gerekliliğidir. *Temel yapı doktrinine* göre, Hindistan Anayasası bazı değiştirilemez anayasal değer ve ilkelerden kaynaklanan bir iç tutarlılığa sahiptir. Bu doktrin yasama iktidarına anayasayı değiştirme konusunda önemli sınırlar ve sınırlamalar getirmektedir. Bu nedenle eğer anayasa değişikliği Hindistan Anayasasının temelini oluşturan anayasal değer ve ilkelerle uyum içinde değilse, Yüksek Mahkeme bu değişikliği geçersiz sayacaktır. Temel yapı doktrini daha iyi anlayabilmek için 1973 yılında Yüksek Mahkemenin verdiği ünlü *Kesavananda* davasına bakmamız gerekmektedir.³⁵ Bu davada yargıçlar parlamentonun Hindistan Anayasasını değiştirme yetkisinin bir sınırı olup olmadığını sormuşlar ve açıkça anayasal metnin temel yapısını değişikliğe uğratacak anayasa değişikliklerinin yapılamayacağına karar vermişlerdir. Ancak yargıçlar arasında Hindistan Anayasasının temel yapısının nelerden oluştuğu konusunda anlaşma söz konusu olamamıştır. Baş yargıç Hindistan Anayasasının temel yapısının altı ilkeden oluştuğunu ileri sürmüştür. Bu ilkeler şunlardır: (1) anayasanın üstünlüğü, (2) cumhuriyetçilik; (3) demokratik devlet; (4) laiklik; (5) kuvvetler ayrılığı ve (6) federalizm. Diğer yargıçlar Hindistan Anayasasının temel yapısı olarak daha farklı, ama bu ilkelerle uyumsuz sayılamayacak açıklamalarda bulunmuşlardır.³⁶

1980 yılında Hindistan'da *Minerva Mills* davasında Yüksek Mahkeme iki anayasa değişikliğini Anayasaya aykırı bulmuştur. Bu kararı verirken yargıçlar açıkça temel yapı doktrinine dayanmışlar ve parlamentonun anayasayı değiştirme yetkisinin sınırsız olmadığına karar vermişlerdir. Anayasa aykırı bulunan anayasa değişikliklerinden ilki anayasa değişikliklerinin hiçbir nedenle mahkemelere götürülemeyeceğini hükme bağlamaktaydı. İkinci değişiklik de anayasa değişikliği konusundaki

³⁵ *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, AIR 1973 SC 1461. Bu karar 800 sayfadır. Okunması oldukça güç bir karardır.

³⁶ S. P. Sathe, *Judicial Activism In India*, 2. Baskı (Oxford: Oxford University Pres, 2002), s. 63-99.

bütün kuşkuları ortadan kaldırmak için parlamentonun anayasanın hükümlerini kaldırma, değiştirme veya farklılaştırma biçimindeki kurucu iktidarının sınırlandırılmayacağını kurallaştırmaktaydı. Yüksek Mahkeme bu anayasa değişikliğini de Anayasaya aykırı bulmuştur.³⁷

Anayasa değişikliğinin maddî model örneklerinden biri olan Almanya'da, Anayasada Parlamentonun her iki meclisinde üçte iki çoğunluk sağlanmak koşuluyla anayasanın değiştirilebileceği hükme bağlamaktadır. Ancak Almanya'da Anayasa Mahkemesi açık bir hüküm olmamasına rağmen, "federal ve eyalet kanunlarının bu Temel Kanuna uygunluğu"nu denetleme ifadesindeki kanun deyimini, anayasayı da içinde alacak bir biçimde yorumlamış ve anayasa değişikliklerini anayasanın değiştirilemez hükümlerine uygunluğu açısından denetlemiştir. Almanya'da Temel Yasa şu temel ilkelerin değiştirilemeyeceğini hükme bağlamaktadır: Demokrasi, federalizm, insan onuru, insan hakları ve anayasanın üstünlüğü. Anayasa Mahkemesi bu anayasal yasakları koruma görevini kendinde görmüş ve anayasa değişikliklerinin anayasaya aykırı olabileceğini kabul etmiştir.

The Southwest Davasında Anayasa Mahkemesi anayasanın yorumlanmasında şu iki temel ilkeyi belirtmektedir:

"Bir anayasa hükmünün anayasanın parçası olması nedeniyle geçersiz olabilmesinin kavramsal olarak mümkün olamayacağı söylenemez. O denli önemli ve bu ölçüde anayasadan da önce gelen hukukun bir ifadesi olan anayasa hükümleri vardır ki, bunlar anayasa koyucuları da bağlar ve bu derece üstte yer almayan anayasa hükümleri bu ilkelere aykırı ise hükümsüz olacaktır."³⁸

"Anayasada yer alan bir hüküm soyutlanmış bir kural olarak ele alınamaz ve tek başına yorumlanamaz. Anayasanın iç birliği vardır ve bir hükmün anlamı diğer hükümlerle bağlantılıdır. Bir bütün olarak ele alındığında, anayasa bireysel hükümlerin bağımlı olduğu birbiriyle ilişkili ilkeleri ve temel kararları yansıtır."³⁹

Bu iki temel ilke birbirleriyle ilişkilidir. Anayasanın üstünlüğü ve anayasanın tutarlılığı birbirlerini tamamlayan ilkelere aittir. Anayasa metninin iç tutarlılığı mahkemelerin anayasanın yapısında yer alan ve anayasaya birliğini ve bütünlüğünü sağlayan ve birbiriyle ilişkili ilkeleri bulmalarını sağlar. Bu ilkeler bulduktan sonra yargıçlar yasamanın ve yürütmenin işlemlerini bunlara göre denetleyebilir. Bu nedenle anayasanın üstünlüğü anayasanın tutarlılığını sağlayan ilkelere birlikte var olabilir. Temel Yasada neyin çiğnenemez olduğunu ve anayasanın üstünlüğü ilkesinden neyin anlaşılması gerektiğini anlayabilmek için ilk olarak Temel Yasayı tutarlı ve birleşik bir doküman hâline getiren şeyleri tanımlamak gerekir. Anayasa Mahkeme-

³⁷ *Minerva Mills Ltd. v. Union of India*, AIR 1980 SC 1789.

³⁸ *The Southwest Case*, BverfGE 1, 14(1951). Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2. Baskı (Durham, NC: London: Duke University Press, 1997), s 63.

³⁹ *Ibid.*

si bu tutarlılık ilkesine dayanarak anayasa değişikliklerinin geçerliğini değerlendirmedi kendini yetkili görmektedir. *Article 117* (1953) ve *Klass* (1970) davalarında Anayasa Mahkemesi anayasa değişiklikleri eğer anayasanın üstünlüğünü ve Temel Yasanın iç tutarlılığını zedeliyorsa anayasaya aykırı olabileceğini belirtmiştir.⁴⁰

Donald P. Kommers Alman Anayasasındaki bu tutarlılık konusunda şunları yazmaktadır:

“Almanya’daki ‘anayasaya aykırı anayasa değişikliği’ kavramı aynı zamanda Anayasanın yapıların ve değerlerin birliği olarak görülmesinden de kaynaklanmaktadır. Alman anayasacı görüş bir bütün olarak Temel Yasanın ruhuyla ve temel değerleriyle çelişen her türlü anayasa değişikliğinin anayasaya aykırı olacağını kabul etmekte ve söylemektedir. Örneğin, herkesçe iyi bilinen *Klass Case*’de Mahkeme Temel Yasanın ‘zedelenemez’ nitelikteki ‘haberleşme ve postanın gizliliği’ hakkını düzenleyen 10. maddesini değiştiren anayasa değişikliğinin anayasallığını sorgulamıştır. 1968’de devletin kendini savunmasıyla ilgili diğer değişikliklerle birlikte kabul edilen bu anayasa değişikliği, bu hakkın ihlâl edilmesi durumunda yargısal başvuru yerine idari başvuru yolunu getirmekteydi. Bu değişikliğin insan onuru, kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerine aykırı olduğu görüşünü savunan üç yargıca rağmen, Mahkeme değişikliğin anayasaya uygunluğunu onaylamıştır.”⁴¹

IV

Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine yapılacak ilk itiraz eğer anayasalarda mahkemelere böyle bir yetki açıkça verilmediyse, bunun içtihat yoluyla ele geçirilmesinin mümkün olamayacağıdır. Ülkemiz açısından öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun Anayasa Mahkemesince esas bakımından denetlenmesinin, 1982 Anayasasının açık hükümleri karşısında kesinlikle mümkün olamaması gerekirdi. 1982 Anayasası Anayasa Mahkemesinin, 1961 Anayasası dönemindeki bu konudaki aktivist tutumunu önlemek amacıyla Anayasanın 148. maddesindeki şekil denetiminin kapsamını sınırlayıcı bir şekilde belirtmiştir. Buna göre anayasa değişikliklerinin denetimi teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Bu hükümdeki “sınırlıdır” sözcüğü belirtilen üç hususun dışında denetim imkânı olmadığını açıkça ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi de 1982 Anayasası döneminde verdiği üç kararda da 148. maddeyi doğru yorumlamış ve iptal istemlerini reddetmiştir.⁴²

Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine yapılacak ikinci önemli eleştiri böyle bir denetim kabul edildiğinde yargı organıyla halk arasındaki hassas dengenin bozu-

⁴⁰ Albert., *agm*, s. 30-31.

⁴¹ Donald P. Kommers, “German Constitutionalism: A Prolegomenon” *Emory L.J.* 40 (1991), s. 852.

⁴² Ergun Özbudun, *Türkiye’nin Anayasa Krizi* (Ankara: Liberte Yayınları, 2009), s. 187.

lacak olmasıdır. Yani devletin “demokratik” niteliğiyle “anayasallık” nitelikleri arasındaki denge demokrasi aleyhine bozulmuş olacaktır. Alexander Bickel’in 1962 yılında dile getirdiği “çoğunlukçuluğa karşı olma sorunu” (*countermajoritarian difficulty*) demokratik bir toplumda halk egemenliği ile anayasa yargısının bağdaştırılmasına dair temel güçlüğü ifade etmektedir.⁴³ Bickel bu konuda şöyle yazmaktadır:

“Temel sorun, anayasaya uygunluk denetiminin sistemimizde çoğunlukçuluğa karşı bir kuvvet olmasından ileri gelmektedir... Yüksek Mahkeme, bir yasama işleminin ya da seçimle gelmiş yürütmenin bir eyleminin anayasaya aykırı olduğuna karar verdiğinde, o anki halkın temsilcilerinin iradesini engellemekte; var olan çoğunluğun yanında değil, ama ona karşı bir biçimde onu denetim altında tutmaktadır. Mistik bir takım anlamlar yüklenmeksizin, bu böyledir. Bu bütünüyle başka bir meseledir ve anayasa yargısının demokratik olmadığı iddiasında bulunabilmenin nedenidir.”⁴⁴

Bickel’in çözümlemesine göre, demokrasi temelde çoğunluğun yönetimi olduğuna ve Amerika Birleşik Devletleri’nin siyasal sistemi de demokratik bir sistem olduğuna göre, söz konusu çoğunluk yönetimi Amerikan vatandaşlarının yönetimidir. Bu temsili demokrasilerde en açık şekilde halkın doğrudan seçilmiş temsilcilerinin iradesinde kendini gösterir. Oysa yargıçlar; seçimle gelmiş temsilciler ve seçilmiş başkanın tersine seçilmiş olmayıp atanmıştır. Bickel’e göre bunun tek bir anlamı vardır. Bir mahkeme yasamanın ya da yürütmenin bir işleminin anayasaya aykırı olduğuna hükmettiğinde, çoğunlukçuluğa karşı bir şekilde hareket etmiş olacağından, böyle bir işlev demokrasi ile bağdaşmayacaktır.⁴⁵ Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi ise çoğunlukçuluk karşıtlığı problemini iyice abartmaktadır.

Anayasa yargısının kabul edilmesinin bir nedeni gerektiğinde Anayasa Mahkemesi kararlarının anayasa değişikliği yoluyla değiştirilebilecek olmasıdır. Anayasa değişikliklerinin parlamento ve halk tarafından gerçekleştirilebilecek olması dahi, Anayasa Mahkemeleri üzerinde caydırıcı etkide bulunacaktır. Bu nedenle anayasa değişikliklerinin sadece şekil bakımından değil de esas bakımından da denetlenmesi kabul edilirse, bu halkın egemenliğini çok daha fazla tehdit edecektir.⁴⁶

Yargının anayasa değişikliklerini iptal etme yetkisinin kabul edilmesi aynı zamanda yasama, yürütme ve yargı arasındaki hassas dengenin, yani kuvvetler ayrılığının bozulması demektir. Kuşkusuz ki, Anayasa Mahkemesi anayasayı yorumlarken, yasama ve yürütme iktidarları da anayasanın değişiminde ve gelişiminde üstlerine düşen rolleri oynayabilmelidirler. Yüksek Mahkeme anayasa değişikliklerini denetleyebiliyor

⁴³ Alexander M. Bickel, *The least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2. Baskı (New Haven: Yale University Press, 1986), s. 23. Alexander Bickel’in bu ünlü eseri ilk olarak 1962 yılında basılmıştır.

⁴⁴ *Ibid.* s. 16-17.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ John R. Vile, “The Case Against Implicit Limits”, *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Sanford Levinson, editor (Princeton: Princeton University Press, 1995), s. 198.

ve geçersiz kılabiliyorsa bu denge bozulmuş demektir. Bir başka deyişle anayasadaki kuvvetler ayrılığı yargı lehine ve parlamento aleyhine değişmiş olacaktır.

Anayasa değişikliklerinin mahkemeler tarafından denetlenmesini savunanlar halkın veya temsilcilerinin insanlık onurunu zedeleyebilecek düzenlemelere kakışabilecekleri kaygısını dile getirmektedir. Oysa mahkemeler anayasa değişikliklerini geçersiz kılabiliyorsa, bu olgunun kendisi insanlık onuruna ters düşen bir şeydir. Mahkemelerin her zaman insanlık onuru doğrultusunda kararlar verdiği ve vereceği söylenemeyeceği gibi; insanlık onuruna tehdit olma bakımından yargı bazen parlamentolardan daha da tehlikeli olabilmektedir. Sakıncalı bir Yüksek Mahkeme kararı ya mahkemenin daha sonra vereceği kararlarla ya da anayasa değişikliği yoluyla değiştirilebilir. Eğer mahkemeler anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini kullanarak halkın veya temsilcilerinin reform çabalarını sürekli reddedecek olursa yapılabilecek bir şey kalmamaktadır.⁴⁷

Yukarda belirtilen husus bize anayasa değişikliği sürecinin bir çeşit emniyet supabı rolü oynadığını göstermektedir. Bir başka deyişle, anayasa değişikliği süreci devrime veya darbeye bir alternatiftir. Mahkemeler zaman zaman yükselen kamuoyunun isteklerine direnme cesareti gösterse bile, bu direnmenin ne kadar başarılı olacağı kuşkuludur. Mahkemelerin çoğunlukla kendi kurumsal iktidarlarını çoğaltma ve kendi görüşlerini halkın ve temsilcilerinin aleyhine kabul ettirmek amacıyla problemlerle dönemlerde bu yola başvurduğu söylenebilir. Böyle davranıldığında anayasal kriz daha da büyüyecektir.⁴⁸

Ülkemizde Anayasa Mahkemesinin benimsediği tutum bu Mahkemeye anayasa değişikliklerini denetleme konusunda sınırsız bir yetki vermektedir. Daha önce belirtildiği gibi, Anayasanın 2. maddesinde sayılan Cumhuriyetin nitelikleri o kadar geniş ve ucu açık kavramlardır ki, bu niteliklerle ilgili olmayan bir anayasa değişikliği düşünmek hemen hemen imkânsızdır. Bu söylediklerimiz Hindistan ve Almanya için de geçerlidir; yani bu ülkelerde de Yüksek Mahkemeler anayasa değişikliklerini denetleme konusunda sınırsız yetkilere sahiptir. Anayasalar mükemmel olmayan dokümanlardır; bu nedenle kamuoyunun değişimini ve gelişimini yapılacak yorumlarla ve biçimsel anayasa değişiklikleriyle anayasaya yansıtma ve bu yolla anayasayı güncelleştirmek gerekir.⁴⁹ Ancak bu güncellemeler bu ülkelerde Yüksek Mahkemelerin vesayetine bağlanmıştır.

⁴⁷ *Ibid.* s. 199. 5 Haziran 2008 tarihli Anayasa Mahkemesi kararından sonra ülkemizde anayasa değişikliğinin yapılabilmesi için anayasada yazılı olmayan bir son aşama gerekmektedir. Bu aşama Anayasa Mahkemesinin onayıdır. Herkül Milas bu durumu satranç oyunundaki "pat" hâline benzetmektedir. Yani oyuncu hamle yapamayacak durumda kalır ve oyun devam edemez ve oyunun berabere bittiği varsayılır. Yazara göre Türkiye'deki anayasa değişikliği konusu pat durumundadır. Bakınız: Herkül Milas, "Pat", *Zaman*, 30.3.2010.

⁴⁸ John R. Vile, "The Case Against Implicit Limits", *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Sanford Levinson, editor (Princeton: Princeton University Press, 1995), s. 199-200

⁴⁹ *Ibid.*

Anayasa metninde yer alan ilkelerin de üstünde bazı ilkelerin yer aldığı ve bu nedenle anayasa değişikliklerinin bunlara da uyması gerektiği iddiası, anayasal bataklığa girmek demektir. Hukukçular tarafından anayasaların 'yazılı olamayan' veya 'üstü örtülü' yani açıkça belirtilmemiş bazı temel ilkeleri içerdiği sık sık ileri sürülmüştür.⁵⁰ Doğal hukuk görüşü kabul edilse dahi, anayasada yer almayan ve anayasa üstü olduğu iddia edilen bazı ilkelere anayasa yargısında ve özellikle de anayasa değişikliklerinin denetiminde başvurmak çok daha büyük sorunlara yol açabilir. Doğal hukuk görüşü mahkemelerin pozitif hukuka göre sahip olmaması gereken yetkilere sahip olmasına neden olduğu gibi, yanlış yorumlanacak ve yanlış uygulanacak doğal hukuk ilkelerini değiştirebilmek ise imkânsız hâle gelecektir.⁵¹ John R. Vile bizim de katıldığımız bu konudaki şu görüşü belirtmektedir:

"Şüphesiz her ahlâksal yanlışın anayasal veya yargısal bir çaresi yoktur. Sağduyu bize bazen, en azından kısa bir dönem için, halk egemenliğinin ve ulusal birliğin belirli bir insan onuru anlayışının korunması karşısında önceliğinin olmasını söyler. Sonuçta insan onuru için en iyi sığınak, zaman içinde aydınlanma ve gelişmeye tabi olacak olan halk tarafından değiştirilebilecek anayasa çatlağında yatmaktadır."⁵²

V

Türkiye'de anayasa değişikliklerinin anayasa uygunluğunun denetlenmesi, 1961 Anayasasının egemenlik konusunda getirdiği yeni düzenleme sonucunda mümkün olmuştur. Egemenliğin kullanılışı bakımından 1961 Anayasası ile 1982 Anayasası 1924 Anayasasından çok farklıdır. Türkiye'de iki egemenlik anlayışı olmuştur. Bunlar 1921 ve 1924 Anayasalarının egemenlik anlayışıyla, 1961 ve 1982 Anayasalarının egemenlik anlayışıdır. Egemenlik anlayışlarındaki bu farklılık Celal Bayar tarafından şöyle açıklanmaktadır:

"1961 Anayasası, 1924 Atatürk Anayasası'ndan hangi noktalarda ayrılır? Kanaatimce, en önemli ayrılık, 'ulusal egemenliğin' 'kimin tarafından' ve 'nasıl' kullanılacağı noktasındaki ayrılıktır. Atatürk Anayasası'na göre: "Hâkimiyet, kayıtsız şartsız milletindir. Türkiye Büyük Millet Meclisi milletin yegâne ve hakiki mümessili olup Millet namına hakkı hâkimiyeti istimal eder."

50 Anayasa Mahkemesi klâsik hâle gelmiş hukuk devleti tanımlaması şöyledir: "Hukuk devletinin temel unsuru, bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan bir devlet olmak gerekir. Hukuk devletinde Yasa koyucu organ da dahil olmak üzere, Devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir egemenliğe sahip olması, Yasa Koyucunun faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması gerekir. Çünkü yasanın da üstünde Yasa Koyucunun bozmayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa vardır. Hukukun ana ilkelerine dayanmayan, Devletin amacı ve varlığı nedeniyle bağdaşmayan ve sadece belli bir anda ortaya çıkan geçici bir çoğunluğun sağladığı kuvvete dayanılarak çıkarılan yasalar kamu vicdanında olumsuz tepkiler yaratır. Böyle bir yasayı hukuk devletinin tasarrufu niteliğinde saymak olanaksızdır" (E.1963/124, K.1963/243; E.1976/1, K.1976/28.).

⁵¹ Vile, *agm*, s. 201.

⁵² *Ibid.*

1961 Anayasası'nda 'hâkimiyet kayıtsız şartsız millete' bırakılmıştır. Ama kullanılış biçimi değiştirilmiştir. Yeni Anayasa'ya göre 'millet egemenliğini, Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanır.'

Demek oluyor ki, 1961 Anayasası, ulusal egemenliğin kullanılmasına, yeni ortaklar getirmektedir. Vatandaş oyunun kuracağı Millet Meclisi'nin bu egemenliği iyi kullanabileceği noktasında şüphe vardır. Ulusal egemenliğin kullanılmasını güvenle yerine getirmek için müesseseler ihdas edilmiştir. Senato, Anayasa Mahkemesi, Milli Güvenlik Kurulu, muhtar üniversite, muhtar TRT, planlama vb.

İnce araştırmalara girmeden kabaca söylemek gerekirse, ulusal egemenliğin 'kanun yapma gücü' Senato, Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı'nın Anayasa muhafızlığı görevi ile daraltılmakta, frenlenmekte, barajlanmaktadır. Bu daraltma, frenleme ve barajlama, vatandaş oyuna karşı duyulan, fakat açıklanmayan güvensizliği gösterir."⁵³

Kanımcı eğer egemenliğin kullanımında bu denli radikal bir değişiklik olmasaydı anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi ülkemizde bu denli kolayca kabul edilemezdi.

Maddi modele sahip ülkelerde egemenliğin nerede olduğunu anlamak için bu ülkelerin anayasal metinlerinin yapısına bakmak gerekir. Bu ülkelerin hepsinde değiştirilemez bir anayasal yapı olduğu iddiası söz konusudur. Değiştirilemez anayasal yapı Hindistan'da Hindistan Anayasasının temel yapısı, Almanya'da Temel Yasadaki anayasal tutarlılık ve Türkiye'de de Cumhuriyetin değiştirilemez temel nitelikleri olmaktadır. Bu ülkelerde üzerinde önemli durulan ek bir anayasal değer de anayasasının üstünlüğü ilkesidir. Yüksek Mahkemelerin Anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleyebildiği bu ülkelerde anayasasının üstünlüğü ilkesi diğer ülkelerden biraz daha farklı anlaşılmaktadır. Bu ülkelerde yargıçlar anayasasının üstünlüğü ilkesine başvurduklarında esas söylemek istedikleri yargıçların devlet içinde anayasayı anlamlandırmada ve yasamanın işlemlerini anayasaya uygunluk açısından değerlendirmede en üst ve denetlenemez otoriteye sahip olduklarıdır. Böylece yargı organı niteliksel olarak çok istisnai bir konuma kavuşmaktadır. Yargı kendi yetkisini kendisi tespit etmekte ve başka hiçbir organ, hatta vatandaşların büyük bir çoğunluğu dahi bu otoriteyi sorgulayamamaktadır. Anayasasının üstünlüğü yargının üstünlüğünü gizlemede kullanılan bir kılıf olmaktadır. Anayasasının üstünlüğü yargının bir başka deyişle yargıçların üstünlüğü olarak anlaşılmadan, herhangi bir ülkede anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi mümkün olamaz. Anayasa değişikliğinin maddi modelinde yargı siyasal sistemde egemendir. Yargının egemen olduğu siyasal sistemlerde anayasasının yorumlanmasında tek yetkili organ vardır o da yargıdır. Mahkemeler demokratik kurumların kararlarını her an bozabilir. Bu ülkelerde ana-

⁵³ Nazlı İlicak, *27 Mayıs Yargılanıyor*, İkinci Baskı (İstanbul: Merkez Kitaplar, 2007), s. 451-452. Bu konuda ayrıca bakınız: Celal Bayar, *Başvekilim Adnan Menderes* (İstanbul: Truva Yayınları, 2010), s. 11-13; Bülent Tanör, *İki Anayasa: 1961-1982* (İstanbul: Beta, 1986), s.29-33; Bülent Tanör, *Anayasal Gelişme Tezleri* (İstanbul: YKY, 2008), s.108-110.

yasal düzenin tepesinde yargı yer alır ve hiçbir kurum yargıyı sorgulayamaz. Yine anayasa değişikliğinin maddî modelinde siyasal sürece kuşkuyla bakılır.⁵⁴

Kuşkusuz halkın her zaman haklı olmadığı ve halk egemenliğinin de her zaman adâletin gerçekleşmesinin bir garantisi alamayacağı ileri sürülebilir. Ama anayasa değişikliklerinin denetlenmesi konusundaki yargısal aktivizm özgürlük ve adâleti korumak için geliştirilmiş olan yasama, yürütme ve yargı arasındaki ince dengenin bozulmasına neden olmaktadır. Daha önce de belirtildiği gibi, Bickel yargının çoğunlukçuluk karşıtı bir kurum olduğunu ileri sürmüştür. Bu iddiaya çürütebilecek en iyi yanıt mahkemelerin sadece anayasada belirtilmiş olan halkın iradesini yerine getirdiği argümanıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemelerinin anayasa metninden sapmaları bu ileri sürülen savı zayıflatacak ve Bickel'i haklı çıkaracaktır. Yargıçlar anayasada açık bir hüküm olmadan anayasa değişikliklerini iptal ettiklerinde geometrik olarak artmaktadır. Kuşkusuz bu tutum uzun dönemde mahkemelerin kurumsal menfaatlerini de zedeleyebilir. Yargı ile toplumun çoğunluğunu temsil eden siyasal güç arasında derin ve sürekli çatışmaların ortaya çıkması durumunda, yargının yetkilerinin kısılması tehlikesi ortaya çıkacaktır. Bu söylenenlerin yanında mahkemelerin anayasa değişikliklerini denetleme yetkilerini umulanın tam tersine anayasal değerlerin özünü baltalamak için kullanma ihtimalleri de vardır. Ayrıca yargısal olarak anayasa değişikliklerinin geçersiz kılınabilmesi, anayasa değişikliği savunucularının bu denetimi mahkemelere bırakarak daha dikkatsiz ve umursamaz olmalarına da neden olabilir.⁵⁵

VI

Anayasaların çoğu halk egemenliğinin üstünlüğünü, yani son karar verme iktidarının halkta ve demokratik süreçte olduğunu ilân eder. Ama aynı zamanda yine anayasaların çoğu yasama organlarının yani halkın ve temsilcilerinin neler yapamayacağını da belirterek demokratik süreci sınırlandırır. Tanım olarak demokrasi vazgeçilemez haklar kavramının karşıtıdır. Eğer halkın demokratik süreç yoluyla kendi kaderini bütünüyle saptama anlamında gerçekten egemen olduğu söylenecekse, hakların devredilebilir veya vazgeçilebilir olduğunu da kabul etmek gerekir. Eğer gerçekten demokrasi varsa, çoğunluk istediği zaman istediği haktan ve özgürlükten de vazgeçebilmelidir. Birçok egemen halk yaptığı anayasalarla demokratik olarak kendi kendini yönetme hakkının bir bölümünden, anayasada değişiklik yapılabilmesini nitelikli çoğunluklara bırakarak veya bazı değişiklikleri tümünden yasaklayarak vazgeçmektedir. Egemen bir varlığın egemenliğinin bir bölümünü bırakmayı yeğlemesi bilmececi hukukçuları, siyaset bilimcilerini ve filozofları sürekli şaşırtmıştır.⁵⁶

⁵⁴ Albert., *agm*, s. 33-34.

⁵⁵ Vile, *age*, s. 211-212.

⁵⁶ Elai Katz, " On Amending Constitutions: The Legality and Legitimacy of Constitutional Entrenchment", *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 29 (1995-1996), s. 252-254.

Anayasalar halk egemenliği ile sınırlı devlet değerlerini birbirleriyle uzlaştırmaya çalışır. Bir başka deyişle, anayasa değiştirme süreci demokrasi ve sınırlı devlet arasındaki hassas dengeyi korumaya çalışır. Anayasalarda demokratik faaliyete getirilen sınırlar anayasayı değiştirme süreciyle kaldırılabilir. Anayasanın değiştirilebilmesi her ne kadar zaman zaman hak ve özgürlüklerin devredilebilmesine neden olabilsede, bu yol anayasaların siyasal değerler değiştikçe gelişebilmelerini de sağlar. Eğer bir anayasanın değiştirilmesi çok güçse halk anayasa dışı yollarla değişiklik yapmaya kalkışabilir. Eğer anayasada değişiklik yapılabilmesi çok kolay ise, bu kez de anayasanın normal bir yasadaki farkı kalmaz ve anayasal değerler daha geçici siyasal kararların düzeyine inmiş olur. Bu nedenle herhangi bir anayasanın değiştirilmesini düzenleyen ayrıntılar o anayasanın ve o ülkedeki anayasacılığın istikrarını ve dayanıklılığını etkiler. Bu söylenenler yanında acaba anayasalara değiştirilemez hükümler koymak ne tür sonuçlar doğurur?⁵⁷

Anayasalara değiştirilemez hükümler koymak anayasa değişikliklerinin esas açısından denetlenmesinde önemli bir sıçrama oluşturmaktadır. Kolayca teklif ve kabul edilmesi yasaklanmış bir konuda yapıldığı varsayılan bir anayasa değişikliğinin iptal edilemeyecek olsa bile “yok”⁵⁸ hükmünde olacağı savunulabilmektedir. Hem Almanya’da hem de Türkiye’de Anayasa Mahkemeleri bu değiştirilemez hükümlerden hareketle böyle bir yetkiyi kendilerinde görmüşlerdir. Bu nedenle anayasalara değiştirilemez hükümler koymanın ortaya çıkardığı bu sakıncayı görmek gerekir.

Anayasalara değiştirilemez hükümler koymak hukuk tekniği açısından mümkünse de bu yolun sağduyuya dayanan bir yol olduğu ileri sürülemez. Anayasa değişikliğini yasaklamak işi tesadüfe ve şiddete bırakmak demektir. Halk anayasayı değiştirme yeteneğinden yoksun kalırsa devrim yoluna başvurabilir.

Ayrıca anayasaların değiştirilebilir olmaları bu belgelere meşruluk sağlar ve anayasal hükümete saygıyı ortaya çıkarır. Anayasalara değiştirilemez hükümler koymak yerine, anayasadaki hükümlerin bazılarının değiştirilmesini, diğer hükümlerden daha zor bir duruma getirmek daha iyi bir çözüm gibi görünmektedir.⁵⁹ Örneğin, 1978 tarihli İspanyol Anayasasına göre anayasa değişiklikleri her iki meclisin ayrı ayrı beşte üç çoğunluğunun oyuyla kabul edildikten sonra, eğer her iki meclisten birinin onda bir üyesi isterse onaylanmak üzere referanduma sunulur. Eğer toptan bir anayasa değişikliği söz konusu ise veya değişiklik Anayasanın devletin nitelikleri, egemenliği ve biçimi gibi önemli bazı ilkeleriyle ilgiliyse, her iki meclisin ayrı ayrı üçte iki çoğunlukla değişikliği kabul etmesiyle birlikte, parlamento hemen fesh edilmekte ve yeni seçilen parlamentoda meclisler yeni anayasal

⁵⁷ *Ibid.* S. 254-255.

⁵⁸ “Yokluk” yaptırımının anayasa hukukunda uygulanamayacağı söylenebilir. Bu konuda bakınız: Nur Uluşahin, “Yokluk Teorisinin Anayasa Hukukunda Yeri ve Uygulanabilirliği”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan*, Cilt II: Anayasa Hukuku (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008), s. 675-737.

⁵⁹ Katz, *agm*, s. 277-278.

metni inceledikten ve kararı onayladıktan sonra, her iki meclis yine ayrı ayrı üçte iki çoğunlukla değişikliği uygun bulması sonucunda kabul edilen metin referandumla götürülmektedir.

Anayasalarda anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenmesi konusunda mahkemelere yetki verilmemesine, hatta Türkiye örneğinde olduğu gibi açıkça yasaklanmasına rağmen, mahkemeler kendilerini yetkili görebilmiştir. Bunun nedeni Hindistan ve Almanya’da temel haklar söylemi olurken, Türkiye’de Cumhuriyetin temel nitelikleri ve özellikle bunlardan laiklik ilkesi olmaktadır.

Yenilerin özgürlüğü eskilerin özgürlüğüyle karşılaştığında anayasa değişikliklerini denetleme konusunda kendilerini yetkili gören mahkemeler sürekli olarak yenilerin özgürlüğünü tercih etmektedir. Benjamin Constant’ın yenilerin özgürlüğünden anladığı, bugün için modern haklar bildirgelerinde ya da anayasalarda yer verilen bireyin kendi hedeflerini ya da kendi mutluluğunu gerçekleştirmesini garanti altına alan bireysel haklardır. Mahkemeler zaman zaman bu hakların demokratik süreçten önemli olabileceğini söylemektedir. Halk egemenliği ile insan hakları ya da Benjamin Constant’ın ortaya koyduğu şekliyle “eskilerin özgürlüğü” ile “yenilerin özgürlüğü” arasındaki gerilim modern siyasal kuramın en önemli konularından biridir. Bireysel özgürlüklerin mi; yoksa vatandaşların demokratik siyasal katılma haklarının mı önce geldiği sorusu henüz kesin bir biçimde çözümlenmiş değildir.⁶⁰

Türkiye, Almanya ve Hindistan’da mahkemeler belirli anayasal değerleri anayasadaki diğer kuralların üstüne çıkarmışlar ve bu yolla bu ülkelerde mahkemeler bu belirli temel değerleri zedeleyecek anayasa değişikliklerinin yapılamayacağını hükme bağlamıştır. Almanya’da Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliğini yasaklayan anayasadaki hükme dayanarak şöyle demektedir: “79. maddenin üçüncü fıkrasının amacı (anayasa değişikliğini yasaklayan hüküm) anayasa değişikliğinin şekli hukuksal yolları kullanılarak var olan anayasal düzenin temelini veya özünün yok edilmesini... ve totaliter bir rejimi meşrulaştırmak için kötüye kullanılmasını önlemektir.”⁶¹ Hindistan Yüksek Mahkemesi de anayasal düzenin temellerinin ortadan kaldırılacağı tehlikesine dayanarak Anayasada devletin temel yapısının değiştirebilecek değişikliklerin yapılamayacağına karar vermiştir. Türkiye’de de Anayasa Mahkemesi Anayasanın 4. maddesinde “*Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez*” dendiğini ve bu nedenle bunlara aykırı bir biçimde Anayasanın değiştirilemeyeceğini ileri sürmüştür.

⁶⁰ Rory O’Connell, “Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms”, *Journal of Civil Liberties* 4 (1999), s. 48-75.

⁶¹ 15 Aralık 1970 tarihli karar. 30 BVerfGE 1 (F.R.G.) (Privacy of Communications (Klas) case). Bakınız: Walter F. Murphy & Joseph Tanenhaus, derleyenler, *Constitutional law: Cases and Commentaries* (New York: St. Martin’s Pres, 1977), s. 661.

Türkiye, Almanya ve Hindistan'daki Yüksek Mahkemeler temelde çoğunluğun despotluğunu önleme kaygısıyla anayasa değişikliklerini denetlemede kendilerini yetkili görmüşlerdir. Stephan Holmes ve Cass R. Sunstein anayasa hukukçularının çok sık düştüğü bu yanılgıyı şöyle ifade etmektedir:

“...bazı anayasa hukukçuları anayasacılığın temel fonksiyonunun, özellikle *çoğunluğun despotluğunu* (yani seçmenlerin çoğunluğuna karşı sorumlu, demokratik bir biçimde seçimle gelmiş görevlilerin despotluğunu) içermek üzere, *despotluğu önlemek* olduğuna inanırlar. Bu görüşün sonucunda bunu savunanlar anayasa mahkemelerinin yetkilerini artırmak isterlerken parlamentolarını azaltmak isterler. Genel bir reçete olarak bu otokrasinin nüksetmesini azaltma değil, artması sonucunu doğuracak olan stratejik bir hatadır.

Anayasa sadece zorbalığı önlemenin bir aracı değildir. Anayasaların aynı zamanda başka işlevleri de vardır. Örneğin, anayasalar salt zorbalığı önleyip iktidarı sınırlandırmazlar; aynı zamanda iktidarı inşa ederler ve ona yol gösteriler. Liberal anayasalar daha kapsamlı bir biçimde bir dizi siyasal sorun çözmek üzere tasarlanmışlardır: zorbalık, yozlaşma, anarşi, bağnazlık, kolektif davranma sorunları, tartışma yokluğu, miyopluk, sorumsuzluk, istikrarsızlık ve politikacıların akılsızlıkları. Anayasalar çok fonksiyonludur. Anayasal fonksiyonu münhasıran zorbalığın önlenmesiyle tanımlamak radikal bir aşırı basitleştirir.”⁶²

⁶² Stephen Holmes ve Cass R. Sunstein, “The politics of Constitutional Revision in Eastern Europe”, *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Sanford Levinson, editor (Princeton: Princeton University Press, 1995), s. 302.