



**SINİRÖTESİ ANAYASALCILIK BAĞLAMINDA ANAYASAYA AYKIRI  
ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ  
(Türkiye Çözümlemesi)**

**CEREN DOĞRU**

**MART 2022**

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ**

**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**KAMU HUKUKU DOKTORA TEZİ**

**SINIRÖTESİ ANAYASALCILIK BAĞLAMINDA ANAYASAYA AYKIRI  
ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ  
(Türkiye Çözümlemesi)**

**CEREN DOĞRU**

**MART 2022**

## ÖZ

# SINİRÖTESİ ANAYASALCILIK BAĞLAMINDA ANAYASAYA AYKIRI ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ (Türkiye Çözümlemesi)

DOĞRU, Ceren

Kamu Hukuku Doktora Tezi

Danışman: Prof. Dr. Mehmet TURHAN

Mart 2022, 209 sayfa

Demokratik hukuk devletinde anayasa yargısının amacı, anayasanın üstünlüğünü sağlamak ve korumaktır. Anayasa Mahkemelerinin anayasayı koruma amacı kapsamında yaptıkları kanunların ve anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğu denetiminin sınırları ve geliştirdikleri içtihatlar literatürde sıkça değerlendirilmekte ve sorunları ortaya konulmaktadır. Bu çalışmanın kapsamında, anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi ve bu yargısal denetim çerçevesinde karşılaşılan sorunları sınırötesi anayasalcılık yaklaşımıyla ele alınmaktadır. Çalışmanın amacı, anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi kapsamında anayasal düzeni ve bireyin temel hak ve özgürlüklerini teminat altına alabilmek amacıyla, Anayasa Mahkemelerinin sınırötesi anayasalcılık ve onun bileşenleri ile insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti ilkeleri çerçevesinde kendi işlevini yerine nasıl getirebileceğinin ortaya konulmasıdır. Bu amaçla, çalışmada 1961 ve 1982 Anayasa dönemlerinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğuna yönelik yaptığı denetimler sonrası aldığı kararlar ve oluşturduğu doktrin detaylı olarak incelenmektedir. Bu çerçevede çalışmada, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal işlevi gereği siyasi ideolojilerden uzak ve insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti bağlamında evrensel standartlar ile uyumlu içtihat geliştirmek suretiyle, anayasa değişikliklerinin denetiminde, elbette

yerel dinamikleri dikkate alarak, çağdaş demokrasilerde anayasa yargının sınırötesi yargı diyalogu veya uluslararası belgelerde anlaştığı ortak değerler üzerinden kabul ettiği içtihatlar ile uyumlu bir tutum sergilemesi ve zaman zaman oluşturduğu aktivist tutumunu hak temelli yaklaşım çerçevesinde değerlendirmesi önerilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasaya aykırı anayasa değişikliği, Sınırötesi anayasalcılık, Anayasa değişikliği, Anayasa yargısı, İnsan hakları, Demokrasi.



## **ABSTRACT**

# **JUDICIAL REVIEW of UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS in the CONTEXT of TRANSNATIONAL CONSTITUTIONALISM (THE ANALYSIS of TÜRKİYE)**

DOĞRU, Ceren

Ph. D in Public Law

Supervisor: Prof. Dr. Mehmet TURHAN

March 2022, 209 pages

The purpose of the judicial review of the constitution in a democratic state is to ensure and protect the supremacy of the constitution. The limits of the constitutional review of laws and constitutional amendments made by the Constitutional Courts within the scope of the purpose of protecting the Constitution and the case-laws they developed, are frequently evaluated in the literature and also their problems are revealed. Within the scope of this study, the judicial review of unconstitutional constitutional amendments and the problems encountered within the framework of this judicial review are discussed from the transnational constitutionalism perspective. The aim of the study is to reveal how the Constitutional Courts can fulfill their functions within the framework of transnational constitutionalism and its components, as well as the principles of human rights, democracy and the rule of law, in order to guarantee the constitutional order and the fundamental rights and individual freedom within the scope of judicial review of unconstitutional constitutional amendments. For this purpose, the decisions taken by the Constitutional Court of the Republic of Turkey in the 1961 and 1982 Constitutional periods after the audits on the constitutionality of the constitutional amendments and the doctrine it formed, are examined in detail. Within this frame;

throughout the study, based on the constitutional function of the Constitutional Court, taking into account the local dynamics as well, the Court should generate jurisprudences in which both the common values agreed in international documents and transnational judicial dialogues are sustained. Only if this approach is fulfilled, the Constitutional Court will develop a doctrine in accordance with the context of human rights, democracy and the rule of law within the framework of a rights-based approach.

**Keywords:** Unconstitutional constitutional amendment, Transnational constitutionalism, Constitutional amendment, Constitutional jurisdiction, Human rights, Democracy.



## TEŞEKKÜR

Bu tezin hazırlanmasında, çalışmanın başından sonuna kadar çok değerli desteklerini sunan, çalışma konusunun her yönüyle ilgili beni bilgilendiren ve yönlendiren, kısa bir yazı ile teşekkür etmenin yeterli olmadığı çok değerli danışman hocam Sayın Prof. Dr. Mehmet TURHAN'a, değerli vaktini esirgmeden tezimin hazırlanmasında ve ortaya çıkmasında tüm sorularımı yanıtlayan, bana yol gösteren ve hayata tutunmamda beni destekleyen hocam Sayın Prof. Dr. Erdal ONAR'a ve akademik hayatımda desteklerini esirgemeyen, yoluma ışık tutan, üzerimde emekleri bulunan hocam Sayın Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU'na çok teşekkür ederim. Tez Jürimde bulunan Dr. Öğr. Üyesi Ali ACAR'a ve Dr. Öğr. Üyesi Cem Duran UZUN'a da tezime değerli katkıları için çok teşekkür ederim.

## İÇİNDEKİLER

İNİTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	iii
ÖZ/ÖZET .....	iv
ABSTRACT.....	vi
TEŞEKKÜR .....	viii
İÇİNDEKİLER .....	ix
TABLolar .....	xiv
KISALTMALAR .....	xv
GİRİŞ .....	1
<b>BÖLÜM 1</b>	
<b>ANAYASAYA AYKIRI ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN KAVRAMSAL AÇIDAN İNCELENMESİ VE LİTERATÜR TARAMASI.....</b>	<b>6</b>
1.1. GENEL OLARAK .....	6
1.2. ANAYASA TÜRLERİ VE ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ KAVRAMI .....	9
1.3. ANAYASA DEĞİŞTİRME MODELLERİ .....	13
1.4. ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNDE KURUCU İKTİDAR VE HALK EGEMENLİĞİ SORUNU.....	15
1.4.1. Kurucu İktidar Kavramının Değerlendirilmesi .....	17
1.4.2. Kurucu İktidar - Anayasalcılık İlişkisinin Değerlendirilmesi .....	22
1.5. ANAYASAYA AYKIRI ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ KAVRAMI .....	25
1.5.1. Kavramsal Çerçevenin Çözümlemesi.....	26
1.5.2. Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi.....	30
1.5.3. Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetiminin Demokrasi Açısından Değerlendirilmesi .....	32
1.5.4. Anayasa Mahkemelerinin Anayasa Değişikliklerinin Denetlenmesinde Farklı Uygulama Örnekleri.....	35
1.5.4.1. Amerikan Anayasa Yargısı Modeli ve Avrupa Anayasa Yargısı Modeli.....	36



1.5.4.2. Anayasa Mahkemelerinin Anayasa Değişikliklerinin Denetlenmesinde Farklı Ülke Örnekleri.....	38
1.6. ANAYASAYA AYKIRI ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ İLE İLGİLİ LİTERATÜR TARAMASI.....	43
1.6.1. Literatürde Yer Alan Farklı Perspektifler.....	43
1.7. TÜRKİYE’ DE ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNE İLİŞKİN ANAYASALARDAKİ DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	49
1.7.1. 1876 Anayasası’ndaki (Kanun-i Esasi) Düzenlemeler.....	50
1.7.2. 1924 Anayasası’ndaki Düzenlemeler.....	51
1.7.3. 1961 Anayasası’ndaki Düzenlemeler.....	53
1.7.4. 1982 Anayasası’ndaki Düzenlemeler.....	56
1.8. TÜRKİYE’DE ANAYASA YARGISININ ORTAYA ÇIKIŞI VE GELİŞİMİ.....	59
1.8.1. 1961 Anayasası Öncesi Dönem Üzerinde Değerlendirmeler.....	59
1.8.2. 1961 Anayasası Sonrası Dönem Üzerinde Değerlendirmeler.....	61
<b>BÖLÜM 2</b>	
<b>SINIRÖTESİ ANAYASALCILIK.....</b>	<b>63</b>
2.1. SINIRÖTESİ ANAYASALCILIĞIN KAVRAMSAL OLARAK İNCELENMESİ.....	64
2.1.1. Sınırötesi Anayasalcılık Kavramı.....	64
2.1.2. Sınırötesi Anayasalcılık ile Doğal Haklar Kuramı İlişkisi.....	67
2.1.3. Uluslararası Anayasa Üstü (Supra Constitutional) Doktrini.....	69
2.2. SINIRÖTESİ ANAYASALCILIĞIN BİLEŞENLERİ.....	72
2.2.1. Sınırötesi Anayasalar ve Anayasa Benzeri Düzenlemeler (Quasi-Constitutional Arrangements).....	73
2.2.2. Sınırötesi Yargı Diyaloğu ve Referansları.....	75
2.2.3. Ulusal Anayasaların Küresel Düzeyde Benzeşmesi.....	76
2.3. SINIRÖTESİ ANAYASALCILIK BENZERİ ULUSLARARASI ANAYASALCILIK GÖRÜŞLERİ.....	79
2.3.1. Ulusüstü Anayasalcılık Yaklaşımı.....	80
2.3.2. Toplumsal Anayasalcılık Yaklaşımı.....	81
2.3.3. Yeni Anayasalcılık Yaklaşımı.....	82

2.4. ULUSLARARASI HUKUK STANDARTLARI TEMELİNDE	
SINİRÖTESİ ANAYASALCILIĞIN İNCELENMESİ .....	84
2.4.1. İnsan Hakları Standartları ve Sınırötesi Anayasalcılık İlişkisi.....	86
2.4.1.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İnsan Hakları ve	
Sınırötesi Anayasalcılık İlişkisi.....	88
2.4.1.2. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İnsan Hakları ve	
Sınırötesi Anayasalcılık İlişkisi.....	89
2.4.1.3. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Açısından İnsan Hakları ve	
Sınırötesi Anayasalcılık İlişkisi.....	92
2.4.2. Demokrasi, Hukuk Devleti ve Sınırötesi Anayasalcılık İlişkisi.....	92
2.4.3. İyi Yönetişim Standartları ve Sınırötesi Anayasalcılık İlişkisi .....	98
2.5. ULUSLARARASI EKONOMİ VE TİCARET İLE SINİRÖTESİ	
ANAYASALCILIK İLİŞKİSİ.....	101
2.6. SINİRÖTESİ ANAYASALCILIĞIN KARŞILAŞTIĞI GÜÇLÜKLER	
VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ.....	106
2.6.1. Sınırötesi Anayasalcılığa Farklı Perspektiflerden Bakış .....	106
2.6.2. Sınırötesi Anayasalcılığın Karşılaştığı Güçlükler .....	109
2.6.3. Sınırötesi Anayasalcılığı Güçlendirmek İçin Öneriler .....	112
2.7. GENEL DEĞERLENDİRME.....	113

### **BÖLÜM 3**

<b>TÜRKİYE'DE ANAYASAYA AYKIRI ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN</b>	
<b>İNCELENMESİ VE SINİRÖTESİ ANAYASALCILIK BAĞLAMINDA</b>	
<b>DEĞERLENDİRİLMESİ .....</b>	<b>116</b>

3.1. TÜRKİYE'DE ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL	
DENETİMİ .....	117
3.1.1. 1961 Anayasasında Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliklerinin	
Yargısal Denetimi.....	117
3.1.1.1. 1971 Değişikliklerinden Önce Anayasa Mahkemesi Kararlarının	
İncelenmesi.....	118
3.1.1.2. 1971 Değişikliklerinden Sonra Anayasa Mahkemesi Kararlarının	
İncelenmesi.....	119
3.1.2. 1982 Anayasasında Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliklerinin	
Yargısal Denetimi.....	123

3.1.2.1. 1982 Anayasasında Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetiminin Kapsamı.....	124
3.1.2.1.1. Teklif Çoğunluğu.....	125
3.1.2.1.2. Oylama Çoğunluğu.....	126
3.1.2.1.3. İvedilikle Görüşme Yasağı.....	127
3.1.2.1.4. Diğer Hususların Değerlendirilmesi.....	128
3.1.2.2. Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetim Yolları.....	129
3.1.2.2.1. İptal Davası (Soyut Norm Denetimi) .....	129
3.1.2.2.2. İtiraz Yolu (Somut Norm Denetimi) .....	130
3.1.2.3. 1982 Anayasası Döneminde Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Değişikliklerinin Denetimine İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi.....	131
3.2. ANAYASANIN DEĞİŞTİRİLEMEZ HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ .....	133
3.2.1. Genel Olarak Normatif Maddi Sınırlamaların Değerlendirilmesi.....	134
3.2.2. 1961 Anayasasında Değiştirilemez Hükümlerinin Değerlendirilmesi ...	135
3.2.3. 1982 Anayasasında Değiştirilemez Hükümlerinin Değerlendirilmesi ...	136
3.3. Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliklerinde Ölçü Normlar Tanımı .....	137
3.4. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN ANAYASAYA AYKIRI ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ BAKIMINDAN AKTİVİST TUTUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ VE YARGISAL AKTİVİZM TARTIŞMALARI .....	139
3.4.1. Yargısal Aktivizm Kavramının İncelenmesi .....	139
3.4.2. Yargısal Aktivizm ve Demokrasi İlişkisinin İncelenmesi.....	140
3.4.3. Türk Anayasa Mahkemesi'nin Aktivist Tutumunun Değerlendirilmesi	142
3.5. TÜRKİYE'DE ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN DENETLENMESİNİN SINIRÖTESİ ANAYASALCILIK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ .....	144
3.5.1. Türk Anayasa Mahkemesi'nin Oluşturduğu Doktrinin Sınırötesi Anayasalcılık Açısından İncelenmesi.....	144
3.5.1.1. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Örneği .....	145
3.5.1.2. Hindistan Yüksek Mahkemesi Örneği.....	146
3.5.1.3. Türk Anayasa Mahkemesi'nin Laiklik Doktrini .....	147
3.5.2. Sınırötesi Anayasalcılığın Demokratik Hukuk Devleti İlkesi Açısından Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi ...	148

3.5.2.1. 1961 Anayasa Döneminde Cumhuriyet Rejimi Bağlamında Değerlendirilmesi .....	150
3.5.2.2. 1982 Anayasası Döneminde Cumhuriyet Rejimi Bağlamında Değerlendirilmesi .....	154
3.5.3. Sınırötesi Anayasalcılığın İnsan Hakları İlkeleri Açısından Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi .....	155
3.5.3.1. 1961 Anayasası Döneminde Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi Bağlamında Değerlendirilmesi .....	156
3.5.3.2. 1982 Anayasa Döneminde Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi Bağlamında Değerlendirilmesi .....	158
3.5.3.2.1. Uluslararası Belgeler Kapsamında Değerlendirilmesi .....	158
3.5.3.2.2. Anayasa Mahkemesinin Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliğine İlişkin Kararları Kapsamında Değerlendirilmesi .....	160
3.6. GENEL DEĞERLENDİRME .....	163
<b>SONUÇ .....</b>	<b>165</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>170</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ .....</b>	<b>194</b>

## TABLÖLAR

Tablo 1. 1924 Anayasası'nda Yapılan Değişikler .....	53
Tablo 2. 1961 Anayasası'nda Yapılan Değişikler .....	55
Tablo 3. 1982 Anayasası'nda Yapılan Değişikler .....	58
Tablo 4. 1961 Anayasası Döneminde Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri ..	123



## KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AT	: Avrupa Topluluğu
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
Bkz	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
Çev	: Çeviren
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
E.	: Esas
Ed.	: Editör
Eds	: Editörler
f.	: Fıkra
GATT	: Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması
HSYK	: Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu
K.	: Karar
K.T.	: Karar Tarihi
md	: Madde
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti

## GİRİŞ

Anayasa teorisinin en tartışmalı konularından biri anayasaya aykırı anayasa değişiklikleridir. Bu tartışmayı yapabilmek için cevaplandırılması gereken birkaç temel soru bulunmaktadır. İlk olarak, anayasa maddeleri üzerinde anayasaya aykırı değişiklikler yapıp yapılamayacağı hususu incelenmelidir. Anayasanın her maddesinin birbiri ile aynı hukuki değeri taşıdığı varsayımından hareketle, bir anayasa maddesinin hangi üst norma aykırı olacağının tespiti kuşkusuz en zor olanıdır. Bir diğer yandan, anayasa değişikliklerinde anayasa yargısının yetkilerinin ve sınırlarının tespiti gerekmektedir. Anayasa yargısının bu denetimler üzerindeki rolünün ülkeden ülkeye değiştiğini söylemek mümkündür.

Anayasa yargısı Avrupa Modelinde (Özel Mahkeme Sistemi), Anayasa Mahkemelerinin anayasa değişiklikleri üzerindeki yetkileri, şekil bakımından denetim ve esas bakımından denetim olmak üzere iki türdür. Anayasalar, anayasa değişikliklerinde her iki denetime birden izin verilebileceği gibi, esas bakımdan denetimin yasaklanması mümkündür. Şekil bakımdan yapılan denetimlerde prosedürel birtakım işlemlerin varlığının tespit edilmesi sebebiyle anayasa mahkemeleri takdir yetkilerini kullanmaksızın karar vermektedir. Dolayısıyla anayasa mahkemelerinin anayasa değişiklikleri üzerinde yapmış oldukları şekil bakımından denetimler üzerinde bir tartışma bulunmadığından, bu konu çalışmamızın kapsamı dışındadır. Bu çalışmaya esas olarak anayasaya aykırı değişikliklerinde anayasa mahkemelerinin yaptıkları esas bakımdan denetimler kaynaklık etmektedir. Usulüne uygun biçimde tesis edilen bir anayasa maddesinin esas bakımdan denetime tabi tutulabilmesi; ya birtakım anayasa maddelerinin diğerlerinden üstün olduğunun kabulü ya da anayasa üstü ilkelerin varlığının kabulünden geçmektedir. Bir diğer açıdan ise, anayasa değişikliklerinin esas bakımdan denetlenmesinde, yüksek mahkemelere tevdi edilen yetkiler ve yüksek mahkemelerin bu yetkiler üzerindeki sınırları, çalışmaya dayanak alınan temel çıkış noktasıdır.

Çalışmamızın ilk bölümünde anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri; anayasa aykırı anayasa değişikliklerinin kaynağı ve sınırları, kurucu iktidar kavramı, Anayasa Mahkemelerinin anayasa değişikliklerinin denetimi hususundaki farklı ülke uygulamaları, anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri ile ilgili literatürde yer alan farklı perspektifler ile birlikte açıklanmaya çalışılacaktır. Bugün dünya üzerinde tamamıyla değişmez bir anayasanın varlığından söz etmek mümkün değildir. Katı, donmuş bir anayasanın, hiçbir soruna çözüm getiremeyeceği açıktır. Bir başka açıdan bakıldığında, siyasi istikrar bağlamında anayasaların uzun yıllar varlığını devam ettirebilmesinin bu değişikliklerle mümkün olduğu görülmektedir. Ancak her değişiklik anayasaya uygun olmayabilir. Anayasaya aykırı bir anayasa değişikliği yapıldığı takdirde, anayasa yargısının değişiklik üzerinde oynayacağı rol son derece önemlidir. Öncelikle tespit edilmesi gereken nokta, anayasa aykırı anayasa değişikliklerinde Anayasa yargısının söz konusu değişiklikler üzerinde denetim yetkisini kullanma biçimi ve yetkisinin sınırlarıdır. Anayasa mahkemelerinin sıklıkla yetkisini aşarak anayasal denetimler yapmasının, Türk Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararları dahil olmak üzere, dünya üzerinde birçok örneği bulunmaktadır. Anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinde esas bakımdan denetimin yasak olduğu durumlarda, mahkemeler kimi zaman yaptıkları esas bakımdan denetimi, izin verilen şekil bakımdan denetim örtüsü altına gizlemektedirler. Bu durumda mahkemeler, yetkilerini aşarak yapmış oldukları denetimleri birtakım anayasa üstü ilkeler ile açıklıyor ya da şekil denetimi yaptıkları sırada yasağı delerek esas denetime giriyor olsalar dahi, sundukları argümanlar yapmış oldukları denetimleri hukuki kılmaktan genellikle uzaktır. Yüksek Mahkeme kararlarıyla oluşturulan içtihatlar ne olursa olsun, yetki aşan denetimler, yargısal aktivizm kavramını da beraberinde getirmektedir. Yargısal aktivizmin bir ileri basamağı ise yargıçlar hükümetlerine yol açmasıdır. Bu durum ise, demokrasilerin işlerliği için birer emniyet aracı olarak yaratılan anayasa mahkemelerinin varlığıyla birebir çelişen sonuçlar doğurmaktadır. Bir bakıma, canavardan korunmak için yaratılan muhafız, kendi canavarını yaratmış olmaktadır.

Demokrasinin tarihi 1215 tarihli *Magna Carta* antlaşmasına kadar uzanmaktadır. Bunun sonucu olarak günümüzde neredeyse tüm ülkeler birtakım temel hak ve özgürlüklerin dokunulmaz olduğu noktasında hemfikirdir. Ancak bu durum, devletlerin demokratik düzenden antidemokratik düzene geçişini engellemek



noktasında yetersiz kalmaktadır. Dolayısıyla anayasalcılık hareketi ile sınırlı devleti yaratmanın yetersiz kalması durumunda, uluslararası alanda başka türlü önlemlere başvurmak gerekebilmektedir. Bu durum temel hak ve özgürlüklerin yalnızca iç hukuk ile değil, uluslararası hukuk ile de korunmasının gerekliliğine kaynaklık etmektedir. Özellikle II. Dünya Savaşı sırasında varlığını sürdürmüş olan anti demokratik devlet düzenlerinin varlığı, uluslararası ikincil önlemlerin doğuşunu hızlandırmıştır. Yaşanan olumsuzlukların tekrarını engellemek için, anayasa yargısı önem kazanmış ve anayasa mahkemeleri kurulmuştur. Ancak Avrupa modeli olan anayasa mahkemeleri kimi durumlarda ya kendi yetkilerini çok ileri taşımakta, ya da iktidar sahipleri mahkemelerin yetkilerini bir hayli budayarak varlık amacından uzaklaştırmaktadırlar. Anayasa mahkemelerinin sınırlı devletin gereklerini tek başına koruyamadıkları noktada, başka emniyet araçlarını devreye sokma ihtiyacını doğmaktadır. Böyle bir durumda en önemli emniyet aracının uluslararası hukuktan doğan korumalar zinciri olacağı açıktır. Böylece devletlerin anayasalarında vatandaşlarının temel hak ve özgürlükleri ile ilgili yapacakları daraltıcı her türlü değişiklik yalnızca kendi anayasal yargı sistemlerini değil, uluslararası mahkemeleri de ilgilendirecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinde vermiş oldukları kararlar ve izledikleri tutum göz önünde tutularak, Avrupa Birliği Doktrini kapsamında anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri bu sebeplerle birinci bölüme dahil edilmiştir.

İkinci bölümde detaylı olarak irdelenecek olan konu sınırötesi anayasalcılıktır. Sınırötesi (*transnational*), 20. Yüzyıl sonrası dünya üzerinde yaşanan küreselleşmenin sonucunda ortaya çıkan uluslararası hukuka ait bir terimdir. Türkçe'ye, *ulusaşırı*, *ulusaşan*, *sınır aşan* ve *sınırötesi* şeklinde çevirisi olmakla birlikte, bu tez çalışmasında, kavramın daha doğru bir ifadesi olduğu varsayımından hareketle *sınırötesi* teriminin kullanılması tercih edilmiştir. Sınırötesi anayasalcılık; Harvard Üniversitesi Anayasa Profesörü Vicki C. Jackson'ın anayasaya aykırı anayasa değişikliklerine yeni bir pencere açarak "*transnational constitutionalism*" olarak tanımladığı yenilikçi bir kavramdır. Jackson, anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin değerlendirilmesi konusuna uluslararası birtakım ölçütler zinciri getirmektedir. Dünya üzerindeki her şey gibi, anayasa yargısı da küreselleşmeden nasibini almaktadır. Artık yüksek mahkemelerin, devletlerin tarafı oldukları antlaşmalar uyarınca, yalnızca ulusal değil, ulus üzeri bir takım değerleri de

gözetmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bugün uluslararası örgütlerin üyesi hiçbir devlet, anayasa değişiklikleri dahil, kendi başlarına hareket kabiliyetine sahip değildir. Uluslararası yüksek mahkemelerin varlığı, bu varsayımı desteklemektedir. Bir diğer yandan, küreselleşen dünya düzeni ile devletler düzeyinde her türlü ilişkinin iç içe geçmesi ve birbirine bağımlı hale gelmesi sonucunda, artık hiçbir devlet tek başına bir anlam ifade etmemektedir. Devletler uluslararası alandaki varlıklarını uluslararası oluşumların kurallarına bağlı olmaya borçludurlar. Tüm dünyada hayli fazla şekilde tartışılmaya devam eden anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri, günümüzde uluslararası doktrin bağlamında tartışılmaya başlanmış ve bu tartışmalar devam etmektedir. Dolayısıyla Türk Anayasa Mahkemesinin esas bakımdan denetim yaparak vermiş oldukları kararların yalnızca ulusal doktrin temelinde değil, uluslararası doktrinler kapsamında da incelenmesi ihtiyacı doğmuştur. Sınırötesi anayasalcılığın etkilerini çalışma kapsamına dahil ederek incelememizin nedeni de budur. Bir diğer ifadeyle, bu çalışmada ülkelerin anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinde esas bakımdan denetim yaparak oluşturdukları doktrinlerin, sınırötesi anayasalcılık kavramı ile bağlantılarının tespiti amaçlanmaktadır.

Sınırötesi anayasalcılık kavramı Vicki Jackson'ın anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinde açtığı yeni bir bakış açısı olarak kabul edilmektedir. Kaynağını aldığı diğer uluslararası anayasalcılık bakış açılarıyla birlikte ele almak kavramı daha anlaşılır kılacaktır. Şöyle ki, tüm bu bakış açıları demokratik düzenin ve temel hak ve özgürlüklerin yalnızca iç hukukla değil, ikincil bir koruma kalkanı yaratılmak suretiyle uluslararası boyutta korunması fikri temelinde şekillenmektedir. Böylece, anayasa aykırı anayasa değişikliklerinde yüksek mahkemelerin denetim yetkilerinin sınırları, yeni bir bakış açısı olarak kabul edilen sınırötesi anayasalcılık (*transnational constitutionalism*) kavramı dahilinde ikincil bir koruma kapsamında açıklanmaya çalışılacak, dünya genelinde farklı ülke örnekleri bazında değerlendirmeye alınacaktır.

Üçüncü bölümde çalışmaya konu olarak seçilen ülke Türkiyedir. Türk Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinde esas bakımdan denetim yaptığı kararları ve oluşturulan yerleşik doktrini, belirlenen emsal kararlar ışığında farklı ülkelerin anayasa mahkeme kararları ile birlikte ele alınarak incelenecektir.

Türk Anayasa Mahkemesi; 1970li yılların başından 2010 yılına kadar vermiş olduğu yedi anayasa mahkemesi kararının gerekçesinde; “cumhuriyetin değiştirilmez temel nitelikleri” ve “laiklik” üzerine inşa ettiği bir tür temel yapı doktrini oluşturmuş ve yetkisini aşmak suretiyle denetimler yapmıştır. Ancak tüm dünyanın bu tür denetimlerin varlığından haberi, kararların resmi yazım dilinin İngilizce olmasından ötürü, Hindistan Yüksek Mahkemesi kararları ile olmuştur. Türk Anayasa Mahkemesi kararları ve kendi içerisinde yarattığı doktrin ise, kararların yazım dilinin Türkçe olması sebebi ile dünyanın ilgisini ancak 2000’li yılların başında çekmeye başlamıştır. Türk anayasa yargısında 2008 tarihli “*türban kararı*”, oluşturdukları doktrin açısından Türk Anayasa Mahkemesinin tabiri caiz ise esas bakımdan denetimde *kapıları en çok zorladığı karar* olarak nitelendirilmektedir. Türk anayasa yargısı tarihinde bir dönüm noktası olma özelliği taşıyan “*türban kararı*” sonrasında, Türk Anayasa Mahkemesi 2010 tarihli kararı sonrasında yargısal aktivist tutumunu bırakarak pasifize olmuştur. Mahkemenin bu tutumu sonraki tarihli kararlarında açıkça görülmektedir. Bu bölümde esas olarak; Türk Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri üzerinde yaptıkları denetimler ile *sınırötesi anayasalcılığın* bağlantısının ortaya konulması amaçlanmaktadır.

Çalışmamız konunun genel olarak değerlendirilmesi ve varılan sonuçların irdelenmesi ışığında sonuç bölümüyle sona erecektir.

## BÖLÜM I

### ANAYASAYA AYKIRI ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN KAVRAMSAL AÇIDAN İNCELENMESİ VE LİTERATÜR TARAMASI

#### 1.1. GENEL OLARAK

Devletler, siyasi yapılarının kimliği olan anayasal düzeni, kendi anayasaları ile gerçekleştirirler. Anayasa metinleri mevcut hukuki düzenin hamisi ve siyasi hayatın kaynağı kabul edilmektedir. Devletlere hukuki kişiliğini kazandıran anayasalarda yalnızca siyasi organların yapısı, işleyişi, birbiri ile ilişkileri değil, aynı zamanda vatandaşların temel hak ve özgürlükleri de belirlenmektedir. Anayasaların kimi zaman çağın gerisinde kalmamak kimi zaman da toplumsal meşruiyetlerini yitirmemek için değişikliğe uğrama ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Anayasa değişiklikleri anayasaya uygun olabilecekleri gibi anayasaya aykırı olabilirler. Dolayısıyla yapılacak her anayasa değişikliği, tüm hukuk düzenini etkilemesi sebebi ile ayrıca önem kazanmaktadır. Anayasada belirtilen usule uygun biçimde gerçekleştirilen değişiklikler sonucunda yeni anayasa hükümleri, diğer anayasa hükümleri ile eşit düzeye gelmektedir. Bu durumda anayasa hükmü haline gelen anayasa değişikliği hangi ölçüye göre denetime esas alınarak anayasaya uygun ya da aykırı kararı verileceği son derece tartışmalıdır. Aynı normlar arasında astlık üstlük ilişkisinin olmayacağı açıktır.<sup>1</sup> Böyle bir durumda ancak normlar arasında zamansallık yönünden öncelik sonralık, kapsam yönünden ise genellik özellik ilkesi uygulamak mümkündür. Dolayısıyla bir anayasa normunun başka bir anayasa normuna aykırılığı mümkün gözükmemekle birlikte, günümüzde anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin denetlenebileceğini savunan hukukçu sayısı da az değildir. Gary Jeffrey Jacobsohn, 2006 yılında kaleme aldığı makalesinde anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin esas bakımdan incelenmesini “İncil İncil’e aykırı olabilir

---

<sup>1</sup> Ergun ÖZBUDUN (2018), *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 18. Basım, s.167.

mi” gibi pek de anlamlı olmayan bir benzetme yoluna başvurarak imkansız ve komik bir durum nitelendirmektedir.<sup>2</sup>

Anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin çıkış noktasına baktığımızda karşımıza Hindistan Yüksek Mahkemesi ve Alman Anayasa Mahkemesinin yargı kararları çıkmaktadır. II. Dünya savaşı sırasında demokratik düzen bağlamında en çok yara alan ülke Almanya olmuştur. Benzer kötü tecrübelerin tekrar yaşanmaması için Alman Anayasasına birden çok önleyici tedbir konulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Alman Anayasasının anayasa değişikliklerinin denetimde esas bakımdan denetiminde hüküm bulunmamaktır. Ancak sessiz kalarak izin vermesi, direnme hakkını düzenlemesi, anayasanın ilk 20 maddesinin değiştirilemez olması anti demokratik düzene geçişi önleyici tedbirlere örnek gösterilebilir. Alman Anayasa Mahkemesi, yapmış olduğu esas bakımdan denetim sonucunda hiç bir zaman iptal kararı vermemiştir. Anayasa değişikliklerini anayasanın üstünlüğü ve anayasanın tutarlılığı açısından esas bakımdan inceleme yolunda içtihat geliştirmiştir. 1951 tarihli The Southwest davasında, 1953 tarihli Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası 117. maddesinde<sup>3</sup> ve 1970 tarihli Klass davalarında anayasa değişikliklerinin anayasanın üstünlüğüne ve Temel Yasa’ya karşı geliyorsa anayasaya aykırılık sonucu doğacağından bahsedilmektedir. Yüksek mahkeme, demokrasiye zarar verici her türlü kötü uygulama karşısında, önlem olarak bu yetkisini elinde bulundurmaya devam etmektedir. Bir diğer açıdan ise, Alman Anayasa Mahkemesi’nin denetim yaptığı kararların gerekçeleri, esas bakımdan denetim yapan diğer ülkelere hali hazırda kaynaklık yapmakta ve önem arz etmektedir.

Hindistan Yüksek Mahkeme kararları ise, literatürde anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin incelenmesi sonucunda verilen iptal kararları ile pratikte

---

<sup>2</sup> Jeffrey GOLDSWORTHY (2008), “*Unwritten Constitutional Principles, Expounding The Constitution*”, *İçinde Essays in Constitutional Theory*, Ed. Grant Huscroft, Cambridge University Press, s.277.

Ancak 2016 yılı Amerika Birleşik Devletleri Başkanlığı seçimleri sonucunda Donald Trump’ın devlet başkanı seçilmesi, ABD’de hukukçuların konuya bakışını tamamen ters yüz etmiştir. Trump seçimi öncesinde ABD’de anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin esas bakımdan denetlenmesi tartışmaya kapalı ve saçma bulunurken, 2016 yılı Trump başkanlığı sonrasında denetimin mümkün olduğuna dair bir çok makale yayınlanmış ve Anglo sakson hukukçularının konuya ilgisini arttırmıştır.

<sup>3</sup> Madde 117 [3. ve 11. Maddeler hakkında geçici hükümler] (1) 3. maddenin 2. fıkrasına aykırı olan yasalar, Anayasanın hükümlerine uygun hale getirilinceye, ancak en geç 31 Mart 1953 tarihine kadar geçerlidir.

örnek kararlar kabul edilmektedir. Hindistan Yüksek Mahkemesi anayasa değişikliklerini içtihadi biçimde denetlerken, oluşturdukları içtihadın gerekçelerini çeşitli doktrin temellerine oturtmaktadır. Anayasalarında esas bakımdan denetim yapabileceklerine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin 1967 *Pencap Golaknath v. State* davasında tohumlarını attığı, 1973 tarihli *Kerala Kesavananda Bharati v. State* kararının gerekçesinde ise tam olarak şekillendirdiği doktrine “Temel Yapı Doktrini” (*Basic Structure*) ismi verilmektedir. Temel Yapı Doktrinine göre, Hindistan Anayasası birtakım değiştirilemez anayasal ilkeler ve değerlerden meydana gelmektedir. Tüm bu değer ve ilkeler Hindistan Anayasası'nın oluşturduğu hukuk düzenine hizmet etmektedir. Dolayısıyla yapılacak her türlü anayasa değişikliği, oluşturulan temel yapı doktrinine zarar verici nitelikte olduğu takdirde, Hindistan Yüksek Mahkemesi değişikliği denetlemeye ve gerekirse iptal etmeye yetkilidir. Bir diğer ifade ile, Hindistan Anayasası'nda yapılacak değişikliklerinin sınırı *Temel Yapı Doktrinidir*. *Kesavananda Baharati v. State* davasında oluşturulan *Temel Yapı Doktrini*'nin içeriği bakımından yargıçlar tarafından net bir uzlaşuya gidilmemekle birlikte, Mahkemenin baş yargıcı *Temel Yapı Doktrininin* 6 temel ilkedен oluştuğunu kararın gerekçesinde vurgulamaktadır. Bu ilkeler; 1) anayasanın üstünlüğü, 2) cumhuriyetçilik 3) demokratik devlet 4) laiklik 5) kuvvetler ayrılığı 6) federalizmdir.<sup>4</sup> Benzer biçimde 1980 yılında *Minerva Mills v. State* davasında, Hindistan Yüksek Mahkemesi iki anayasa değişikliğini temel yapı doktrinine aykırı bularak iptal etmiştir.<sup>5</sup>

Türkiye ise, anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin esas bakımdan denetlenmesi literatüründe en az Almanya ve Hindistan kadar büyük önem taşımaktadır. Hindistan Yüksek Mahkemesi ile aynı tarihlerde benzer biçimde Türk Anayasa Mahkemesi'nin de yetkilerini aşan denetimler yaptığı görülmektedir. Türk Anayasa Mahkemesi tıpkı Hindistan Yüksek Mahkemesinin oluşturmuş olduğu Temel Yapı Doktrinine benzer bir yapıyı, 16/6/1970 tarihli kararında oluşturmuş ve sonrasında devam ettirmiştir. Türk Anayasa Mahkemesi 1970 tarihli kararında her ne kadar anayasa değişikliğini şekil yönünden iptal etmiş olsa da, kararın gerekçesinde esas bakımdan denetim yapmaya yetkili olduğunu ilan etmiştir. Mahkeme doktrinini;

---

<sup>4</sup> Kesavananda Bharati v. State of Kerela, AIR 1973 SC 1461.

<sup>5</sup> Minerva Mills LTD v. Union of India, AIR 1980 SC 1789.

Anayasa değişikliğini ilk kez denetlediği kararda ortaya koymuştur. Buna gore denetim yetkisi; 1961 anayasasının 2. Maddesinde yer alan *Cumhuriyetin Nitelikleri* kavramı üzerine, bilhassa da *laiklik ilkesi üzerine* inşa edilmiştir. Ancak anılan maddede var olan nitelikler, öylesine ucu açık kavramlardır ki, yapılacak her anayasa değişikliği bir şekilde bu niteliklerle bağdaşabilmektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin oluşturduğu doktrinle kendisine sınırsız bir yetkiyi beraberinde getirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Türk Anayasa Mahkemesinin yapmış olduğu denetimler, anayasa mahkemelerinin esas bakımdan yapmış oldukları denetimlere tipik örnek oluşturmaktadır. Geliştirdikleri *Basic Structure* benzeri doktrin anlayışı, anayasaya aykırı anayasa değişikliklerine dünya çapında farklı bir ivme kazandırmıştır. Dolayısıyla Türk Anayasa Mahkemesi kararları, tıpkı Hindistan Yüksek Mahkemesi ve Almanya Anayasa Mahkemesi kararları gibi anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinde en çok incelenen mahkeme kararları arasındadır.

Anayasaya aykırı anayasa değişikliklerini tanımlamadan önce anayasa değişikliklerinden bahsetmek gerekmektedir. Bu yüzden öncelikle anayasa değişiklikleri ele alınacaktır. Anayasa değişikliklerinde ise belirleyici kavramlar arasında; anayasaların türleri, değişikliklerin yapılış biçimi, kurucu iktidar ve egemenlik kavramı ile değişikliklerin anayasalcılık ile ilişkisi yer almaktadır.

## 1.2. ANAYASA TÜRLERİ VE ANAYASA DEğİŞİKLİğİ KAVRAMI

Anayasalar, mutlak yumuşak ve mutlak katı anayasalar arasındaki çizgide çok çeşitli biçimde siyasi hayatı düzenleyerek devlet düzenine kaynaklık edebilir. Anayasaların katı mı yumuşak mı olacağı, yoksa her ikisinin tam orta noktasında mı duracağı kurucu iktidar tarafından belirlenir. Anayasalar, toplumsal ihtiyaçların değişmesine paralel olarak çeşitli değişikliklere ihtiyaç duyarlar. Eğer anayasa, maddelerinin nasıl değiştirileceğine dair özel bir düzenleme içeriyorsa, bu düzenlemeye uygun biçimde anayasayı değiştirmek mümkündür. Artık günümüzde, değiştirilmez maddeler ayrı tutulmak suretiyle, anayasaların çağın gerisinde kalmasını önlemek için değiştirilmesinin elzem olduğu yolunda doktrinde görüş birliğine varılmıştır.<sup>6</sup> Bunun sonucu olarak, neredeyse tüm anayasalar, maddeleri üzerinde değişikliklerin nasıl yapılacağına dair düzenlemeleri içerir.

<sup>6</sup> Ender Ethem ATAY (2008), “Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 1, s. 533.

Anayasaların taşıdıkları önem gereğince, diğer kanunların değiştirilmesinden farklı bir usule tabi tutulması ve bu değişikliğin farklı organlarca yapılması beklenmektedir.<sup>7</sup> Bunu gerçekleştiren anayasalara sert anayasalar denir. Bu sertliğin derecesi; değiştirilmez maddelerinin sayısı, anayasa değişikliği kabulünde aranan nitelikli çoğunluğun oranı, değişiklik teklifinin halk oylamasına sunulması, anayasanın kabul edilmesinden itibaren getirilecek süre yasağı, devlet başkanına tanınan güçleştirici veto yetkisi gibi araçlarla ülkeden ülkeye değişiklik gösterecek şekilde belirlenir.<sup>8</sup> Anayasalar insanlar için vardır ve insan iradesi ile değiştirilebilmelidir. Bütünleşmez maddelerle donatılmış ya da değiştirilmesi çok güç şartlara bağlanmış anayasalar bir süre sonra işlevselliğini yitirecektir. Bu durumda darbe gibi bir takım anti demokratik yollara başvurularda anayasalar değiştirilmeye çalışılacaktır. Dolayısıyla anayasalar bu sertliğin derecesini mâkul tutmak zorundadırlar. Öte yandan her anayasa sert değildir. Anayasalar maddeleri üzerinde yapılacak değişikliklerde izlenecek usulü kanun değişikliklerinden farklı öngörmeyebilir, ya da anayasa değişikliğine ilişkin hiçbir hüküm içermeyerek sessiz kalabilir. Her iki durumda da bu tür anayasalara yumuşak anayasalar denir. Anayasa maddeleri olağan kanunlar gibi değiştirilmektedir. Bu durum anayasaların varlık amacına hizmet etmesi bakımından işlevsel olmadığı kabul edildiğinden, dünyada sınırlı sayıda örneği bulunmaktadır.<sup>9</sup> Çünkü anayasalar anayasanın üstünlüğü uyarınca diğer hukuk normlarının üzerinde olmalıdır. Aksi halde bu üstünlük yalnızca lafta kalacak ve anayasa kendi tanımı ile çelişecektir.<sup>10</sup> Bir diğer açıdan kolayca değiştirilebilen anayasalar, devletin hukuki niteliğinin sık sık değişmesine, bunun sonucunda siyasi istikrarsızlığa yol açabilecektir. Türk Anayasaları tarihinde yalnızca 1921 anayasasının yumuşak olduğunu görmekteyiz. Onun dışındaki tüm anayasalar sert anayasa özelliği taşır. 1982 Türk Anayasası gerek değiştirilemez maddelerinin varlığı gerek diğer maddelerinin değiştirilmesinde izlenmesi gereken sürecin olağan kanunlara nazara güçleştirilmesi sebebi ile sert anayasadır. Bunlara ek olarak, anayasa değişiklikleri olağan kanun değişikliklerinde izlenen usulden daha zor olmasının yanı sıra farklı organlarca gerçekleştirilir.

<sup>7</sup> Coşkun SAN (1974), *Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri*, Ankara İktisadi Ticari ilimler Akademisi Yayınları No:85, s.19.

<sup>8</sup> Kemal GÖZLER (2011), *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I*, Ekin Yayıncılık, Bursa, s.118-121.

<sup>9</sup> 1848 İtalyan Anayasası, 1921 Tük Anayasası, 1963 Singapur Anayasası ve 1975 Çin Anayasası yumuşak anayasalara örnek gösterilebilir.

<sup>10</sup> Kemal GÖZLER 2011, age. s.117.



Anayasa yargısı ile kanunların anayasaya uygunluğunun kontrol altında tutulması, anayasanın üstünlüğü ilkesinin bir diğer parçasıdır. Ancak anayasaya uygunluğun bir kurum aracılığı ile denetleniyor olması, tek başına her ülkede aynı etki ve sonucu yaratmamaktadır. Anayasanın üstünlüğü ve katı anayasa ilkesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkan anayasa yargısı arasında tam bir korelasyon olduğundan bahsetmek mümkün değildir.<sup>11</sup> Arend Lijphart, “Demokrasi Modelleri” isimli eserinde 36 ayrı ülke üzerinde çalışmış ve katı anayasaları olduğu halde anayasa yargısı bulunmayan, ya da anayasa yargısı olduğu halde yumuşak anayasaya sahip ülkeleri ortaya koymuştur.<sup>12</sup> Bu tercih, değişmeyen hükümler kapsamında tamamen asli kurucu iktidara ait olmakla birlikte, anayasa değişikliklerinin zorluk dereceleri açısından ele alındığında tali kurucu iktidar tarafından da belirlenebilir. Ancak katı anayasaların çoğunluğun iktidarı üzerinde sınırlamayı tek başına yaratması mümkün değildir. Bunun için kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir mekanizmaya da ihtiyaç vardır. Aksi takdirde anayasanın kurduğu düzen ne kadar demokratik çağdaş düzen olursa olsun, anayasaya uygun olmayan kanunlar anayasal düzeni istenmeyen biçime evirebilme yetkisini haizdir.

Yazılı anayasalar, değişiklik usullerini kendileri belirlerler. Bir anayasa hiçbir maddesinin değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceğini söyleyebileceği gibi, olağan kanun değişikliği usulünü de izleyebilir.<sup>13</sup> Anayasaların değiştirilme yöntemi izlenerek, hukuka uygun biçimde anayasaya uygun anayasaya değişiklikleri yapılır. Değişiklik sonucunda kendine anayasada yer edinen kural, artık diğer anayasa maddeleri ile eşit norm düzeydedir. Kural olarak anayasa normları arasında herhangi bir hiyerarşik üstünlük olmadığı kabul edilir. Ancak asli kurucu iktidarlar oluşturdukları siyasi rejimin sürekliliğini sağlama arzusu ile anayasada rejimin temelini oluşturan birtakım kuralların değiştirilmesini genel olarak istemeyebilirler. Bu durumda anayasa değişikliklerine zorlaştırıcı birtakım kısıtlamalar getirdikleri görülmektedir.<sup>14</sup> Asli kurucu iktidar, ortaya çıkabilecek olumsuzlukları engellemek için çok çeşitli düzenlemeler yapabilir; örneğin değiştirilemez maddeler ekleyebilir, ya da anayasa değişiklik usulünü son derece

---

<sup>11</sup> Ergun ÖZBUDUN (2017), *Anayasalcılık ve Demokrasi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s.38.

<sup>12</sup> Daha kapsamlı bilgi için bakınız; Arend Lijphart, *Demokrasi Modelleri*, İthaki Yayıncılık, 2014.

<sup>13</sup> Mehmet TURHAN (1976), “Anayasa Aykırı Anayasa Değişiklikleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 33, Sayı 1, s. 68.

<sup>14</sup> Erdoğan TEZİÇ (2018), *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 22. Basım, s. 200.

güçleştirerek katı bir anayasaya dönüştürebilir<sup>15</sup>. Ancak bugün çağdaş demokratik anayasal düzene sahip ülkelerin tamamı “yaşayan anayasa” kavramına önem vermekte; anayasaların sert bükülmez, katı biçimde değişmez nitelikte hükümlerinin olmasından çok, zaman içerisinde değiştirilebilir olduğu görüşünde birleşmektedirler. Mutlak biçimde katı anayasalar, zamana ayak uyduramayarak donmuş birer takoz biçiminde siyasi düzene engel teşkil ederek, tümüyle değişmez (mutlak sert) biçimde gerçeklikten uzak kâğıttan belgelere dönüşecektir. Bu nedenle anayasa değişikliklerinin incelenmesinde kurucu iktidar türlerinin ve sınırlarının belirlenmesi son derece önemlidir.

Anayasa koyucu sıklıkla olağan kanun değişikliklerinden daha zor bir yöntem tayin etmesinin yanı sıra, anayasada değiştirilemez maddeler yaratma yoluna gitmektedir.<sup>16</sup> Ancak bazı kamu hukukçuları anayasalarda değiştirilemeyeceği öngörülen bu kuralların hukuki açıdan bir değeri olmadığını savunmaktadır<sup>17</sup> Anayasa normlarının her birinin eşit hukuki değere sahip olduğu varsayımından hareketle, değiştirme yasağı zırhı giydirilmiş anayasa maddelerinin diğer maddelerden yalnızca değişikliklere uğramak bakımından daha korunaklı olduğunu söylemek mümkündür. Benzer biçimde anayasa yargısının bulunmadığı bir anayasal düzende anayasaya aykırılık doğal olarak tespit edilemeyecektir.<sup>18</sup> Ancak anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin tespitinde yalnızca anayasa yargısının ve değiştirilemez maddelerin varlığı anayasaya aykırı normun oluşması bakımından yetersizdir. Anayasa değişiklikleri anayasada öngörülen yöntemine uygun biçimde yapıldığı sürece şekil bakımından denetimde herhangi bir sorun doğması

<sup>15</sup>Ece GÖZTEPE “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt’in Anayasa Öğretisi” adlı makalesinde Shmitt’in 1928 yılında yayınladığı *Verfaassungslehre* adlı kitabına yaptığı atıf ile değiştirilmez maddelerden şu şekilde bahseder: “Schmitt’in “anayasa” ve “anayasa metni” arasında yaptığı ayrımın, 1949 tarihli Federal Alman Anayasası’nın 79. maddesinin 3. fıkrasında yer alan değiştirilemez ilkelerin fikrinsel kaynağını oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu ayrım sayesinde anayasa değiştiren iktidarın (pouvoir constitué), üçte ikilik bir nitelikli çoğunlukla dahi, Anayasa’nın içeriğine ilişkin bazı tasarruflarda bulunmasına sınırlama getirilmiş; nitelikli çoğunlukla dahi anayasa koyucu iktidarın (pouvoir constituant) kurduğu demokratik anayasal düzenin ortadan kaldırılması ve siyasal azınlığın haklarının yok edilmesi olanağı ortadan kaldırılmıştır. Değiştirilemez ilkeleri düzenleyen maddeyle organik bir ilişki içinde olan ve “mücadeleci demokrasi” anlayışının normatif ifadesi niteliğindeki maddelerin de Schmitt’in bu temel ayrımının zorunlu sonucu olduğunu kabul etmek gerekir.” GÖZTEPE, E. (2015). “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt’in “Anayasa Öğretisi”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, Cilt 73, Sayı 1, ss. 129-180.

<sup>16</sup>Weimar döneminin nasyonal-sosyalist iktidarının yozlaştırıcı uygulamaların sert ve bilinçli bir tepki olarak Alman Bonn Anayasasının 79. Maddesinin 3. Fıkrasında yalnızca devletin federatif yapısının değil, m1. Maddede yer alan insan hakları ile 20. Maddede belirlenen demokratik hukuk devleti esaslarının da değiştirilmesi kesin olarak yasaklanmıştır.

<sup>17</sup>Erdoğan TEZİÇ 2018, age. s.201.

<sup>18</sup>Mehmet TURHAN 1976, agm. s.69.

beklenemez. Ancak aynı şeyi anayasa değişikliklerinin esas bakımdan denetimi için söylemek mümkün değildir. Gerçekten, yöntemine uygun yapılan bir değişiklikten sonra anayasada kendine yer bulmuş bir anayasa normunun esas bakımdan yapılacak denetiminde hangi ölçütün kullanılacağını belirlemek son derece güçtür.<sup>19</sup>

Hans Kelsen'in normlar hiyerarşisi teorisinden yola çıkarılarak oluşturulan şekli anayasa savunucularına göre anayasa normları eşit hukuki değere sahip olduklarından anayasa normlarının esas bakımdan denetlenmesine imkan yoktur. Maddi anayasa savunucularına göre ise, anayasa normları farklı içeriksel önem taşımaları sebebiyle, anayasa değişikliklerinin anayasanın özünü oluşturan normlara uygunluğu ya da aykırılığı bakımından esas bakımdan denetlenmesi mümkündür.<sup>20</sup>

Öyleyse bir anayasa değişikliği nasıl anayasaya aykırı anayasa değişikliğine dönüşecektir? Bir başka deyişle, maddi anayasa modelini savunan hukukçuların ileri sürdükleri diğer normlardan daha üstün normların tespiti nasıl yapılmalıdır? Sorunun cevabı için öncelikle anayasa değiştirme modellerini açıklama gerekliliği bulunmaktadır.

### 1.3. ANAYASA DEĞİŞTİRME MODELLERİ

Anayasa değiştirme şekli olarak üç model mevcuttur. Bunlar; metinsel (geleneksel) model, siyasal model ve maddi modellerdir.<sup>21</sup>

Metinsel model, anayasa değişikliklerinin anayasada belirtilen usullere uygun biçimde yapıldığı modeldir. Geleneksel model de denilen bu anayasa değiştirme türüne anayasal anayasa değişikliği de denmektedir. Metinsel modele uygun biçimde anayasayı değiştiren ülkeler, anayasada belirtilen anayasa değişikliği usulünün dışına çıkmaksızın değişikliği gerçekleştirirler. Anayasa değişikliğinin tüm sınırlarını anayasanın metni belirlemiş olmaktadır. Dolayısıyla usulüne uygun yapıldığı sürece, anayasa değişikliğinin geçersiz kılınmasına imkan yoktur. 1982 Türk Anayasası ve Kanada Anayasası metinsel (geleneksel) modele örnek gösterilebilir.<sup>22</sup>

Anayasa değişikliklerinde siyasal modelde ise; anayasada belirtilen anayasa değişikliği usullerine uyulmasının bir önemi yoktur. Anayasa değişikliği, siyasi

<sup>19</sup> Erdal ONAR (1993), *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara, s.133-134.

<sup>20</sup> Muhammed ERDAL (2008), "Anayasa Kurallarının Kadelendirilmesi Sorunu", *TBB Dergisi*, Sayı 76, s.185.

<sup>21</sup> Richard ALBERT (2009), "Nonconstituional Amendments", *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Cilt 22, No 1, January 2009, s.12-21.

<sup>22</sup> Mehmet TURHAN (2010), "Halk Egemenliği ve Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi", *Liberal Düşünce*, Cilt 15 Sayı 57-58, Kış – Bahar 2010, s.46.

aktörlerin birbiri ile etkileşimi sonucu ortaya çıkmaktadır. Siyasal modelde anayasa değişiklikleri kaynağını siyasal organlar ile halk arasında meydana gelen etkileşimin sonucunda oluşan halk iradesinden almaktadır. Siyasal anayasa değişikliği modeli, geleneksel anayasa değişikliği modelinden üç noktada ayrılmaktadır. Birinci olarak, geleneksel model anayasa değişikliğinde; sınırlarını anayasa metni ile çizerken siyasal model sınırlarını iktidar ve halk arasında yaşanan mevcut ilişkilere dayandırmaktadır. İkinci farklılık ise; siyasal modelde söz konusu anayasa değişikliği meşruluğunu anayasa metninden değil, siyasi dinamiklerden almaktadır. Bir diğer ifade ile, meşru bir anayasa değişikliğinin anayasa metninde yer alan usule uygun olarak yapılması şart değildir. Siyasal model ile metinsel model arasındaki son farklılık ise; siyasal modelde anayasanın yalnızca anayasa metninden oluşmuyor olmasıdır. Oysa geleneksel modelde yazılı anayasa tek kaynaktır. Siyasal modelde gerçek bir anayasanın anayasa metninde yazılı kurallardan çok daha fazlası olduğu kabullenmesi mevcuttur.<sup>23</sup> Örneğin Amerika Birleşik Devletleri Anayasası 7 madde 27 anayasa değişikliğinden oluşmaktadır. Anayasa maddeleri son derece kısa, düzenleme ve uygulama alanları oldukça dardır. Anayasa yargısı dahi Amerika Birleşik Devletleri Anayasasında yer almamaktadır. Amerikan yüksek Mahkemesinin anayasa ile ilgili her kararı, neredeyse yazılı olmayan bir anayasa hükmü niteliği taşımaktadır.

Üçüncü anayasa değişikliği modeli ise maddi anayasa modelidir. Maddi Anayasa modelinin en önemli savunucularından biri Walter F. Murphy dir. Murphye göre, anayasa değişiklikleri maddi modele uygun biçimde yapıldığı takdirde anayasal demokrasiden vazgeçilmeksizin siyasal sistemde her türlü değişikliği yapma kabiliyetini haizdir. Buna hükümet modelini değiştirmek, yöneten otoritesine maddi sınırlamalar getiren hakları düzenlemek örnek olarak verilebilir.<sup>24</sup> Maddi anayasa modeli, hem metinsel hem de siyasal modelin karşısında yer almaktadır. Yalnızca anayasa metnine bağlı kalan metinsel modeli reddettiği gibi, siyasal modelin aşırı serbestliğini de onaylamaz. Maddi anayasa modeli anayasanın özünü esas almaktadır. Bunun sonucu olarak anayasaların bir bütün olarak ruhundan sapan

---

<sup>23</sup> agm. s.46.

<sup>24</sup> Walter F. MURPHY (2007), *Constitutional Democracy; Creating and Maintainin a Just Political Order*, The John Hopkins University Press, Baltiomare, s.497-529.

anayasa değişikliklerini geirsiz saymaktadır. Maddi model, bir diğer taraftan anayasaya aykırı anayasa değişikliklerini de yasaklamaktadır.<sup>25</sup>

Maddi anayasa değişikliği modeli uygulayıcı ülkelerin Türkiye, Almanya ve Hindistan rnek olarak verilebilir. Esas bakımdan anayasaya aykırı anayasa değişikliği her üç ülkenin anayasasında düzenleme şeklinde yer almamaktadır. Ancak her üç ülkenin Anayasa Mahkemesi de, kendilerini kimi durumlarda esas bakımdan denetim yapma konusunda yetkili gördüklerini kararlarında açıklamışlardır. Hindistan Yüksek Mahkemesi anayasaya aykırı anayasa değişikliklerini esas bakımdan denetlemesi hususunda maddi modelde bahsedilen anayasanın ruhuna benzer bir çözüm olarak *Basic Structure*'ı getirirken, Almanya ve Tkiye Anayasa Mahkemeleri ise değiştirilemez maddelerin varlığını anayasanın ruhuna birer kanıt olarak maddi modeli benimsediklerini mahkeme kararlarında beyan etmişlerdir.

#### **1.4. ANAYASA DEğİŞİKLİKLERİNDE KURUCU İKTİDAR VE HALK EGEMENLİğİ SORUNU**

Kurucu iktidar kavramını açıklama yoluna gitmeden önce, *anayasa* teriminin ne olduğunu açıklamak gerekmektedir. Anayasa nedir sorusuna en temel hali ile; devlet organlarının birbiri ile ilişkisini ve işleyişini gösteren, devlet iktidarı karşısında bireylerin hak ve özgürlüklerini inceleyen kurallar koleksiyonundan oluşan siyasi harita olarak cevap verilebilir.<sup>26</sup>

Anayasa terimi bugün diğer kanunların üzerinde hukuki bir metin oluşu, siyasi iktidarın oluşturduğu sistemi oluşturması ve anayasalcılık ilkesi gereği sınırlı iktidarı gerçekleştiren bir metin olarak üç farklı anlama işaret eder.<sup>27</sup> Ancak her anayasası olan devlet anayasal bir devlet değildir. Bir başka deyişle her anayasa metni, anayasal devleti yaratarak anayasalcılık ilkesinin hayata geçirilmesine elverişli zemin hazırlamaz. Anayasalı devlet ile anayasal devletin en temel farkı, devletin yalnızca bir anayasasının olması değil, söz konusu anayasanın iktidarı sınırlayarak bireyin özerk alanına müdahaleden koruyan sınırlı devleti yaratıyor olmasıdır. Anayasal devlette her şeyden önce temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı ve siyasi iktidarın varlığını sınırlayan gerçek bir anayasanın varlığı şarttır. Giovanna Sartori'ye göre her anayasanın *telosu* (amaç) vardır ve anayasalar

<sup>25</sup> Richard ALBERT 2009, agm. s.12-21.

<sup>26</sup> Mehmet TURHAN (2005), *Anayasal Devlet*, Naturel Yayıncılık, s.11; TEZİÇ (2018), age., s. 10.

<sup>27</sup> O. Vahdet İŞSEVENLER (2019), *Kurucu İktidarın Eleştirisi*, Pinhan Yayıncılık, s.63.

bakımından esas önemli olan anayasaların *telos* 'udur. *Telosu* güvence altına almak olan anayasalar gerçek anayasalardır. Sartori bu anayasalara *garantisme* anayasalar ismini vermekte ve temel hakları güvence altına alan, kurumsal olarak yapılan düzenlemeler ile bu güvencenin desteklendiği anayasalar olarak tanımlamaktadır.<sup>28</sup> Karl Lowenstein da anayasalarda üçlü bir ayrıma gider. Bu ayrım; *normatif anayasalar*, *semantik anayasalar* ve *nominal anayasalar* şeklindedir.<sup>29</sup> Lowenstein, Sartori'nin *garantisme* olarak nitelendirdiği gerçek anayasaları *normatif anayasalar* olarak adlandırmaktadır. Amacı iktidarı sınırlamak olmayan göstermelik, sahte, vitrin süsü anayasaları ise *nominal anayasalar* olarak tanımlar.<sup>30</sup> Lowenstein *semantik anayasalar*da ise, devletin siyasi örgütlenmesinin varlığından bahseder, ancak bu anayasalar siyasi iktidarı sınırlamaz. Hatta sınırlama amacı dahi taşımazlar. Sahte anayasalar olarak tanımladığı *nominal anayasalar* ise, siyasi iktidarı sınırlayarak sınırlı devleti gerçekleştirme düşüncesini hükümleri ile ortaya koyan anayasalar olarak tanımlanır. Ancak bu anayasalar hükümleri ile işlevleri birbiri ile örtüşmeyen anayasalardır.<sup>31</sup>

Hem Sartori'nin hem de Lowenstein'in anayasa tasniflerinde başvurmuş oldukları ortak yöntemin sınırlı devleti yaratma fikri olduğu açık biçimde görülmektedir. Bunun sonucunda anayasaların *garantisme* nitelikleri yok sayıldığı takdirde, anayasalı devlet ile anayasal devlet arasındaki sınır hattını çizmek güçleşecektir. Anayasal devlete kaynaklık eden anayasalcılık ilkesi içi boş kalacaktır. Oysa anayasalardan beklenen, çağdaş demokratik düzen içerisinde, anayasalcılık ilkesi bağlamında sınırlı devleti yaratarak, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almalarıdır. Dolayısı ile siyasi iktidar olarak adlandırdığımız devlet; mevcudiyetinin göstergesi olarak yazılı olsun ya da olmasın hukuki statüsünü gösterir bir belgenin varlığına ihtiyaç duymaktadır. Peki devlete varlık kazandıran,

---

<sup>28</sup> Giovanni SARTORİ (1962), "Constitutionalism: A Preliminary Discussion", *American Political Science Review* 56, s.861.

<sup>29</sup> Lowenstein *Political and the Government Process* eserinde anayasa sınıflandırmasını takım elbise (suitcase) örnekleme üzerinden yapar. Anayasaları normatif, nominal ve semantik olarak üçe ayırır. Bu ayrıma göre ; normatif anayasalar gerçek birer anayasa olarak tıpkı üzerine tam oturan bir takım elbise gibi nitelendirilirken, nominal anayasalar ise gerçek görüntüyü gizleyen pelerinlerdir. Semantik anayasalarda ise ortada giyilen ne bir takım elbise ne de bir pelerin vardır, elbise gardropta durmaktadır.

<sup>30</sup> Karl LOWENSTEIN (1957), *Political Power and the Government Process*, *University of Chicago Press*, s.148.

<sup>31</sup> Vahdet İŞSEVENLER 2019, age. s. 61.

diğer bir deyişle onu kuran iktidarı tam olarak tanımlamak mümkün müdür? Bu soruya cevaben takip eden bölümde değerlendirmeler yapılmaktadır.

#### 1.4.1. Kurucu İktidar Kavramının Değerlendirilmesi

Doktrinde iktidarın varlığının ve kaynağının açıklanmasında kurucu iktidar - kurulmuş iktidar ayırımına gidilmektedir. Buna göre kurucu iktidar, anayasayı en baştan yaparak devleti kuran iktidarken, kurulmuş iktidar anayasa tarafından düzenlenerek varlık kazandırılan devletin organlarıdır.<sup>32</sup> Bir başka deyişle kurucu iktidar bir devletin anayasasını yaparak veya değiştirerek devletin siyasi yapısını belirleyen iktidar olarak tanımlanabilir. Kurulmuş iktidar ise kurucu iktidar tarafından anayasa ile kendisine tayin edilmiş sınırlar dahilinde devletin yasama yürütme yargı gibi temel yetkilerini kullanma iktidarındır.<sup>33</sup> Kurucu iktidar, tali kurucu iktidarın anayasayı değiştirme yetkisini haiz olduğunu, bu yetkiyi hangi durumlarda ve nasıl kullanabileceğini gösterir. Gerekirse bu yetkinin nasıl devredileceğini asli olarak belirleme yetkisine de sahiptir. Asli kurucu iktidar diğer tüm organları belirlerken, tali kurucu iktidarı belirlemedeki özgürlüğün aynısına sahiptir. Bir bakıma bu yetkisi ile sahip olduğu sınırsızlığın yansımasıdır.<sup>34</sup>

Kurucu iktidar, kurulmuş iktidar ayırımını ilk kez Emmanuel Sieyes “*Üçüncü Sınıf Nedir?*” adlı makalesinde yapmıştır. Sieyes; Fransız devrimi sırasında kaleme aldığı ve sınıflar arası eşitsizliklerden bahsettiği makalesinde “anayasa, kurulmuş iktidarın değil, kurucu iktidarın eseridir” demektedir. Yine Sieyes’e göre; “kurucu meclis üyeleri, kendisini bağlayan hiçbir kural olmaksızın doğa halindeki insanlar gibi özgürce karar verirler. Böylece onların oluşturacağı ortak irade, milletin genel iradesine tekabül edecektir”.<sup>35</sup> Ancak Ergun Özbudun’un da belirttiği gibi, kurucu iktidarın dayandığı iradenin kurulmuş iktidarın iradesinden daha gerçek biçimde milletin iradesini temsil ediyor olduğu düşüncesi metafizik bir iddiadan öteye geçememektedir.<sup>36</sup> Kurucu iktidar sahiplerinin, devleti kurmaya kaynaklık eden anayasanın yapım sürecinde taşıdıkları genel irade, devletin gelecek nesillerinin oluşturdukları iktidarların iradelerinden daha saf ya da daha gerçekçi değildir. Kaldı ki; kurucu iktidarın dayanak noktasının milletin iradesini gerçekçi biçimde yansıtmayı yansıtmadığı; anayasa hukukundan ziyade, sosyolojik bir olgu olarak

<sup>32</sup> Kemal GÖZLER 2011, age. s.316.

<sup>33</sup> Ergun ÖZBUDUN 2018, age. s.165.

<sup>34</sup> Osman CAN (2013), *Kurucu İktidar*, Alfa Yayınları, Şubat 2013, s. 75.

<sup>35</sup> Emmanuel SIEYES, *Qu’est- ce que le Tiers Etat?* tan Aktaran Kemal GÖZLER 2011, age. s.317.

<sup>36</sup> ÖZBUDUN 2018, age. s.165.

değerlendirilmeli ve incelenmelidir. Sosyolojik anlamda her kurucu iktidar sahibi, toplumun temel siyasal değer ve inançları, toplumun o andaki siyasal güç dengesi gibi sosyolojik faktörlerle elbette sınırlıdır. Ancak asli kurucu iktidarı sınırlayan daha önceden konulmuş bir pozitif hukuk normu yoktur.<sup>37</sup> Bundan dolayı kurucu iktidara hukuk dışı denilmektedir. Ancak söz konusu hukuk dışı olma durumunda kurucu iktidar meşruiyetini yitirmediği takdirde hukuk dairesi içerisinde kalmaya devam edecektir. Kurucu iktidarın sahip olduğu bu hukuk dışı gücün, demokrasiden uzaklaşmayı kolaylaştırıcı bir etkisi olduğunun kabulü de açıktır.

Carl Schmitt'e<sup>38</sup> göre ise; kurucu iktidar bütün formların vücut bulmamış kaynağıdır, her şey ondan türer ve her şey kurucu iktidara göre her daim ikincil kalacaktır.<sup>39</sup> Kurucu iktidar tıpkı bir Orta Çağ tanrısı gibi yanılmaz meşruluk kaynağı olmasına rağmen, kendisinin temsile ihtiyacı vardır. Ancak kurulmuş iktidar gibi herhangi bir kurumla bağlı değildir.<sup>40</sup> Ancak burada yukarıda da izah edildiği üzere dikkat çekilmesi gereken en önemli nokta; asli kurucu iktidar hukuk-dışı olmakla birlikte hukuka karşı değildir. Aksi takdirde Schmitt'in ortaya koyduğu kurucu iktidar kurulmuş iktidar ayrımı, diktatörlük yolun için döşenen taşla dönüşecektir. Genel irade savunucuları Fransız Devrimi düşünürleri<sup>41</sup> için; kurucu iktidarın kaynağının nitelendirilmesindeki en temel tehlikede budur.

Kurucu iktidar; asli kurucu iktidar ve tali kurucu iktidar olarak iki farklı durumda ortaya çıkabilir. Asli kurucu iktidar bir devletin anayasasının yeni baştan inşa edilmesi ya da tümüyle değiştirilmesi yolu ile yapılması yetkisini haiz iktidardır. Asli kurucu iktidarı bağlayan herhangi bir pozitif hukuk normu bulunmamaktadır. Genellikle bir ülkenin bağımsızlığına kavuşması, anayasal düzenin savaş, ihtilal, yabancı işgali durumlar ile kesintiye uğratılması sonrasında bir hukuk boşluğu oluştuğu noktada asli kurucu iktidar sahneye çıkmaktadır.<sup>42</sup> Böyle bir durumda anayasa yapım yönteminde izlenecek herhangi bir usul olmadığından, asli kurucu

---

<sup>37</sup> age. s.166.

<sup>38</sup> Weimar Cumhuriyet rejimini korumak ve yanlışlarını düzeltmek uğruna nasyonalist rejimin ateşli savunucularından biri haline gelen ünlü Fransız hukukçu Carl Schmitt bu konuda tehlike çanlarının nasıl çalınabileceğine verilecek en güzel örneklerden bir tanesidir. Sieyes'in kurucu iktidar tanımında bahsettiği ve "olağanüstü temsilciler" olarak tarif ettiği kurucu meclisin halkın iradesini yansıtıyor olmasını, Schmitt bir adım öteye taşıyarak, kurucu iktidarı *natura naturans* (doğuran doğa), kurulmuş iktidarı ise *natura naturata* (doğurulmuş doğa) olarak tanımlar.

<sup>39</sup> Carl SCHMITT (2008), *Constitutional Theory* (Çev. Jeffrey Seitzer), Duke University Press, s.125

<sup>40</sup> age. s.114.

<sup>41</sup> Örneğin; Jean Jacques Rousseau, François Maie Arouet, Montesquieu.

<sup>42</sup> Kemal GÖZLER 2011, age. s.318; Ergun ÖZBUDUN 2018, age. s.166.



iktidar kendi kendisini sınırlayacak sistemin de mimarı olacaktır. Ancak her zaman anayasal düzenin en başından ihdası ya da anayasal düzenin kesintiye uğraması durumunda ortaya çıkmaz. Kimi zaman iktidarın meşruiyetini yitirmesi gibi çeşitli sebeplerle de halk yeni baştan bir anayasa yapım sürecine girmek isteyebilir. Her iki koşulda ortaya çıkan iktidarı asli kurucu iktidar olarak nitelendirmek mümkündür. Demokratik ülkelerde asli kurucu iktidarın halk olduğu kabullenmesi vardır.

Tali kurucu iktidar, anayasayı en baştan yaratmaz. Anayasayı yine anayasanın çizdiği sınırlar dahilinde değiştiren iktidardır. Bu anlamda tali kurucu iktidar hukukten sınırlı bir iktidardır. Bir diğer deyişle, asli kurucu iktidar hukuk dışı olmasına karşın, tali kurucu iktidar tamamen hukuki bir fonksiyondur.<sup>43</sup> Doktrinde Carre de Malberg, Esmein, Barthelemy, Cem Eroğul ve Kemal Gözler gibi yazarlar asli kurucu iktidarın hukuk dışılığına savunmuşlardır, Carre de Malberg'e göre devletin kaynağı olgudur ve bu olgu hukukun dışında kalmaktadır.<sup>44</sup> Benzer biçimde *Kurucu İktidar* adlı kitabında Kemal Gözler asli kurucu iktidarı da yapmış olduğu anayasayı da hukuk dışı bir olgu olarak tanımlamaktadır.<sup>45</sup> Cem Eroğul da *Anayasayı Değiştirme Sorunu* adlı kitabında; asli kurucu iktidarı hukukun tamamen dışında tutmasının sebebi olarak yaratma işleminin hukukun tamamen dışında gerçekleşmesini göstermektedir. Yazara göre asli kuruculuk hukukun değil siyaset biliminin konusudur ve hukuk yaratıcılığı ancak önceden belirli şartlar altında gerçekleşirse hukuki bir olgu olabilir ve kurucu iktidar bu önceden belirli şartlardan yoksundur.<sup>46</sup>

Öte yandan Hans Kelsen, Burdeau,<sup>47</sup> Duverger gibi kimi yazarlar asli kurucu iktidarı hukuki bir iktidar olarak nitelendirirler.<sup>48</sup> Örneğin Duverger'e göre asli kurucu iktidarın kendi kendine ortaya çıkan bir iktidar olarak nitelendirilmesinin tamamen haksızlık olduğunu, kuruluşundan önce hiçbir kurala bağlı olmamasını pratik bakımdan saçma ve hantal olarak nitelendirir. Duverger'e göre; yeni hukuk düzeninin oluşum tarihini anayasanın yapıldığı tarih değil, çok daha öncesinden

---

<sup>43</sup> Ergun ÖZBUDUN 2018, age. s.166.

<sup>44</sup> Kemal GÖZLER (2016), *Kurucu İktidar*, Ekin Yayıncılık, Bursa, s. 25-28.

<sup>45</sup> age, s.53-54.

<sup>46</sup> Cem EROĞUL (1974), *Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi)*, Sevinç Matbaası, 1974, s.24.

<sup>47</sup> Cem Eroğul *Anayasayı Değiştirme Sorunu* adlı eserinde Burdeau'nun hayatının bir döneminde asli kurucu iktidarın hukuk dışı olduğunu savunurken, sonrasında tam karşıt görüşü savunduğundan bahseder: age. s.24.

<sup>48</sup> Kemal GÖZLER 2016, age., s.28.

geldiğini savunur.<sup>49</sup> Hans Kelsen de *Saf Hukuk Kuramı* adlı eserinde anayasa yapımını hukuki bir süreç olarak nitelendirir. Pozitivist hukukçu Kelsen'e göre; asli kurucu iktidar yetkisini temel normdan (*Grundnorm*) alır. Yazara göre; en üst hukuk normu olarak anayasanın üzerinde pozitif hukuk normaları bulunmadığına göre, varsayımsal bir kaynak olan *Grundnorm* adını verdiği temel norm asli kurucu iktidara kaynaklık edecektir. Temel norm (*Grundnorm*) devletin kimliğini taşıdığı için devlet organlarınca değiştirilebilir nitelikte değildir.<sup>50</sup>

Anayasa değişikliklerinde tali kurucu iktidarlar ile ilgili en önemli tartışma konusu, anayasanın bütünüyle tali kurucu iktidarlar tarafından değiştirilip değiştirilemeyeceği eksenindedir. Doktrinde yazarların bir kısmı tali kurucu iktidarın böyle bir yetkisi olmadığını söylemektedir. Türev kurucu iktidarın anayasayı değiştirme yetkisini ancak kendisine meşruluk kazandıran Anayasanın lafzı ve ruhu ile hukuken bağlı olmak şartıyla kullanabileceğini belirtirler.<sup>51</sup> Tali kurucu iktidarın anayasanın yalnızca sözü ile değil anayasanın özü ile de bağlılığını savunan bu görüş, aksi durumun “anayasaya karşı hile” olacağını savunur. Bu hileye örnek olarak İtalya’da Mussoli’nin 1925 yılında yaptığı değişiklikleri, Weimar Anayasasında Adolf Hitler’in 24 Mart 1933 ve 31 Ocak 1934 değişikliklerini gösterilmektedir. Dolayısıyla benzer kötü tecrübeler tali kurucu iktidarın asli kurucu iktidarın yerine geçmesini engelleyerek önlenbilir.<sup>52</sup>

Cem Eroğul’a göre de tali kurucu iktidar hukuki niteliği bakımından anayasanın öngördüğü diğer kurulmuş organlardan farksızdır. Tali kurucu iktidarların yaptıkları iş yürürlükteki hukuk düzenine bağlı olup, bu bağın yitirilmesi durumunda tali kurucu iktidarın ortadan kalkacağını ve yerini asli kurucu iktidara bırakacağı şeklindedir.<sup>53</sup> Eroğul tali kurucu iktidarın bütünüyle bir anayasayı değiştirme yetkisini haiz olmadığını söylemektedir. Coşkun San da benzer biçimde, “anayasa değişikliklerini sınırlandıran üstün anayasa normlarını anayasa

<sup>49</sup> age. s.44.

<sup>50</sup> Hans KELSEN (2016), *Saf Hukuk Kuramı*, (Ertuğrul Uzun Çev.), Nora Kitap, s.72-73

<sup>51</sup> Hüseyin Nil KUBALI (1971), *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.105

<sup>52</sup> Burada bir başka tartışma konusu daha doğmaktadır, asli kurucu iktidarların gelecek kuşakları bağlamaya hakkı var mıdır? Bu soruya Tom Paine, Thomas Jefferson ve Walter F. Murphy olumsuz yanıt vermişlerdir. Paine’e göre gelecek kuşakların tercihlerini ortadan kaldırmak yalnızca ahlak dışı değil, aynı zamanda imkânsızdır. Tom Paine ise durumu “dünya ölümlere değil, canlılara aittir” şeklinde özetleyerek tıpkı anayasaların da yaşayan insanlar gibi olması gerektiğini savunmuştur. Ergun Özbudun’a göre de “ebedi kurallar insan ve toplum tabiatı ile bağdaşmaz” (Özbudun, 2017, age., s.35).

<sup>53</sup> Cem EROĞUL 1974, age. s.30-31.

maddelerinin özünde ve sözünde aramak gerekmektedir” anlayışını ileri sürmüştür.<sup>54</sup> Günümüzde üstün hukuk kurallarının varlığı hakkında duyulan inanç öylesine yerleşmiştir ki, bu kuralların içerdiği hakların anayasa metinlerine alınması kurucu değil beyan edici nitelik taşımaktadırlar.

Anayasa değişikliklerinin anayasa metninde yer almayan bazı ilkelerle de sınırlanabileceği görüşü ancak biçimsel–maddesel anayasa ayrımının kabulü ile mümkündür. Ancak bu görüşün anayasayı yalnızca anayasa metni olarak kabul eden hukuksal pozitivizm görüşü ile bağdaşması olanaksızdır. Kaldı ki her ülke ve zaman dilimi için farklılık göstermesi muhtemel bir takım üstün hukuk kurallarını liste halinde saymak olanaksızdır. Oysa herhangi bir sınırlamanın pratik bir anlam taşıyabilmesi için sınırlarının keskin biçimde belirlenmesi kaçınılmaz bir zorunluluktur.

Hukuksal pozitivistler, anayasa değişikliklerine getirilen sınırlamaların üstü kapalı biçimde, anayasanın özü gibi muğlak ifadelerle dayandırılmasının çok tehlikeli sonuçlar doğurabileceği konusunda hemfikirdir. Bunun sonucunda anayasada değiştirilemeyecek maddeler olmaması durumunda tali kurucu iktidar anayasayı değiştirme usulünü izleyerek bütünüyle değiştirebilecektir. Bu durum tali kurucu iktidarı asli kurucu iktidar yapmayacaktır. Çünkü değişikliği anayasaya uygun biçimde gerçekleştirdiği takdirde herhangi bir hukuk boşluğu olmayacaktır.<sup>55</sup> Bizler de pozitivist hukukçuların yaklaşımını benimsemekteyiz. Anayasada değiştirilemez maddeler dışındaki maddeleri değiştirmek için hiç bir hukuki engel yoktur. Bir anayasa metninin değiştirilmesini engelleyen her türlü mantık, anayasanın kendi koyduğu kurallardan kaynaklanmıyor ise, hukuki düzenin katılaşıp donmasına sebebiyet verir. Bu durumda ise çoğunlukla başvuru yolu hukuki değil, şiddet içerecektir. Bunu engellemenin tek yolu ise anayasanın üstünlüğünün değiştirilemez maddeler ve anayasa yargısı ile gerçekleştirildiği, ancak anayasa denetimlerinin soyut ve belirsiz birtakım kavramlarından uzakta tutularak yapılmasıdır. Sınırötesi anayasalcılık ilkelerinin ise soyut ve belirsiz kavramlardan oluşmadığı tezin ileri bölümlerinde açıklanacaktır.

<sup>54</sup> Coşkun SAN 1974, age, s.84.

<sup>55</sup> Kemal GÖZLER 2016, age. s.150.

#### 1.4.2. Kurucu İktidar - Anayasalcılık İlişkinin Değerlendirilmesi

Anayasalcılık kavramı; çoğunluğun iktidarını sınırlayan,<sup>56</sup> vatandaşların hürriyetlerini koruyan, anayasal devletin yarattığı sınırlı devlet içerisinde fren ve denge mekanizmaları yaratan, çoğunluğun keyfi iktidarını önleyerek sınırlı bir devlet anlayışı yaratan ilke olarak tanımlamak mümkündür.<sup>57</sup> Kemal Gözler anayasalcılık kavramına ek olarak; anayasaların kanunlardan daha üstte yer alması gerektiğini ve kanunlardan daha zor değişmesi gerekliliğini de tanıma eklemektedir.<sup>58</sup> Günümüzde literatürde hem Anayasacılık hem de Anayasalcılık terimi yaygın biçimde

<sup>56</sup> İktidarın sınırlanması fikri, İlk Çağ ve kısmen Orta Çağ dönemlerinde ilk kez karma hükümetler ile ortaya çıkmış, karma anayasalar ile oluşturulan karma hükümetler ile sınıflar arası eşitsizliğin bir ölçüde dengelenmesine çalışılmıştır. Ancak sonrasında 18. yüzyıl ortalarında keyfi iktidarı sınırlamanın yolunun sınıflar arası güçleri dengelemekten değil, iktidarı oluşturan organlar arasında yapılacak yetki paylaşımı ve organlar arasında paylaşılacak denetleme görevi sonucunda; bireylerin bir takım temel haklarının korunmasının gerekliliği anlayışı hâkim olmuştur. Anayasalcılığın özünde yatan devleti sınırlamanın yolu, 18. yüzyılda devletin sahibi olarak kabul edilen monarkın sınırlandırılmasından geçiyordu. Bunun sonucu olarak halk monarka karşı korunmak istenmiş, anayasanın kaynağı monarkın tam karşısında duran “halk” kavramından türetilerek hem Amerika’da hem de Fransa’da, bütün yetkilerin nihai yetkilerinin kaynağı olan halk egemenliği kavramı üzerine inşa edilmiştir. Fransız düşünür Montesquieu’nün 1748 yılında yayınlanan *Kanunlar Ruhuna Hakkında (De L’Esprit des Loix)* eserinde kaleme aldığı ve bugün literatürdeki çağdaş anlamına en yakın hali ile *kuvvetler ayrılığı teorisini* açık bir biçimde ifade etmiştir. Montesquieu, siyasi iktidarı yasama yürütme ve yargı organları olarak üçe ayırırken, 1690 yılında *Second Treatise of Civil Government* adlı ünlü eserinde İngiliz Filozof John Locke kuvvetleri; yasama ve yürütme olarak ikili bir ayrıma gitmiş, yargıyı yürütmenin içerisinde federatif bir güç olarak tanımlamıştır. Dolayısı ile Montesquieu’nun, John Locke’un oluşturduğu teoriyi yargıyı üçüncü bir güç olarak ayrı tanımlamak suretiyle günümüzdeki haline kavuşturduğunu söyleyebiliriz. Montesquieu’ye göre; kuvvetler ayrılığı siyasi iktidarın gücünün yasama yürütme ve yargı organları arasında pay edilmesidir. Fonksiyonların açık biçimde farklı organlar tarafından yerine getirilmesi, hürriyetlerin korunması açısından da zaruridir. Ancak günümüzde sınırlı devletlerde kuvvetler ayrılığının tek başına siyasi iktidarın fonksiyonlarını yerine getirmek için yapmış olduğu güç paylaşımının yetmeyeceği açıktır. Kuvvetler ayrılığı ilkesine ilave olarak liberal demokratik devletlerde; organların her birinin bir diğerini çeşitli araçlar ile oluşturulan dengeleme ve denetleme (*chek and balance*) sistemleri ile kontrol altında tutarak iktidarın yozlaşmasını engellemesi de gerekmektedir. Kuvvetler ayrılığı teorisi ilk kez bir anayasal belge olarak 1776 Virginia Anayasası’nın Başlangıç Bildirisinde karşımıza çıkmaktadır. Ancak ABD anayasasını kaleme alan Kurucu Babalar (*founding fathers*), sınırlı devleti oluşturmak için siyasi iktidarın tüm organlarına kuşkuyla bakmışlar ve kuvvetler ayrılığının tek başına yetersiz olduğunu ileri sürmüşlerdir. Kurucu babalardan James Madison *The Federalist Paper*’da; Anayasalarda devleti oluşturan organların sınırlarının yalnızca kâğıt üzerinde açıkça belirtilmesinin Anayasaları ancak “kâğıttan birer engeller”e dönüştürmek dışında hiç bir işe yaramayacağından bahsederek, özellikle yasama organına oldukça kuşku ile yaklaşmış, *denetleme ve dengeleme sisteminin* gerekliliğine yer vermiştir. Bunun sonucu olarak, 1787 ABD Anayasası kuvvetler ayrılığı ilkesi ile denge ve denetleme sistemlerinin bir harmanı olarak karşımıza çıkmaktadır: Ergun ÖZBUDUN (2017), *Anayasalcılık ve Demokrasi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s.3; Mehmet TURHAN (2005), *Anayasal Devlet*, Naturel Yayıncılık, s.83, Levent GÖNENÇ (2014), *Siyasi İktidarın Denetlenmesi ve Dengelemesi*, Adalet Yayınevi, s.5.

<sup>57</sup> Ergun ÖZBUDUN (2017), *Anayasalcılık ve Demokrasi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s.3; Mehmet TURHAN (2005), *Anayasal Devlet*, Naturel Yayıncılık, s.83, Levent GÖNENÇ (2014), *Siyasi İktidarın Denetlenmesi ve Dengelemesi*, Adalet Yayınevi, s.5.

<sup>58</sup> Kemal GÖZLER (2011), *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I*, Ekin Yayıncılık, Bursa, s.133.

kullanılmaktadır. Ancak biz doktrindeki bir kısım yazarlar<sup>59</sup> tarafından da benimsenen *Anayasalcılık*<sup>60</sup> terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

Anayasalcılık ilkesi ile kurucu iktidar arasındaki ilişkinin kaynağı; asli kurucu iktidarın yeni baştan yarattığı anayasal bir düzenin olması ve asli kurucu iktidar tarafından tali kurucu iktidara tevdi edilen anayasayı değiştirme yetkisidir. Asli kurucu iktidar anayasal düzeni en başından itibaren anayasalcılık ilkesine uygun bir biçimde yaratabilir. Diğer bir deyişle vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alan sınırlı bir devlet anlayışı ile kurduktan sonra, tali kurucu iktidar tarafından yapılacak anayasa değişiklikleri ile asli kurucu iktidarın yaratmış olduğu anayasal düzeni tahrip eden ya da onu tümüyle ortadan kaldırmaya yönelik düzenlemeler yoluna gidebilir. Anayasal meselelerin normal yasama işlemlerine oranla daha önemli olduğu anlayışı, anayasa değişikliklerinin daha yoğun bir müzakere sürecine ihtiyaç duyduğu, normal yasalara göre daha zor değiştirilmesi gerektiği anlayışını da beraberinde getirmiştir.<sup>61</sup> İnsanların mükemmel olmadığı, yanılabilir olduğu fikri uyarınca tüm siyasi kurumları düzenleyen, anayasal düzeni kuran anayasanın zaman içerisinde evrimleşerek daha iyi hale geleceği açıktır. Böylece uygulamadaki aksaklıklar, edinilen tecrübeler sonucunda düzeltilebilir, yahut değişen koşullara uyum sağlar hale getirilebilmektedir.<sup>62</sup> Ancak anayasal düzende kurucu iktidarlar tarafından yapılacak tüm bu değişiklikler, anayasalcılık ilkesi bağlamında demokrasiden uzaklaşmaksızın gerçekleştirilmelidir. Sınırlı devleti yaratan anayasalcılık ilkesi, vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini devlete karşı korumayı esas edinmektedir. Temel hak ve özgürlükler iktidarın keyfi davranışlarını engelledikleri gibi özgür bir siyasal yaşamın da önkoşulunu oluştururlar. Sonuç olarak kurucu iktidarlar tarafından belirlenerek sınırları çizilen temel hak ve

---

<sup>59</sup> Doktrinde Mehmet Turhan “Anayasal Devlet” Kitabında Anayasalcılık terimini kullanmakla birlikte, Ergun Özbudun da tıpkı Mehmet Turhan gibi Anayasalcılık terimine “Anayasalcılık ve Demokrasi” kitabında yaygın şekilde yer vermiştir. Aynı biçimde Levent Gönenç’te “Siyasi İktidarın Denetlenmesi ve Dengelenmesi” adlı kitabında Anayasalcılık terimini kullanmayı tercih etmiştir. Kemal Gözler, İbrahim Kaboğlu ise anayasacılık terimini kullanmayı tercih etmişlerdir.

<sup>60</sup>Anayasalcılık; kanımızca *Constitutionalism* kelimesinin Anayasacılıktan daha doğru bir çevirisidir. Çünkü Anayasalcılık, Anayasacılıktan farklı olarak yalnızca anayasası olan bir devleti ya da yalnızca anayasaya bağlı olmayı değil, aynı zamanda anayasal demokrasinin unsurlarından biri olan sınırlı devleti de anlam olarak daha iyi ifade etmektedir.

<sup>61</sup> Ali Rıza ÇOBAN (2011), *Anayasayı Değiştirme Yetkisi*, Adalet Yayınevi, Ankara, s.30.

<sup>62</sup> age. s.29.

özgürlükler, anayasa değişikliklerinin en önemli sınırlarını da beraberinde getirmektedirler.<sup>63</sup>

Anayasal devletlerde anayasalar, sınırlı devleti yaratma ve vatandaşlarının temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alma kabiliyetini anayasalcılık ilkesinden almaktadırlar. Ancak burada öncelikli olarak yanıtlamamız gereken temel soru şudur: Her anayasası olan devlet anayasal bir devlet midir? Bir başka deyişle her anayasa anayasal devleti yaratarak anayasalcılık ilkesinin hayata geçirilmesine elverişli zemin hazırlayabilir mi? Kuşkusuz yanıtımız olumsuz olacaktır. Şöyle ki; anayasalı devlet ile anayasal devletin en temel farkı, devletin yalnızca bir anayasasının olması değil, söz konusu anayasasının iktidarı sınırlayarak bireyin özerk alanına müdahaleden koruyan sınırlı devleti yaratıyor olmasıdır. Anayasal devlette her şeyden önce temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı ve siyasi iktidarın varlığını sınırlayan gerçek bir anayasasının varlığı şarttır.

---

<sup>63</sup> Ancak kurucu iktidarlar anayasa değişikliklerini her zaman demokratik düzeni geliştirme amacıyla kullanmayabilirler. David Landau “*abusive constitutionalism*” adlı makalesinde istismarcı anayasalcılığı, anayasal araçlar kullanılarak demokrasinin zarara uğratılması olarak tanımlamaktadır. Türkçeye istismarcı anayasacılık olarak çevirebileceğimiz bu yenilikçi kavrama göre; iktidar tarafından yapılan anayasa değişiklikleri, istismarcı anayasalcılık anlayışını taşıyor ise, söz konusu değişiklikler mevcut demokratik düzeni zayıflatan biçimde olacaktır. Tali kurucu iktidarın anayasayı tümüyle değiştirmesi, yeni bir anayasal düzen yaratma anlamına gelmektedir. Dolayısıyla kurulacak yeni anayasal düzen eskisinden daha az demokratik ise, tali kurucu iktidarın anayasa değişikliklerinde kullandıkları yöntemi *istismarcı anayasalcılık* kapsamında değerlendirmek mümkündür. İstismarcı anayasalcılık yöntemi uygulanarak demokrasinin zayıflatılmasına neden olan anayasa değişiklikleri sonucunda yeni bir anayasal düzen ortaya çıkmaktadır. Bu anayasal düzene Steven Levitsky ve Lucan A. Way “*competitive authoritarianism*” yarışmacı otoriterizm ismini vermektedirler. Lewitsky ve Way’in yarışmacı otoriter rejimlerin yarattıkları demokratik düzeni ise demokrasilerin gri bölgeleri denmektedir. (LEVITSKY, S., and WAY, L. A., 2010, *Competitive authoritarianism: Hybrid regimes after the Cold War*. Cambridge University Press). Princeton üniversitesi profesörlerinden Jan Werner Müller de, yarışmacı otoriterizme benzer biçimde gri bölgedeki siyasal rejimlere popülist rejim ismini vermektedir. Her iki rejim türünde de görünürde varlığını sürdüren demokrasi, anayasa değişiklikleri ile tahrip edilerek iktidar partilerinin lehine yeni bir anayasal düzen kurmaktadır. Mevcut demokratik düzenden popülist rejimlere geçişi, yarışmacı otoriterizmi ya da istismarcı anayasalcılık hareketlerini engellemek için akla ilk gelen başvuru yollarından bir tanesi militan demokrasi anlayışıdır. Bu anlayış, II. Dünya savaşı sonrasında totaliter rejimlere yol açan siyasi partilere benzer partilerin anayasal düzende var olmalarını engellemeye yöneliktir. Militan demokrasi anlayışı, anayasasının kurduğu anayasal düzeni, düşünce özgürlüğünün sınırlandırılması ve siyasi parti özgürlüğünün sınırlandırılması şeklinde iki dayanak noktası ile savunmaktadır. Mevcut demokratik düzenin siyasi partiler aracılığıyla zayıflatılmasını engellemeyi amaçlar. Ancak militan demokrasi anlayışının tek başına, demokrasilerin gri bölgelere taşınmasını engellemeleri pratikte yetersizdir. Örneğin; 1982 anayasası her ne kadar militan demokrasi anlayışını hükümlerinde taşıyor olsa da, 2017 tarihli anayasa değişiklikleri sonrasında mevcut hükümet sistemi, Ergun Özbudun tarafından popülist rejim olarak adlandırılmaktadır: Ergun Özbudun (2017), age. Jan Werner Müller de “Erdoğan and the Paradox of Populism” isimli çalışmasında Türkiye’yi popülist demokrasiye sahip ülkelerden bir tanesi olarak örnek göstermektedirler: MULLER, J.-W. (2014), “Erdoğan and the paradox of populism”, *Project Syndicate*, August 11. <http://www.project-syndicate.org/commentary/jan-werner-mueller-examines-the-underpinnings-of-the-new-turkish-president-s-political-staying-power>. Erişim Tarihi: 22.12.2020.

Anayasalcılık kavramı; Anayasal devlet ile özdeş izdüşümüne sahiptir. Ancak çoğunlukla anayasal demokrasi terimini de kapsayıcı biçimde kullanılır. Abraham Lincoln'un "halkın halk tarafından, halk için yönetimi" olarak tanımladığı demokrasi kavramı, çoğunlukçu demokrasi modelinin de esasına teşkil eder.<sup>64</sup> Dolayısıyla; anayasalcılık ilkesi çoğunluğun iktidarını sınırlıyor iken, çoğunluğun iktidarı anlamına gelen demokrasi ile nasıl uyum içerisinde birlikte olabileceği yolunda doktrinde birden çok tartışma vardır<sup>65</sup>. Ancak demokrasiyi salt biçimde çoğunluğun yönetimi olarak düşünmekten öte, birbirlerinin tamamlayıcısı olarak düşünmek soruna makul bir çözüm yaratmaktadır. Ergun Özbudun'a göre "*Anayasalcılıktan yoksun bir demokrasi çoğunluğun istibdadına, demokrasiden yoksun bir anayasalcılık ise azınlıkların hakimiyetine yol açar.*"<sup>66</sup> Biz de demokrasi ve anayasalcılık ilişkisine tam olarak böyle bir çerçeveden bakmaktayız. Demokrasi ile anayasalcılık ilkesi her ne kadar birbiri ile çelişiyor gözükse de, çağdaş demokratik düzen içerisindeki devletler hem anayasalcılık ilkesinden hem demokrasiden vazgeçmemektedirler.

### 1.5. ANAYASAYA AYKIRI ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ KAVRAMI

Anayasaya aykırı anayasa değişikliğinin kavramsal açıdan incelenmesi oldukça önem arz etmektedir. Bu hususta, öncelikle ilgili kavram üzerinde tartışma yürütüldükten sonra, konuyu derinleştirmek açısından anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminin açıklanması ve bu yargısal denetimin demokrasi açısından değerlendirilmesi yoluna gidilecektir. Ardından tezin son bölümünde detaylı olarak incelenmesi için temel teşkil edecek olan, anayasa mahkemelerinin anayasa değişikliklerini denetlemesi konusunda çeşitli ülke örneklerine yer verilecektir.

<sup>64</sup> Arend LIJPHART (2014), *Demokrasi Modelleri*, İthaki Yayınları, s.16.

<sup>65</sup> Steven Levitsky ve Lucan A. Way *Competitive Authoritarianism: Hybrid After the Cold War* adlı eserlerinde *yarışmacı otoriter demokrasi* adını verdikleri ve gri bölgeyi temsil eden bir tür demokrasiden bahseder. Söz konusu yarışmacı otoriter demokrasi, anayasalcılıkla hiçbir kuvvette bağdaşmayacak biçimde sınırlı devleti diktatörlüğe evirme yeteneğini haizdir (LEVITSKY, S., and WAY, L. A., 2010, *Competitive authoritarianism: Hybrid regimes after the Cold War*. Cambridge University Press).

Bir diğer yazar Arend Lijphart'a göre de çoğunluğun yönetiminde çoğunluğun azınlık adına sağduyulu olduğu ve kendi kendini sınırladığı yalnızca ümit edilebilir, çünkü çoğunluk kendi kendine sınır koyabileceği gibi koyduğu sınırları kaldırmaya da muktedirdir (Lijphart, 2014, age).

<sup>66</sup> Ergun ÖZBUDUN 2017, age. s.25.

### 1.5.1. Kavramsal Çerçevenin Çözümlemesi

Anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri kavramı, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun denetiminde karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada Jackson'ın da önerdiği şekilde “anayasaya aykırı bir değişiklik kavramı” ile bunun anayasaya uygunluğunun yargılanabilir olup olmadığı sorusuna yönelik kavramsal çerçeve arasında farklar olduğu anlaşılmaktadır. Öyle ki; anayasaya aykırı anayasa değişikliği kavramı, mahkemenin; yapılmış bir değişikliğin anayasaya aykırılığını inceleme yetkisi ile, yapılan inceleme sonucunda karar verme yetkisi olup olmadığı bakımından ayırt edilmesi gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>67</sup> Bu şekilde yapılacak bir ayrım örnek olarak, Currie'nin belirttiği üzere Amerika Birleşik Devletlerinde Anayasanın 27. değişikliğinin anayasaya aykırılık durumunun söz konusu olması fakat, değerler açısından Mahkemenin bu yönde bir karar açıklama yoluna gitmemesi gösterilebilmektedir.<sup>68</sup>

Anayasaya aykırı anayasa normları genel anlamda biçimsel ve maddi temelde olmak üzere iki farklı yoldan ortaya çıkabilir. Burada, anayasa değişikliklerinin anayasaya biçimsel aykırılığı ile değişiklik için öngörülen usullerin gereği gibi yerine getirilmemesi anlaşılmaktadır. Anayasa değişikliklerinin anayasaya maddi aykırılığı ise, anayasada mevcut olan ilkeler ile örtüşmeyen veya bunları ortadan kaldıran değişiklikler olması durumunda söz konusu olmaktadır. San'ın örnek gösterdiği gibi, anayasada değişiklik için belirlenmiş olan nitelikli çoğunluk şartı ihlal edildiği takdirde anayasa normlarının biçimsel açıdan anayasaya aykırılığı söz konusu olmakta iken, buna karşın değiştirilmeleri açıkça yasaklanmış olan anayasa ilkeleri değiştirildiği ya da çeşitli temel ilkelerin ortadan kaldırılması durumları hasıl olduğunda, kabul edilmiş bulunan anayasa normları, anayasaya maddi açıdan aykırılık teşkil edecektir.<sup>69</sup>

Anayasaya aykırı anayasa değişikliği kavramına incelerken Richard Albert'ın konu üzerine yaptığı birtakım değerlendirmelerden faydalanılabilir. Albert'a göre,<sup>70</sup>

<sup>67</sup> Vicki C. JACKSON (2013), “Unconstitutional Constitutional Amendments (A window into constitutional theory and transnational constitutionalism)”, *İçinde Demokratie-Perspektiven*, Eds. Herausgegeben von Michael Bauerle, Philipp Dann und Astrid Wallrabenstein, Mohr Siebeck Tübingen, s 54.

<sup>68</sup> David CURRIE (1994), “The Constitution in Congress: Substantive Issues in the First Congress, 1789-1791”. *The University of Chicago Law Review*, Cilt 61, Sayı 3, s.775.

<sup>69</sup> Coşkun SAN 1974, age. s.133.

<sup>70</sup> Richard ALBERT (2017), “Four Unconstitutional Constitutions and their Democratic Foundations”, *Cornell International Law Journal*, Cilt 50, s. 197.



bir anayasa değişikliğinin anayasaya aykırı olup olmayacağı sorusu gündeme geldiğinde, sorunun cevabının olumlu yönde olması mümkündür. Fakat bunun birkaç adım ötesi olan bütünüyle bir anayasanın, anayasaya aykırı olup olmayacağı hususu ise oldukça tartışmalı bir konu olarak gündeme gelmektedir. Albert, bu noktada, tek bir anayasa değişikliği ile anayasanın tümüyle değişikliği arasında paradigma farkını, benzer ve aykırı esaslar üzerinden giderek açıklamaya çalışmaktadır. Buna göre, her ikisi arasındaki benzerlikleri, iki türlü değişikliğin de anayasal metne saygı duymanın anayasallık için yeterli olduğu şeklindeki ön varsayımların terk edilmesi gerektiğini önermesi açısından önemli bulmakla beraber, tek bir değişikliğin aksine bir anayasanın anayasaya aykırılığının risklerinin çok daha yüksek olacağını kabul etmektedir. Bununla birlikte, çeşitli açılardan bir anayasanın anayasaya şekil veya esas yönünden aykırı olabileceğini katılımcı demokrasi veya popüler meşruiyet perspektifinden ele alındığında farklı yorumlanmasını gerektiği hususlarının altını çizmektedir.<sup>71</sup> Bu konu ile ilgili yorumlarımız takip eden başlıklarda ele alınacak ve tartışma yürütölmeye devam edilecektir.

Anayasaya aykırılık ile ilgili olarak, literatürde yer alan bir diğer kavram ayrımı ise değişiklik (*amendment*) ve revizyon (*revision*) arasında görölmektedir. Bu kavram ayrımı, Jackson'ın da belirttiği gibi Kaliforniya Eyaleti Yüksek Mahkemesi örneği<sup>72</sup> ve Gözler'in altını çizdiği Avusturya Mahkemesi örneği<sup>73</sup> ile somutlaştırılabilir. Buna göre bir anayasa tarafından izin verilen alternatif usuli değişiklik yöntemler arasından hangisinin seçilmesi gerektiği ile ilgili çeşitli sorunlar bulunmaktadır. Örneğin, Kaliforniya Eyaleti'nde, eyalet anayasasında bir değişikliğin kabul edilebilmesi için seçmenlerin %8'inin dilekçesi üzerine, yapılacak bir referandumda çoğunluk oyu ile değişikliğin onaylanması gerekmektedir. Bununla birlikte, bir anayasa "revizyonu" için ya bu revizyonu yasama organının üçte iki oyla önermesi veya kongre delegeleri seçilmeden önce halk oylaması ile kabul edilmesi şartıyla yasama organının üçte iki oyla bir anayasa konvansiyonu düzenlemeyi teklif etmesi gerekmektedir. Sonuç olarak, her iki durumda da herhangi bir teklif daha sonra halk oylamasıyla kabul edilmelidir. Bahsi geçen ayırımda, Kaliforniya Yüksek Mahkemesi, birçok kez "değişiklik" usulü ile yapılan bir değişikliğin geçerli olup

<sup>71</sup> Richard ALBERT 2017, agm. s. 198.

<sup>72</sup> Vicki JACKSON 2013, age. s 58.

<sup>73</sup> Kemal GÖZLER (2008), *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, Ekin Press, Bursa, s.52.

olmadığına veya değişikliğin yalnızca daha ihtiyatlı bir revizyon usulü ile yapılabilecek kadar temel olup olmadığına karar vermek zorunda kalmıştır. Bu duruma örnek olarak 8 nolu Önerge<sup>74</sup> gösterilebilir. Kaliforniya Eyaletinde yer alan “değişiklik” ve “revizyon” arasındaki ayrımın bir benzerine, Avusturya Anayasası’nda bulunan “kısmi revizyon” ve “tam revizyon” arasındaki ayrım ile karşılaşılmaktadır.<sup>75</sup>

Bu çerçevede, Avusturya Anayasasının 44. maddesinde Gözler’in tanımladığı gibi, "toplam bir revizyon" veya “kısmi revizyon” ayrımı yapılmakta ve her ikisinin farklı usullere göre yürütülmesi gerektiği yer almaktadır. Buna göre, Avusturya Anayasası’nın 44. Maddesinin 1. Fıkrasında yer aldığı üzere, “anayasa kanunları (*Verfassungsgesetz*)” ya da “anayasa hükümleri (*Verfassungsbestimmung*)” olarak adlandırılan kısmi değişiklikler kapsamına giren değişiklikler Parlamento tarafından yapılabilmekte iken, aynı maddenin 3. Fıkrası uyarınca anayasanın “toplam revizyonu (*total revision/Gesamtänderung*)”na neden olan değişiklikler için halk oylaması yapılmalıdır.<sup>76</sup> Yürütülen tartışma üzerinden anlaşıldığı üzere, Jackson’ın da benzer ifadeleri<sup>77</sup> ile anayasa değişikliği kavramı ile anayasa revizyonu kavramı arasında anayasal metinlerde keskin bir ayrım gözlenmemekle birlikte, usülleri arasında farklılıklar dikkate değer bulunmaktadır.

Anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri kavramı konusunda çalışmalarına değinilecek bir diğer araştırmacı ise, Otto Bachof olarak karşımıza çıkmaktadır. Bachof da diğer araştırmacılar gibi, anayasaya aykırılık kavramı denince; bunun kapsamının sadece yasaların anayasaya değil ve fakat anayasa metninde mevcut olan veya anayasaya daha sonra eklenen maddelerin de anayasanın kendisine aykırılık teşkil edebileceği hususlarını not etmektedir. Öyle ki, araştırmacının tespitine göre,

<sup>74</sup> Kaliforniya Eyalet Anayasası’nı değiştiren 8 nolu Önerge, kamuya açık bir dilekçe ile önerilerek, 2008 yılının Kasım ayında yapılan halk oylaması ile seçmenler tarafından, aynı cinsiyete sahip olan çiftlerin eyalet anayasası uyarınca evlenme haklarının olduğuna dair bir eyalet mahkemesi kararını bozmak için onaylanmıştır. Buradaki temel sorun, eyalet anayasasının “değişiklik” usulünün mü yoksa bunun yerine ilgili değişikliğin “revizyon” usulü kullanılarak mı yapılmasına izin verdiğinin ortaya konulmasıydı. 2009 yılının Mayıs ayında Eyalet Yüksek Mahkemesi 8 nolu Önergeyi “değişiklik” kapsamında kabul ederek, bu usulün uygulanmasını onaylayarak, daha ihtiyatlı bir usul olan “revizyon” usulünü reddetmiştir. 8 nolu Önerge ile ilgili davada, değişiklik ve revizyon arasında ileri sürülen farkın, değişikliğin devlet anayasasının daha temel eşitlik taahhütleri ile tutarlılığına bağlı olduğu ileri sürülmüştür: Strauss et al v Horton, 46 Cal. (2009) dan Aktaran, JACKSON, Unconstitutional Constitutional Amendments (A window into constitutional theory and transnational constitutionalism), s 59.

<sup>75</sup> Vicki JACKSON 2013, age. s. 58-59.

<sup>76</sup> Kemal GÖZLER 2008, age. s.34-35.

<sup>77</sup> Vicki JACKSON 2013, age. s. 58-60.

özellikle İkinci Dünya Savaşı'nın ardından kabul edilen anayasaların yasama organına karşı olmak üzere, Anayasa Mahkemelerine anayasanın kendisini koruması amacı ile çeşitli yetkilerin tanındığının altını çizmektedir. Dolayısıyla Bachof, bu anayasalarda anayasaya aykırı değişikliklerin de yargı denetimine tabi olduğunu belirtmektedir.<sup>78</sup>

Otto Bachof'un anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri üzerine belirtilen eğilimini Turhan, ülkemiz açısından Anayasa Mahkememizin yargı denetimi üzerine hayati önem taşıdığı hususlarının altını çizmektedir.<sup>79</sup> Bizce de, ileride değinileceği üzere, anayasa mahkemelerinin belirtilen türde yaptığı veya yapacağı denetimlerin hukuki ve demokratik açılardan hassasiyeti bulunmaktadır. Genel itibari ile Bachof, meşru olmayan<sup>80</sup> anayasa normlarının anayasaya aykırı bir şekilde tezahür edeceği görüşünü savunmaktadır. İlaveten Bachof, türev kurucu iktidarın yetkilerinin sınırlı olduğunu ve ayrıca da asli kurucu iktidarın da üstün hukuk kurallarına uyma zorunluluğundan bahsederek, anayasa değişiklikleri ile anayasaya aykırı normların ortaya çıkmaması için, anayasa değişikliklerinin yargısal denetime tabi olması gerekliliğini savunmaktadır.<sup>81</sup>

Kanunların anayasaya uygunluğu şekil ve esas bakımından denetlenebilir olarak kabul ediliyorsa, teorik olarak ele alındığında, Atar'ın da belirttiği gibi anayasa değişikliklerinin de anayasaya uygunluğunun denetimi bu çerçevede ele alınabilir.<sup>82</sup> Fakat literatür incelendiğinde, şekil bakımından denetimler uygulanabilirken, esas bakımından denetimde genel itibari ile çeşitli sorunların ortaya çıkabileceği görüşü ağırlık kazanmaktadır. Bu pencereden bakıldığında, sorunu daha sağlıklı tahlil edebilmek için, anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi konusunun da irdelenmesi gerektiği kanaatine varılmaktadır.

---

<sup>78</sup>Otto BACHOF, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* Tübingen, 1951, s.7-11'den Aktaran: Mehmet TURHAN, *Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 33, Sayı 1, s.63.

<sup>79</sup> Mehmet TURHAN 1976, agm. s.64.

<sup>80</sup> Turhan'a göre, burada kullanılan "meşruluk" kavramı hukuksal meşruluktan ayrı olarak tutulması gereken toplumsal meşruluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna örnek olarak ise, anayasada belirtilmiş olmasına rağmen yeni anayasanın halk oylamasına gidilmeksizin kabul edilmesi verilebilir. Bkz. Mehmet TURHAN 1976, agm. s.68.

<sup>81</sup>Otto BACHOF, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* Tübingen, 1951, s.7-11'den Aktaran: Mehmet TURHAN 1976, agm. s.69.

<sup>82</sup> Yavuz ATAR (1996), "Türk Anayasa Yargısında Anayasaya Uygunluk Denetiminin Konusu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1-2 (Prof. Dr. M. Şakir BERKİ'ye ARMAĞAN), s.373-374.

### 1.5.2. Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi

Anayasa değişikliklerinin, anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi şekil ve esas olmak üzere, iki yoldan yapılabilmektedir.<sup>83</sup> Dar anlamda şekil denetimi, kanunların veya anayasaya uygunluk denetimine tabi olan diğer normların anayasada belirlenmiş olan usul ve şekil kurallarına uygun bir şekilde yapılıp yapılmadığı hususlarının incelenmesi olarak tanımlanabilmektedir.<sup>84</sup> Bu noktada, anayasada normların şekil yönünden denetlenmesi ile birlikte yetki unsurunun da denetlenmesi amaçlanabilmektedir. Dolayısıyla burada yetki kavramı ile anlatılmak istenen ilgili işlemlerin anayasanın kendisi tarafından yetkilendirilen organ veya organlar tarafından belirlenen görev alanı dahilinde yerine getirilmesidir.<sup>85</sup> Anayasa değişikliklerinin şekil bakımından anayasaya uygunluğunun denetimi, ilgili anayasa değişikliğinin anayasada belirtilen usul ve şekil şartlarına uygun olarak yapılıp yapılmadığının değerlendirilmesi şeklinden ibarettir.<sup>86</sup>

Bu noktada, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin kabul edildiği çeşitli ülkelerde, anayasa değişikliklerinin de bu türlü bir denetime tabi olup olmayacağı hususu çeşitli tartışmalara ve sorunlara yol açmaktadır. Hal böyle iken, kanunların denetimi açısından hiyerarşik açıdan görece daha üstün konumda bulunan anayasa kuralları bakımından bu yönde bir denetim mantıklı ve gereklidir.<sup>87</sup> Bunun sebebi hukuk çerçevesinde ele alındığında, anayasa değişikliklerinin de biçimsel açıdan bir kanun olması ve dolayısıyla değişikliklerin anayasada belirtilen usul ve şekil kurallarına uygun olarak yapılması gerekliliğidir.<sup>88</sup> Dolayısıyla, konu anayasa değişikliği üzerinde yoğunlaştığında, anayasa değişikliklerinin Anayasada kabul edilen usule göre yapılıp yapılmadığı bakımından değerlendirilecek olan şekil denetimi olağan karşılanabilmektedir.<sup>89</sup> Anayasayı yapan asli kurucu iktidar anayasayı değiştirme yolunu belirlemiş ve bu şekilde de tali kurucu iktidarın anayasayı değiştirmeye yetkisini sınırlama yoluna gitmiştir.<sup>90</sup> Bundan ötürü, anayasada açık bir hüküm yer almasa bile, anayasa değişikliklerinin anayasada bahsi geçen usul

<sup>83</sup> Mehmet TURHAN (2010), “Halk Egemenliği ve Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi”, *Liberal Düşünce*, Cilt 15 Sayı 57-58, Kış – Bahar 2010, s.34.

<sup>84</sup> Ergun ÖZBUDUN 2018, age. s.391.

<sup>85</sup> Erdoğan TEZİÇ (1972), *Türkiye’de 1961 Anayasası’na Göre Kanun Kavramı*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s.125.

<sup>86</sup> Mehmet TURHAN 2010, age. s.34.

<sup>87</sup> Erdal ONAR (1993), *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara, s. 131.

<sup>88</sup> Mehmet TURHAN 2010, age. s.34.

<sup>89</sup> Erdal ONAR 1993, age. s.131.

<sup>90</sup> Mehmet TURHAN 2010, age. s.34.

ve şekle uygunluğunun, kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle sorumlu olan mahkeme tarafından yürütülmesi kabul edilmelidir.<sup>91</sup>

Eroğul'un uygulama alanında dünya anayasaları içinde kendi değişikliklerini denetleme yetkisini Anayasa Mahkemesine veren anayasalar olup olmadığına dair yürütmüş olduğu araştırmasında, Türkiye Cumhuriyeti hariç, yüz otuz altı ülkenin anayasaları incelenmiş ve içinden yüz yirmi dördünün yazılı anayasa olduğu belirtilmiş, bunların içindense sadece 25 Nisan 1961 tarihli Güney Afrika Anayasasının istisnai olarak yargı kontrolünü öngördüğü neticesine ulaşılmıştır.<sup>92</sup> Fakat sonradan 1971 yılında değişiklik ile 1961 Anayasamızda 147. Maddenin birinci fıkrası "*Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasa'ya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler.*" halini almıştır. Nitekim bazı ülkelerde de Anayasalarında açıkça yer almamakla birlikte Anayasa değişikliklerinin şekli bakımından yargısal denetimi, Anayasa yargısının yetki kapsamında kabul edilmektedir. Bunlara örnek olarak, Alman, İtalyan ve Avusturya Anayasa Mahkemeleri gösterilebilir. Bu üç ülkenin de Anayasa Mahkemesi, kendilerinde Anayasa değişikliklerini şekil yönünden denetlemeye yetkili bulmaktadır. Bunların içinden sadece Alman Federal Anayasa Mahkemesi, yetki sınırlarını şekil denetiminin ötesine taşımakta ve böylece esas denetim üzerinde de yetkili olduğunu kabul etmekte iken, diğer iki ülke yani İtalya ve Avusturya Mahkemeleri kendilerinde bu şekilde bir yetki görmemektedir.<sup>93</sup> Ancak ileride değinileceği üzere, Avusturya Anayasasının Anayasa değişikliğinin türüne göre iki farklı değiştirme şeklini öngörmesi sebebi ile, Anayasa Mahkemesi şekil denetimi yaparken kimi zaman değişikliğin içeriğini de değerlendirebilmektedir.<sup>94</sup>

Anayasaya aykırı anayasa normlarının anayasa yargısı denetimine tabi tutulması ya da tutulmaması şeklinde araştırmacılar arasında iki ayrı görüş üzerinde fikir ayrılığı bulunmaktadır. Taraflar ile ilgili bilgi vermeden önce, anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi lehine olan araştırmacıların *biçimsel anayasa* ve *maddi anayasa* ayrımını temel aldıklarını belirtmekte fayda bulunmaktadır. Otto Bachof'a göre, biçimsel ve maddi anayasa ayrımı, yazılı ve

<sup>91</sup> Ergun ÖZBUDUN 2018, age. s.391

<sup>92</sup> Cem EROĞUL (1974), *Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi)*, Sevinç Matbaası, Ankara. 161-162.

<sup>93</sup> age. s. 162.

<sup>94</sup> Erdal ONAR 1993, age. s.132.

yazılı olmayan maddi anayasaya aykırı hukuk normlarının anayasaya aykırılığı ayrımı üzerinden ortaya çıkmaktadır.<sup>95</sup> Biçimsel anayasa ile ifade edilmek istenen, “devlet organlarının işleyişine ve kişi özgürlüklerine ilişkin temel ilkelerin yazılı bir metin içinde toplanmış olmasıdır.”<sup>96</sup> Biçimsel anayasa, yazılı anayasanın karşıtı olarak kabul edilebilir.<sup>97</sup> Çünkü, ilgili ayrımın farkı *biçimsel anayasa* ile aralarında karşıtlık ilişkisi bulunmayan *maddi anayasa* kavramı ile birlikte değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Maddi anlamda anayasa ise “*asli devlet organlarının kuruluşu, görevleri ve yetkileri ile kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin tüm hukuk kurallarından oluşmaktadır.*”<sup>98</sup>

Biçimsel anayasada bulunmasalar dahi, bu kurallar esasen maddesel anlamda anayasanın parçaları olarak kabul edilmektedirler. Bu temelde, anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin yargı denetimine tabi tutulmasını savunanlar, maddesel anayasanın üstün hukuk kurallarını da içerdiğini kabul etmektedirler. Söz konusu üstün hukuk kurallarının geçerlilik kazanmaları için mutlak suretle yazılı metinlere dahil olmalarına gerek duyulmamaktadır. Böylece de, yazılı olmayan üstün hukuk kuralları, maddesel anayasanın bir parçası sayılmaktadır.<sup>99</sup> Bunun neticesinde de, anayasa mahkemelerinin üstün hukuk kurallarına gönderme yapabilecekleri ve kendilerini sadece anayasa metnine bağlı kabul etmeyeceklerdir. Dolayısıyla, maddi anlamda anayasa ayrımının hayati öneme sahip yanı, üstün hukuk kurallarını içermesi olarak gösterilmektedir.<sup>100</sup>

### **1.5.3. Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetiminin Demokrasi Açısından Değerlendirilmesi**

Demokrasi, özerk bir anayasal kararın ürünüdür. Halk egemenliği ile ilişki kurmak suretiyle, bunu asli kurucu iktidarın sahipliği üzerinden bir devlet ve yönetim şekline dönüştürmektedir.<sup>101</sup> Anayasa yargısının demokrasi bakımından meşru olup olmadığı hususu üzerinde fikirbirliği bulunmamakta ve önemli bir

<sup>95</sup> Otto BACHOF, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* Tübingen, 1951, s.7-11'den Aktaran: Mehmet TURHAN 1976, agm. s.67.

<sup>96</sup> Coşkun SAN 1974, age. s.43.

<sup>97</sup> Mehmet TURHAN 1976, agm. s.67.

<sup>98</sup> Coşkun SAN 1974, age. s.43-44.

<sup>99</sup> Mehmet TURHAN 1976, age. s.67.

<sup>100</sup> Coşkun SAN 1974, age. s.45.

<sup>101</sup> Hans-Detlef HORN (2014), “Demokrasi”, çev: Hüseyin Yıldız, *İçinde Anayasa Teorisi (Verfassungstheorie)*, Eds. Otto Depenheuer ve Cristoph Grabenwarter, Lale yayıncılık, s. 774.

tartışma konusu olarak yerini korumaktadır. Bunun nedeni, “İnsan haklarını anayasa mahkemesinin, yasama organından daha iyi bir şekilde koruyup koruyamadığı” sorusudur. Anayasa denetimi yetkisinin anayasa mahkemelerine verilmesine taraftar olanlar bu soruyu olumlu bir şekilde cevaplarken, bu görüşe karşı çıkanlar ise, doğal olarak olumsuz şekilde yanıtlamaktadır.<sup>102</sup>

Anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminin demokrasi açısından değerlendirilmesi ve konunun bu yönü ile yargı denetiminin sınırlarının belirlenebilmesi, demokratik ülkelerin anayasa yargısı için önem teşkil etmektedir. Öyle ki, anayasa yargısının demokratik meşruluğu problemi, çeşitli yönleriyle tartışma konusu olarak önem kazanmaya devam etmektedir. Anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminin demokratikliğini sınımadan önce ve her şeyden önce, çağdaş bir demokraside halkın, anayasanın çağın gereklerine ve toplumun ihtiyaçlarına göre değişiklikler yapabilme yetkisi bulunmalıdır.

Anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğu denetiminin demokratikliğini tartışmadan önce, anayasa yargısının demokratik meşruluk sorunu üzerinde kısa değerlendirmelerde bulunulabilir. Bu doğrultuda, Özbudun’a göre, anayasa yargısının tesis edilmesi hususu önem arz eden çeşitli devlet yetkilerinin, halk tarafından seçilmemiş olan ve yine halka hesap verebilecek konumda olmayan bir başka kuruma devredilmesi sorununu ortaya çıkarmaktadır.<sup>103</sup>

Richard Albert’ın da değindiği gibi, Kolombiya, Ekvador, Grenada, Honduras, Macaristan, Japonya, Trinidad & Tobago, Türkiye, Venezuela ve başka yerlerde anayasalcılık ve demokrasiyi koruma güdüsü ile anayasal aktörler anayasa değişikliklerini geçersiz kılmak için pekâlâ yeni nedenlere ihtiyaç duyabilir. Fakat, bir anayasanın nasıl anayasaya aykırı olabileceğini düşünmeye başlamak, bir değişikliği anayasaya aykırı ilan etmek için gerekçeleri tersine çevirmeye yardımcı olabilir.<sup>104</sup>

Bir başka yönden ise, Walter Murphy'e göre, eğer demokrasi, tüm insanların temelde eşit değere veya itibara sahip olduğu varsayıldığından dolayı temel bir ilke

---

<sup>102</sup> Hasan Tahsin FENDOĞLU (2021), *Darbeler ve Anayasalar*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 139.

<sup>103</sup> Ergun ÖZBUDUN (2014), *Türkiye’de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul. s. 124.

<sup>104</sup> Richard ALBERT (2017), “Four Unconstitutional Constitutions and their Democratic Foundations”, *Cornell International Law Journal*, Cilt 50, s. 198.

ise, o zaman bu ilkeye aykırı olan değişiklikler (demokratik oylama süreçleri yoluyla kabul edilmiş olsa bile) bu ilkeyle tutarsız olarak kabul edilebilir.<sup>105</sup>

Anayasa değişikliklerinin denetlenmesi ve demokrasi ilişkisinde yararlanılacak bir diğer perspektif çözümlenmesi, Ali Acar tarafından, yargısal denetimin bu ülkede ortaya çıkmasından ötürü, Amerikan bağlamı çerçevesinde ele alınmaktadır. İki farklı görüş açısından değerlendirildiğinde, en kapsamlı tartışmanın Dworkin ile Waldron arasında gerçekleştiği gözlemlenmektedir. Öncelikle ana hatları ile ele alındığında, Dworkin yargı denetimini destekleyip, yargı denetiminin demokrasiye zarar vermediği görüşünü öne sürmekte ve fakat Waldron ise, bu görüşe çeşitli noktalarda karşı çıkmaktadır.<sup>106</sup> Dworkin'in yargı denetiminin meşruluğuna ilişkin anlayışı, esasen Amerikan ve Kanada demokrasi anlayışı üzerine bina edilmiştir. Dworkin'e göre yargı denetiminin demokratik olması durumu, halkın kolektif hareket etmesi bağlamında ve anayasa mahkemelerinin de esasen bu kolektif hareketi<sup>107</sup> ve demokrasiyi güçlendirici yaklaşımlarından ötürü, dışlanmaması gereken bir aktör olarak kabul edilebileceği hususu üzerine bina edilmektedir.<sup>108</sup> Dworkin'in aksine Waldron ise, gerek sayısal açıdan daha az kişiden teşekkül etmesi ve gerekse temsil ve siyasi eşitlik ile ilgili ilkelere ters düşmesi açısından<sup>109</sup> anayasa mahkemelerinin yargı denetimine karşı çıkmaktadır.<sup>110</sup>

Anayasaya aykırılık denetimi konusunun demokrasi açısından değerlendirilmesinde kullanılan yetkinin bir kurucu iktidar yetkisi olması açısından da yaklaşmak faydalı olabilir. Öyle ki, anayasa değişikliklerini yapan organ genellikle uygulamada parlamentolar olsa da, anıldığı üzere, böyle bir değişiklik için kullanılan yetki, kurucu iktidar yetkisidir.<sup>111</sup> Anayasa Mahkemelerinin kurucu iktidarın işlemlerini esas bakımından yargısal denetime tabi tutması, kurucu iktidarın üzerine çıkması sorununu doğurabilmektedir. Şayet, ilgili denetime temel teşkil edebilecek halk iradesinin ürünü olan bir normun bulunmadığı takdirde, bu türde bir

<sup>105</sup> Vicki JACKSON 2013, age. s. 59.

<sup>106</sup> Ali ACAR (2014), *Between Legality and Legitimacy: The Case of Judicial Review of Constitutional Amendments from a Comparative Law Perspective*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), European University Institute, Florence, s. 196.

<sup>107</sup> Ronald M. DWORKIN (1998). "The Partnership Conception of Democracy", *California Law Review*, Cilt 86, s.453.

<sup>108</sup> Ali ACAR 2014, agt. s. 198-199.

<sup>109</sup> Jeremy WALDRON (2005), "The Core of the Case against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, Cilt 115, s. 1354.

<sup>110</sup> Ali ACAR 2014, agt., s. 200.

<sup>111</sup> Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s.232.



denetimin halk egemenliği sorunu doğurması durumu ortaya çıkacaktır.<sup>112</sup> Bunun nedeni de milli iradeden daha üstün bir irade varlığının kabul edilmiş olmasıdır.<sup>113</sup> Benzer şekilde, Kaboğlu'na göre, anayasa mahkemesi anayasayı yorumlamamanın ötesine geçerek kanun koyucu rolü üstlendiğinde, ya da başka bir deyişle yasama organının otoritesini azaltıcı kararlar aldığında halk egemenliğine zarar verme ihtimali bulunmaktadır.<sup>114</sup>

Anayasalar insanlar tarafından yapılan modeller olarak kabul edilmektedir. Bu modeller, anayasayı yapanların değerlerini, yaptıkları çeşitli düzenlemelerin ortaya çıkaracağı sonuçlardan elde edilecek beklentilerini ve ayrıca da zorluklarla elde ettikleri uzlaşmaları ortaya koymaktadırlar. Anayasa yapıcıları, anayasaları yerel şartları, istek ve ihtiyaçları tatmin edebilecek şekilde yapmaya çalıştıkları ölçüde, demokratik başarıyı elde edebilirler.<sup>115</sup> Anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi ve demokrasi arasındaki ilişki için, Carl Schmitt ve Hans Kelsen arasındaki tartışma incelenebilir. Öyle ki, Carl Schmitt'e göre yargı organınının yetkilerinin, yasama fonksiyonu ile karışmaması için kanunları anayasaya aykırılık sebebi ile iptal etme hakkı verilmemelidir. Kelsen ise bu türde bir yaklaşımı eleştirerek, bu ayrımı uygun bulmamaktadır.<sup>116</sup> Bu konuya şu şekilde yaklaşılmasında fayda olduğu kanaatindeyiz: Anayasa Mahkemeleri, anayasanın kuralları arasında çelişkiler de olsa, o anayasanın metnine ve genel ilkelerine göre hareket etme zorunluluğunu ve sorumluluğunu taşımaktadır. Burada, anayasadaki en temel ilke, anayasanın koruyuculuğunu halka dayandırma niyetidir. Bundan ötürü de, anayasalar için esas teşkil eden husus, halkın egemenliğine zarar vermeden yargısal denetimi gerçekleştirebilmesidir.

#### **1.5.4. Anayasa Mahkemelerinin Anayasa Değişikliklerinin Denetlenmesinde Farklı Uygulama Örnekleri**

Anayasa değişikliklerinin anayasa uygunluğuna yönelik yapılan denetimin farklı uygulamalarına örnekler gösterebilmek adına, öncelikle kısaca Amerikan

---

<sup>112</sup> Mehmet TURHAN 2010, agm. s.33.

<sup>113</sup> Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s.232.

<sup>114</sup> İbrahim KABOĞLU (2007). *Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye*, İmge Kitabevi: Ankara. s.155.

<sup>115</sup> POWELL G. Bingham Jr. (1990). *Çağdaş Demokrasiler: Katılma, İstikrar ve Şiddet*, çev. Mehmet Turhan, Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasi İlimler Derneği Ortak Yayını, Ankara, s.91.

<sup>116</sup> Mehmet TURHAN 1976, agm. s.96.

Anayasa Yargısı Modeli ve Avrupa Anayasa Yargısı Modelleri ele alınacak, ardından uygulamada farklı ülke anayasalarından örnekler tartışılacaktır.

#### 1.5.4.1. Amerikan Anayasa Yargısı Modeli ve Avrupa Anayasa Yargısı Modeli

Anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminin farklı ülkelerde nasıl uygulandığına değinmeden önce, literatürde hakim anayasa yargısı modelleri olarak geçen Amerikan Anayasa Yargısı Modeli ve Avrupa Anayasa Yargısı Modelinden<sup>117</sup> kısaca bahsetmekte fayda bulunmaktadır. Bunun sebebi, anayasalarda anayasa değişikliğine ilişkin yargı denetiminin önü açan hükümlerin yer alıp almaması durumunda (sessiz anayasa olup olmamaları bakımından)<sup>118</sup> bahsi geçen iki modelin anayasa yargısı açısından farkını ortaya koymaktır. Buna göre, Amerikan Anayasa Yargısı Modelinde, tüm mahkemelerin anayasa uygunluk denetimi yapabilmesi mümkündür.<sup>119</sup> Yani, bu model kapsamında, ülkedeki bütün mahkemelerin davaları ve ihtilafları karara bağlarken, yasal işlemlerin ve normların anayasaya uygunluğunu inceleme yetkisi bulunmaktadır. Bu modeli uygulayan ülkelerde, mahkemelerin ya da üst mahkemenin anayasa değişikliklerini denetlemesine yönelik yetkisinin anayasa tarafından açıkça ifade edilmesine de gerek bulunmamaktadır.<sup>120</sup>

Amerikan Anayasa Yargısı modeli'nde, tüm mahkemeler anayasaya uygunluk denetimi yapabilir fakat, burada mahkeme bir yasanın anayasaya aykırılık tespit ettiğinde, bu yasayı iptal etmek yerine ihmal ederek, söz konusu olaya uygulama yoluna gitmemektedir. Ancak, bu ihmal etme durumu, diğer mahkemeler için emsal teşkil ederek Yüksek Mahkeme'nin de içtihadı ile bağlayıcı bir hal almaktadır.<sup>121</sup> Temeli Marbury v. Madison davasına<sup>122</sup> kadar dayanan Amerikan Anayasa Yargısı modeli, bugün dünyada çeşitli ülkelerde uygulanmaktadır. Bunlara

<sup>117</sup> Louis FAVOREU (1990), "Constitutional Review in Europe", *İçinde Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad*, Eds. Louis Henkin and Albert J. Rosenthal, Columbia University Press, s.40-42.

<sup>118</sup> Vicki JACKSON 2013, age. s.54.

<sup>119</sup> Levent GÖNENÇ (2010), *Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı*, TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, s.7. [https://www.tepav.org.tr/upload/files/1295967249-5.Yasaların\\_Anayasaya\\_Uygunluğunun\\_Denetimi\\_ve\\_Anayasa\\_Yargisi.pdf](https://www.tepav.org.tr/upload/files/1295967249-5.Yasaların_Anayasaya_Uygunluğunun_Denetimi_ve_Anayasa_Yargisi.pdf) ET.18.08.2021.

<sup>120</sup> Kemal GÖZLER (2008), *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, Ekin Yayınevi, Bursa, s.10-11.

<sup>121</sup> Levent GÖNENÇ 2010, age. s.7.

<sup>122</sup> Marbury v. Madison davasında, Amerikan Yüksek Mahkemesi Başyargıcı Jonh Marshall'ın verdiği karar ile Amerikan Anayasa Yargısı Modelinde anayasaya uygunluk denetiminin başladığı kabul edilmektedir. Bkz. R. L. Clinton (1994), "Game theory, legal history, and the origins of judicial review: A revisionist analysis of Marbury v. Madison", *American Journal of Political Science*, 285-302.; D. Alfange Jr., (1993). "Marbury v Madison and Original Understandings of Judicial Review: In Defense of Traditional Wisdom", *The Supreme Court Review*, 1993, 329-446.

örnek olarak; Amerika Birleşik Devletleri, Danimarka, Avustralya, Kanada, Hindistan, Japonya, Arjantin ve Uruguay gösterilebilir.<sup>123</sup>

Buna karşılık, Avrupa Anayasa Yargısı Modeli'nde ise, yasaların anayasaya uygun olup olmadığına karar verme yetkisine sadece Anayasa Mahkemesi olarak adlandırılan özel bir mahkeme sahiptir. Ayrıca, Amerikan Anayasa Yargısı Modelinin karşısında, Avrupa Anayasa Yargısı modelinin uygulandığı ülkelerde, anayasa mahkemelerinin anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğu denetleme yetkisi açık bir şekilde, bir anayasa hükmünden kaynaklanmalıdır. Yani, anayasanın sessiz kalması, anayasa mahkemesinin anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine sahip olmadığı anlamına gelmektedir. Gözler'in de belirttiği "*expressio unius est exclusio alterius*"<sup>124</sup> prensibi ile anayasada bu yetkinin açıkça verilmemiş olması, mahkemelerin anayasaya uygunluk denetiminde yetkilerinin olmadığı anlamına gelmektedir.<sup>125</sup>

Avrupa Modeli Anayasa Yargısı'nda, yasaların anayasaya uygunluğu denetimi, Amerikan Modeli'nde olduğu gibi tüm mahkemeler tarafından değil fakat, bunun için görevlendirilmiş özel mahkemeler tarafından gerçekleştirilir. Genel itibari ile, "Anayasa Mahkemesi" olarak adlandırılan bu özel mahkemelerde, Amerikan Modelinde olduğu gibi "ihmal" değil "iptal" kararı verilmektedir. Bu modelin ilk örneği olarak Hans Kelsen'in öncülüğünde oluşturulan, Avusturya Anayasa Mahkemesi gösterilebilir.<sup>126</sup> Diğer ülke örnekleri arasında ise, Almanya, İtalya, Fransa, Portekiz, Rusya, Macaristan, Polonya ve Türkiye yer almaktadır.<sup>127</sup>

Hekimoğlu'na göre, Amerika ve Avrupa Modelleri kıyaslanacak olursa, anayasa üzerinden uzmanlık elde etmiş hakimlerin bulunması yönü ile, Avrupa

<sup>123</sup> Louis FAVOREU 1990, age. s.40-42.

<sup>124</sup> "Bir şeyden açıkça bahsetmek, diğerinin hariç tutulmasını engeller" anlamına gelmektedir. Bkz. Gözler (2008), Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study, s. 13, 24 nolu dipnot'tan çevrilmiştir.

<sup>125</sup> Kemal GÖZLER 2008, age. s.13.

<sup>126</sup> Levent GÖNENÇ 2010, age. s.8.; Ayrıca, Bkz. Bakır ÇAĞLAR (1985). "Yeni Anayasacılık Üzerine Notlar", *İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 6, 1-3, s.34. Avrupa Modeli anayasa yargısının gelişimi, üç safha olarak ele alınabilir. Bunun ilki, yukarıda da bahsi geçtiği üzere, 1920 yılında Avusturya Anayasa Mahkemesinin kurulmasıdır. İkinci safha ise, II. Dünya Savaşı'nın ertesinde, Almanya ve İtalya gibi ülkelerde Anayasa Mahkemeleri'nin kurulması ve son safha ise, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin dağılmasını takiben Doğu Avrupa Bloku ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin kurulmasıdır.

<sup>127</sup> Louis FAVOREU 1990, age. s.40-42.

Modeli Anayasa Yargısı, Amerikan Modeline göre yorum ve uygulama alanlarında daha üstün olarak gösterilebilmektedir.<sup>128</sup>

#### **1.5.4.2. Anayasa Mahkemelerinin Anayasa Değişikliklerinin Denetlenmesinde Farklı Ülke Örnekleri**

Anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri kavramının literatürde kabul görmesini takiben, uygulama tarafı da incelendiğinde; çeşitli ülkelerde anayasa değişikliklerinin şekil veya esas bakımından ya da hem şekil hem esas bakımından yargısal denetiminin var olduğu, ya da her iki türde denetime dair potansiyel altyapının var olduğu anlaşılmaktadır.<sup>129</sup>

Genel anlamda, anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimi konusu dünya genelinde anayasalarda açıkça düzenlenmemiş fakat yargısal yorum yolu ile türetilmek suretiyle uygulamaya alınabilmiştir. Böylece, esas bakımından denetim yapma yetkisini kendisinde gören mahkemeler, bu yetkiye dayanak teşkil edebilmesi için anayasanın değiştirilemez ilkelerinin altını çizmişlerdir. Buna ilave olarak ise, anayasanın temel yapısının değiştirilemeyeceği görüşünü de benimsemişlerdir.<sup>130</sup> Tezin ilerleyen bölümlerinde daha detaylı olarak inceleneceğinden ötürü, bu bölümde farklı ülkelere örnek uygulamalara, bu ülkelerin anayasaların Anayasa Mahkemelerine şekil ve/veya esas bakımından denetleme yetkisini vermesi ya da vermemesi açısından veya bu mahkemelerin kendilerinin bu yetkilere sahip olduğunu kabul etmesi ya da reddetmesi bakımından kısaca değinilecektir.

Önceden de belirttiğimiz gibi, anayasa değişikliklerinin esas bakımından anayasaya uygunluğunun denetleme yetkisi anayasa mahkemelerine verilmemiştir. Fakat bu konuda, anayasa değişikliklerinin esas bakımından Anayasaya uygunluk denetimi yetkisi içtihat yolu ile ortaya konulmuş ve uygulamada da kendisine yer bulunduğu durumlar vakidir. Hindistan Yüksek Mahkemesi, bahsi geçen duruma en açık örnek arasında yer almaktadır.<sup>131</sup>

Ayrıca, anayasa değişikliklerinin kabul edilmesi aşamasında ve bir ön denetim niteliğinde olmak üzere, bazı ülke anayasalarının, anayasa mahkemesine

<sup>128</sup> Mehmet Merdan HEKİMOĞLU (2004), *Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları*, Detay Yayıncılık, Ankara. s.40-41.

<sup>129</sup> Rosalind DIXON (2011), *Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments*, *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*, No.349. s.1-17.

<sup>130</sup> Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s.230-231.

<sup>131</sup> age. s.232.

görevler verdiği gözlemlenmektedir. Bu ülkelere örnek olarak, Azerbaycan, Moldova ve Kırgızistan gösterilebilir. Genel itibari ile ele alınacak olursa, bu şekilde verilen yetkiler bir yargı yetkisinden ziyade, ön değerlendirme kapsamında kabul edilebilmesi gerekmektedir. 1980 Şili Anayasası, 2003 Romanya Anayasası ile Azerbaycan, Kırgızistan, Moldova ve Ukrayna’da anayasa değişiklik teklifleri Parlamente’ye sunulmadan evvel, Anayasa Mahkemelerine görüşlerini belirtmeleri için gönderilmektedir. Değişmez hükümler içeren anayasaları olan bu ülkelerde, değişmez ilkelere uygunluğu hususunda, anayasa mahkemelerine ön görüş belirtmeleri için yetki verildiği gözlemlenmektedir.<sup>132</sup> Fakat anlaşıldığı üzere, bu yetki danışma yetkisi kapsamında değerlendirilmelidir. Anayasa Mahkemesi her ne kadar danışma görevi görüyorsa da, Venedik Komisyonu’nun bu konuda, “*yapılması muhtemel anayasa değişikliklerinin demokratik süreçlerden geçmeksizin, Anayasa Mahkemeleri tarafından uygulanmamasına yönelik istişare verilmesi halinin bir sorun teşkil edebileceği*” yönünde görüşü bulunmaktadır.<sup>133</sup>

Bununla birlikte konu Anayasa metinleri açısından ele alındığında<sup>134</sup>, anayasa değişikliklerinin yargı denetimine tabi tutulup tutulamayacağı, bazı ülke anayasalarında düzenleme bakımından, yargı denetiminin hukuk devleti meşruiyetini etkilediği görülmektedir. Anayasa Mahkemelerine anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini verme açısından açıkça ifadeleri olan anayasalar gibi, bu denetleme yetkisini açıkça yasaklayan anayasalara rastlanmaktadır. Örneğin, 1961 ve 1982 Türk Anayasaları, 1980 Şili Anayasası ve 1991 Romanya Anayasası, bazı koşullar altında anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine izin vermektedir.<sup>135</sup> Jackson’un işaret ettiği ve Stith’in belirttiği üzere bu anayasalara 1996 Nepal Anayasası da eklenebilir.<sup>136</sup>

Aksi yönde, anayasa değişikliklerinin denetlenmesine kısıtlama getiren anayasalara örnek olarak, 1950 Hindistan Anayasası gösterilebilir.<sup>137</sup> Öyle ki; belirli anayasa değişikliklerini yasaklayan ya da sınırlamalar getiren bazı durumlar Hindistan’da gündeme gelmiştir. Örneğin, 1976 yılında Hindistan’ın yönetim şeklini “*bağımsız demokratik cumhuriyet*” ibaresi yerine “*bağımsız, sosyalist, laik,*

<sup>132</sup> age. s.233., 251-253.

<sup>133</sup> VENICE COMMISSION (2010), *Report on Constitutional Amendment*, CDL-AD001, s.196.

<sup>134</sup> Vicki JACKSON 2013, age. s. 54.

<sup>135</sup> Kemal GÖZLER 2008, age. s.4.

<sup>136</sup> Richard STITH (1996), “Unconstitutional Constitutional Amendments: The Extraordinary Power of Nepal’s Supreme Court”, *Am. U.J.Int’l L. & Pol’y*, Cilt 11, Sayı 1, s.48.

<sup>137</sup> Kemal GÖZLER 2008, age. s.4.

*demokratik cumhuriyet*” olarak değiştiren 42 numaralı Anayasa Değişikliği ile, Hindistan Anayasası’nın 368. Maddesinin 4. fıkrasına şöyle bir ibare eklenmiştir: “Bu madde kapsamında yapılmış ya da yapılmakta olan anayasa değişikliği (III. Kısım’ın maddelerini de kapsayacak şekilde) hiçbir mahkemede hiçbir neden ile denetlemez.”<sup>138</sup> Fakat bunun üzerine, Hindistan Yüksek Mahkemesi, yapılan bu anayasa değişikliğinin kendisini “temel yapı (*basic structure*)” ile tutarlı olmadığı için anayasaya aykırı olarak kabul etmiştir.<sup>139</sup> Dolayısıyla buradan anlaşılmaktadır ki; Hindistan Yüksek Mahkemesi, bu alanda yapılan Anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini haiz olduğunu kabul etmiştir.<sup>140</sup>

Ayrıca, 1993 Güney Afrika Geçici Anayasasında, Güney Afrika Anayasa Mahkemesine önerilen Güney Afrika Anayasasını gözden geçirme yetkisinin yanı sıra, değişikliklerin anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi veren maddeler de dikkate değerdir.<sup>141</sup> Buna benzer bir yetki daha önceden de 1961 Güney Afrika Anayasası’nda istisnai olarak yargı denetimini mahkemelere vermektedir.<sup>142</sup>

Bazı ölkelerde de, Anayasalarında açık bir şekilde yer almamakla birlikte, Anayasa değişikliklerinin yargı denetimi, o ölkelerin Anayasa Mahkemelerinin yetki sınırları dahilinde kaldığı kabul edilmiştir. Örneğin, Alman, Avusturya ve İtalyan Anayasa Mahkemeleri bu türden bir yetkinin kendilerinde varolduğunu kabul etmektedirler. Bu ölkelerden Avusturya ve İtalyan Anayasa Mahkemeleri sadece şekil bakımından yargı denetimini kabullenirken, Alman Federal Anayasa Mahkemesi ise hem şekil hem de esas bakımından yetki sahibi olduğunu kabul etmektedir.<sup>143</sup> Prensip olarak, anayasa değişikliklerini denetleyebileceği şeklinde, içtihat geliştiren mahkemelerden bir tanesi de Alman Federal Anayasa Mahkemesi

<sup>138</sup> Bkz. Hindistan Anayasası, 42 Nolu Değişiklik, <https://legislative.gov.in/constitution-forty-second-amendment-act-1976>. Erişim: 15.10.2020.

<sup>139</sup> Minerva Mills LTD v. Union of India, AIR 1980 SC 1789.

<sup>140</sup> Bakır ÇAğLAR (1986), “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, s.139.

<sup>141</sup> Bkz. 1993 Güney Afrika Geçici Anayasası m. 71 f 2. “Anayasa Meclisi tarafından kabul edilen yeni anayasa metni veya herhangi bir maddesi, Anayasa Mahkemesi bu metnin tüm maddelerinin 1(a) bendinde atıfta bulunulan Anayasa ilkelelerine uygun olduğunu tasdik etmedikçe, hiçbir hüküm ifade etmez.”

<sup>142</sup> Bkz. Cem EROğUL 1974, age. s. 161, 71 nolu dipnot: “Güney Afrika’da anayasa değişiklikleri, 108. ve 118. maddeleri hedef alan değişiklikler hariç, adi kanunlarla yapılmaktadır. Anayasanın 59/2. maddesi, bu maddelerle ilgili olarak, bu özel usule uyulup uyulmadığına denetleme yetkisini mahkemelere tanımaktadır. Aynı anayasanın 94/2. maddesinde de, 59. Maddede belirtilen mahkemelerin Güney Afrika Yüksek Mahkemesi olduğunu anlatmaktadır.

<sup>143</sup> age. s. 162.

olarak karşımıza çıkmaktadır. Esasen Alman Anayasasında, Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerini düzenleyen 93. maddesinde, anayasa değişikliklerine ve yargı denetimine değinilmemiş olsa da, Alman Federal Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerini denetleme yoluna gitmiştir.<sup>144</sup> Fakat 1950'li yıllardan bu yana, Mahkeme denetlemiş olduğu anayasa değişikliklerinde anayasaya aykırılık tespitinde bulunmamıştır.<sup>145</sup> Ancak daha önce de bahsedildiği üzere; Alman Federal Anayasa Mahkemesi, anayasa normları arasında hiyerarşik bir yapının olduğunu kabul etmektedir.<sup>146</sup>

Avusturya Anayasa Mahkemesi ise anayasa değişikliklerini esas bakımından değil fakat şekil bakımından denetleyebileceğini kabul ederek, çeşitli anayasa değişikliklerini şekil bakımından denetleme yoluna gitmiştir.<sup>147</sup> Mahkeme, 1952 yılında verdiği bir kararda, anayasa hükümlerinin anayasa üstü ilkeler kapsamında denetlenemeyeceğini belirterek, bunun sebebinin ise, bu şekilde yapılacak bir denetim için herhangi bir kriterin var olmadığını not etmiştir. Ancak, mahkeme teklif edilen değişikliğin anayasanın tümüne ilişkin türde bir özelliğe sahip olup olmadığına dair denetleme yetkisine kendisinin sahip olduğunu kabul etmiştir.<sup>148</sup>

İtalyan anayasal sisteminde temel hakların kaynakları konusunda bir açıdan “pozitivizm postulatlarına uygun olarak temel hakları Anayasa ile açıkça öngörülen haklarla” sınırlarken, bir başka açıdan ise, “Anayasanın ikinci maddesinin, Anayasanın öngörmediği durumları da anayasal yörüngeye sokma gücüne sahip olduğunu” kabul etmektedir.<sup>149</sup> İtalyan Anayasa Mahkemesi, anayasa normları arasında hiyerarşik bir yapının bulunduğu fikrinin benimsenmesini ve anayasa normlarının doğal hukuk zemininde denetlenmesi yaklaşımını da kabul etmemiştir.<sup>150</sup>

Bazı anayasalar ise, anayasa değişikliklerinin yargılanabilirliği konusunda “sessiz” olarak nitelendirilmektedir. Bu sessizliğe örnek olarak Fransa Anayasası Mahkemesi gösterilebilir. Öyle ki; Fransız Anayasa Mahkemesi 1961'de, De Gaulle tarafından başlatılan referandumla yapılan bir değişiklik sürecinin 1962 yılında, anayasaya uygunluğunu gözden geçirme yetkisinin bulunmadığı hususunu, Anayasada değişikliğe yönelik yazılı bir yetki verilmediğine dayanarak

<sup>144</sup> Kemal GÖZLER 2008, age. s.22.

<sup>145</sup> Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s.264.

<sup>146</sup> Mehmet TURHAN 1976, agm. s.75.

<sup>147</sup> Kemal GÖZLER 2008, age. s.35.

<sup>148</sup> Mehmet TURHAN 1976, agm. s.77-78.

<sup>149</sup> Bakır ÇAĞLAR 1986, agm. s.14

<sup>150</sup> Mehmet TURHAN 1976, agm. s.78.

savunmuştur.<sup>151</sup> Benzer şekilde, 2003 yılında da Parlamento tarafından yapılan anayasa değişikliklerini, Mahkemede bu türde bir yargı yetkisi bulunmadığı gerekçesi ile denetlenmemiştir.<sup>152</sup>

Anayasa değişikliklerinin denetlenmesi konusunda yargısal yetkiyi kendisinde görmeyen başka ülkelere örnek olarak, Macaristan ve Slovenya verilebilir.<sup>153</sup> Macaristan'da 1997 yılında yapılan bir anayasa değişikliği için Macar Anayasa Mahkemesi'nin 1998 yılında verdiği kararın gerekçesinde, yargı yetkisinin anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğu üzerine genişletemeyeceği şeklinde görüş beyan etmiştir. Benzer şekilde, Slovenya'da, 1996 yılında Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisinin bulunmadığını ifade etmiştir.<sup>154</sup>

Amerika Birleşik Devletleri'nde, Federal Yüksek Mahkeme, anayasa değişikliklerinin denetimi kapsamında, şekil bakımından denetimin uygulanmasını benimsemiştir. Tezin son bölümünde detaylı bir şekilde ele alınacak olan çeşitli davalarda<sup>155</sup> görüldüğü üzere, Amerika Birleşik Devletleri Federal Yüksek Mahkemesi, bugüne kadar yapılan başvurularda, anayasa değişikliklerini şekil bakımından denetlemiş ve anayasa değişikliklerini anayasaya aykırı bulmamıştır.<sup>156</sup> Fakat bu noktada belirtmek gerekir ki; Coleman v. Miller (1939)<sup>157</sup> davasından bu yana, Yüksek Mahkemenin şekil bakımından denetleme iradesi belirsizlik taşımaktadır.<sup>158</sup> Bunun sebebi, Coleman v. Miller davasında, Çocuk İşçiliğine ilişkin Değişikliğin siyasi sorunlardan ötürü, şekil bakımından denetimi reddetmesidir.<sup>159</sup>

İrlanda'da ise, anayasal yargı denetiminde “*melez model(mixed model)*” olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki; anayasal yargı denetimi, İrlanda Yüksek Mahkemesi (*High Court*) ve Üst Mahkeme (*Supreme Court*) tarafından yürütülmektedir. Bu mahkemelerin denetim yetkisi, anayasal metinlerden çıkarımda bulunduğu için, bu yetki genel bir yetkiden ziyade, sınırlı ve özel koşullarda

<sup>151</sup> C. Vicki JACKSON & Jamal GREENE (2011), “Constitutional Interpretation in Comparative Perspective: Comparing Judges or Courts?”, *İçinde Comparative Constitutional Law*, Eds. Tom Ginsburg and Rosalind Dixon (Eds.), s.606-607.

<sup>152</sup> Kemal GÖZLER 2008, age. s.14.

<sup>153</sup> Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s.262-263.

<sup>154</sup> Kemal GÖZLER 2008, age. s.16-17.

<sup>155</sup> Örneğin bkz. Hollingsworth v Virginia, 3 U.S. (3 Dall.) 378 (1798). 379, 382.

<sup>156</sup> Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s.259.

<sup>157</sup> COLEMAN v Miller, 307 U.S. 433 (1939).

<sup>158</sup> Vicki JACKSON 2013, age. s. 56.

<sup>159</sup> Kemal GÖZLER 2008, age. s.33.



uygulanan bir yargı denetimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla, İrlanda’da, anayasada açıkça Yüksek Mahkeme’ye yetki verilmediği için, anayasa değişikliklerinin yargı denetimi, bu mahkeme tarafından yapılamamaktadır.<sup>160</sup> İrlanda Yüksek Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin şekil şartlarına uyması koşulu ile yasama organı tarafından yapılabileceği yönünde görüş bildirmektedir.<sup>161</sup>

Son değerlendirilen ülke olarak, anayasanın yargı denetiminin uygulanmasına Brezilya örneği verilebilir. Brezilya’da Anayasa, sadece anayasanın değiştirilemez hükümlerine (*clausas petreas*)<sup>162</sup> dayanak teşkil edecek hususlarda, Anayasa Mahkemesi’nce anayasa değişikliklerinin denetlenmesinin önü açmıştır.<sup>163</sup>

## 1.6. ANAYASAYA AYKIRI ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ İLE İLGİLİ LİTERATÜR TARAMASI

Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi, kanunların anayasaya uygunluğunun incelenmesi için yapılan uygunluk denetiminde uygulandığı gibi, şekil ve esas bakımından yapılıp yapılamayacağı hususları üzerinden literatürde tatmin edici düzeyde tartışma yürütülmüştür. Önceki bölümlerde ele alınan tartışmaları genişleterek, anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminde esas ve şekil bakımından denetimin leh ve aleyhinde olan görüşlerin belirtilmesi ve ardından değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır.

### 1.6.1. Literatürde Yer Alan Farklı Perspektifler

Carl Schmitt’e göre, bir anayasa değişikliği ancak anayasanın kimliğinin ve bir bütün olarak devamlılığının korunduğu varsayımıyla gerçekleşebilir. Böyle bir değişikliğin sadece dar ilgi alanlarıyla ilgili olması da gerekmemekte ve fakat yönetim içinse önemli sonuçlar doğurabilmektedir. Ancak geleneksel anayasal değişim teorisine göre, hiçbir durumda anayasanın ruhuna veya ilkelerine aykırı olamaz. Dolayısıyla, bir anayasa değişikliği, “*anayasanın kendisini koruması*”

---

<sup>160</sup> age. s.17.

<sup>161</sup> State (Ryan) v. Lemmon (1935) 170I.R.197.

<sup>162</sup> “1988 Brezilya Anayasası’nın 60/4. Maddesine göre devletin federatif yapısını, doğrudan(tek dereceli), gizli, genel ve belli aralıklarla oy ilkesini, kuvvetler ayrılığını ve bireysel hakları ve güvencelerini ortadan kaldırmayı amaçlayan anayasa değişikliği teklifleri görüşülemez”. Bkz. Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s.274, 738 nolu dipnot.

<sup>163</sup> age. s.274.

kaydıyla değiştirilebilir.<sup>164</sup> Aksi durumda anayasaya aykırı anayasa değişikliği gündeme gelmektedir.

Anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri konusu, anayasa hukuku içerisinde oldukça önem arz eden, üzerinde araştırmacıların tartışma yürüttükleri ve halen dikkatleri üzerine çekerek, değerlendirmeler ile zenginleştirilmesi gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda, örneğin; Jackson bir çalışmasında<sup>165</sup>, sınırötesi yasal değerler içeren teorik bir çerçeve çizmektedir. Jackson, çalışmasında anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminin sınırötesi anayasalcılığa nasıl ışık tuttuğunu araştırmakta ve kendisinin belirttiği anayasal meşruiyetin bileşenlerinin usule ilişkin ve esasa ilişkin denetim türlerine farklı şekilde uygulandığını belirtmektedir.

Richard Albert, anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri literatürene katkıda bulunan bir başka araştırmacı olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki, Kanada, Meksika, Güney Afrika ve Amerika Birleşik Devletleri anayasaları üzerinde anayasaya aykırılıklar üzerinde çalışmış ve bunların demokrasi ile olan ilişkilerini ortaya koymaya çalışmıştır.<sup>166</sup>

Pfersmann ise, anayasaya aykırı anayasa değişikliklerine analitik normatifizm açısından değinmiş ve mukayeseli anayasa hukuku çerçevesinde, Avusturya, Fransa, Almanya ve İsrail'den örnekler vermiştir. Pfersmann, mahkemelerin daha alt düzeydeki anayasal hükümleri iptal etmeye yetkili olup olmadığı sorunun hali hazırda, resmi anayasalarda açık bir çözüme kavuşturulmadığını fakat meselenin anayasal yorum yolu ile çözülmesi gerektiği sonucuna varmıştır.<sup>167</sup>

Dixon ve Landau, anayasaya aykırı anayasa değişikliği doktrini üzerine yaptığı literatür taramasında, doktrinin demokratik düzeni tehdit eden bazı anayasa değişikliklerine yanıt olarak, anayasa değişikliklerinin nasıl hem meşru hem de faydalı olabileceğini teorik olarak açıklamışlardır. Fakat onlara göre, mahkemelerin anayasa denetimini aşırı kullanmaları halinde kendi yetkilerini aşabilecekleri sorunu ortaya çıkmaktadır.<sup>168</sup>

---

<sup>164</sup> C. SCHMITT (2008), *Constitutional theory*. (çev. Jeffrey Seitzer), Duke University Press. s. 150.

<sup>165</sup> Vicki JACKSON 2013, age. s. 47, 49.

<sup>166</sup> Richard ALBERT 2017, agm. s.169.

<sup>167</sup> O. PFERSMANN (2012), Unconstitutional constitutional amendments: a normativist approach. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Cilt 67, Sayı 1, s. 81-113.

<sup>168</sup> Rosalind DIXON ve David LANDAU (2015), Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 13, Sayı 3, s.609.

Roznai anayasa aykırı anayasa değişikliklerini anlattığı kitabında, anayasayı değiştirme gücünün doğası ve kapsamından söz ederek eski ya da çağdaş tüm anayasaların değişiklik yapma usulü ile resmen değiştirilebileceğini belirtmiş ve farklı ülke anayasa örnekleri sunmuştur.<sup>169</sup> Amerika Birleşik Devletleri'nde, Federal mahkemelerin anayasayı değiştirme yetkileri üzerine kaleme aldığı bir makalesinde<sup>170</sup> Roznai, mahkemelerin anayasa değişikliklerinde; hakimlerin kanun yapma rolü ile boşlukları doldurması, hukuk kurallarını netleştirilmesi bakımından kilit rol oynadığını kabul etmekle birlikte, Marshfield'in<sup>171</sup> önceden söz ettiği gibi, eyalet mahkemeleri gayri resmi (*informal*) değişikliklerde önemli rol üstlenmektedir. Ancak bu noktada Roznai; resmi (*formal*) anayasa değişikliklerinin sınırlarının varlığının kabul edilmesiyle, kaçınılmaz olarak, mahkemeler tarafından getirilen gayri resmi anayasa değişikliklerine de sınırlar önermektedir.

Bununla birlikte, Roznai ve Yolcu, anayasaya aykırı anayasa değişikliği kapsamında Türkiye'den örnek vererek bir çalışma yapmışlardır. Makalenin konusu; Haziran 2008'de Anayasa Mahkemesi'nin üniversitelerde başörtüsü yasağını kaldırmak için Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilen eşitlik ilkesi ve eğitim hakkı ile ilgili anayasa değişikliğini iptal etmesidir. Buna göre yazarlar, Anayasa Mahkemesi'nin parlamentonun değişiklik yetkisinin asli kurucu yetkiden farklı ve dolayısıyla sınırlı olduğu yönündeki sonucunu kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerini inceleme yetkisinin usule ilişkin bir incelemeyle sınırlı olduğunu ileri sürmektedirler. İlaveten yazarlar, anayasa ile güvence altına alınan laiklik ilkesi ihlal edilmediği için, değişikliğin iptali için hiçbir gerekçe bulunmadığını da iddia etmektedirler.<sup>172</sup>

Ayrıca, literatürde Amerika Birleşik Devletleri Anayasası üzerinden örneklendirmelerde anayasanın değiştirilebilir ya da değiştirilemez olduğu yönünde tartışmalara da rastlanmaktadır. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın

---

<sup>169</sup> Y. ROZNAI (2017), *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press. s. 1, 5.

<sup>170</sup> Y. ROZNAI (2016), "Unconstitutional Constitutional Change by Courts", *New Eng. L. Rev.*, Cilt 51, s.576.

<sup>171</sup> Bkz. J. L. MARSHFIELD (2016). "Courts and Informal Constitutional Change in the States", *New Eng. L. Rev.*, Cilt 51, s. 453.

<sup>172</sup> Y. ROZNAI ve S. YOLCU (2012), "An unconstitutional constitutional amendment—the Turkish perspective: a comment on the Turkish constitutional court's headscarf decision". *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 10, Sayı 1, s. 175-207.

V. Maddesinin<sup>173</sup> anayasa değişikliği üzerinde Linder ve Jackson'ın çalışmaları gösterilebilir. Linder'a göre, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın Anayasa'da gelecekte yapılacak olan değişiklik usullerini belirleyen V. maddesi, değişiklik konusuna getirdiği herhangi bir sınırlamadan ziyade varlığı açısından daha dikkate değerdir.<sup>174</sup> Jackson da çalışmasında, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki siyasi ve anayasal aktörlerin resmi anayasa değişikliğini gerçekleştirmek için popüler olan demokratik süreçlere başvurma konusunda oldukça isteksiz olabileceğini ve özellikle de yargı ve yargı atamalarındaki değişiklikler gibi diğer yollarla anayasa değişikliğine gitmeye çalışıldığının altını çizmektedir. Fakat Jackson'a göre, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nı resmi usüllerle değiştirmek imkansız değil fakat oldukça zordur.<sup>175</sup>

Bernal, Kolombiya bağlamında yürüttüğü araştırmasında, Kolombiya Anayasa Mahkemesi'nin Kolombiya'da anayasanın mahkemeye anayasa değişikliklerini inceleme yetkisini şekil bakımından vermesine rağmen, Mahkeme'nin aldığı bir dizi karar yolu ile, anayasa değiştirme doktrini geliştirdiğini ortaya koymuştur. Bu doktrin ile birlikte, Kolombiya Anayasa Mahkemesi'nin esas bakımından inceleme yaptığını ve bunun da demokrasi ile ilişkisinin değerlendirilmesi üzerine normatif bir argüman ile tartışma yürütmüştür.<sup>176</sup>

Albert, Nakashidze ve Olcay'ın çalışmalarında ise, Fransa, Gürcistan ve Türkiye örnekleri üzerinden anayasaya aykırı anayasa değişikliklerine olan yaklaşımlar ve ilgili doktrini reddederek anayasal bir devlette nelerin kazanılıp, nelerin kaybedildiğini değerlendirmişlerdir. İlaveten yazarlar, bu bağlamda doktrini

---

<sup>173</sup> Kongre, her iki meclisin üçte ikisi gerekli gördüğünde, bu Anayasada değişiklik teklifinde bulunur veya çeşitli eyaletlerin üçte ikisinin yasama meclislerinin uygulanması üzerine, her iki durumda da değişiklik önermek için bir sözleşme çağrısında bulunur. Bu Anayasanın bir parçası olarak, devletlerin dörtte üçünün yasama organları tarafından veya dörtte üçünde sözleşmeler tarafından onaylandığında, belirli veya diğer onay şekli tarafından önerilebileceğinden, tüm niyet ve amaçlar için geçerli olacaktır. Kongre; Binsekizyüzsekiz yılından önce yapılmış olabilecek hiçbir değişikliğin birinci maddenin dokuzuncu bölümündeki birinci ve dördüncü fıkraları hiçbir şekilde etkilememesi kaydıyla; ve hiçbir eyalet, rızası olmadan Senato'daki eşit oy hakkından yoksun bırakılamaz. Bkz. Article V, U.S. Constitution <https://www.archives.gov/federal-register/constitution/article-v.html>

<sup>174</sup> D. LINDER (1981), "What in the constitution cannot be amended", *Ariz. L. Rev.*, Cilt 23, s. 719.

<sup>175</sup> V. C. JACKSON (2015), "The (Myth of Un) amendability of the US Constitution and the Democratic Component of Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 13, Sayı 3, s. 576.

<sup>176</sup> C. BERNAL (2013), "Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine", *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 11, Sayı 2, s.339.

doğrudan reddetme seçiminden ötürü, hem demokrasiyi güçlendiren hem de zayıflatan sonuçları tartışmışlardır.<sup>177</sup>

Otto Bachof, anayasaya aykırılık kavramının kapsamını sadece yasaların anayasaya değil ve fakat anayasa metninde mevcut olan veya anayasaya daha sonra eklenen maddelerin de anayasanın kendisine aykırılık teşkil edebileceğini anlatmaktadır. Bachof'un tespitine göre, özellikle İkinci Dünya Savaşı'nın ardından kabul edilen anayasaların yasama organına karşı olmak üzere, Anayasa Mahkemelerine anayasanın kendisini koruması amacı ile çeşitli yetkilerin tanınmıştır. Bachof, bu anayasalarda anayasaya aykırı değişikliklerin de yargı denetimine tabi olduğunu belirtmektedir. Bachof, hiyerarşik açıdan üstün anayasa normlarının, anayasa normları ile çelişmesi durumunda anayasaya aykırılığın ortaya çıkacağını ve yüksek hiyerarşiye sahip olan anayasa normları ile çelişen bir anayasa hükmünün varlığında, yargı organı tarafından denetlenebileceğini savunmaktadır.<sup>178</sup> Eroğul'un altını çizdiği gibi, Bachof'un bu yaklaşımını Alman Federal Anayasa Mahkemesi 1953 yılında aldığı bir kararla, anayasa kurallarının eşit değere sahip olmadığını kabul ederek desteklemiştir.

Ulusal literatürde, Bachof ile benzer fikri savunan bir diğer araştırmacı da San'dır. San'a göre, anayasa normları arasında bir "aşama sırası" mevcuttur. Dolayısıyla San, aşama sırasında üstün konuma sahip olan bir anayasa ilkesi ile çelişen bir başka anayasa hükmünün mevcudiyeti halinde, söz konusu anayasaya aykırılığın esas denetime tabi olması gerekliliğini savunmaktadır.<sup>179</sup>

Anayasaya aykırı anayasa değişikliğine ilişkin ulusal literatürde Atar, anayasada yer alan normların birbirlerine karşı hiyerarşik bakımından bir üstünlüğünün bulunup bulunmadığı konularını tartışmalı bulmakta ve benzer bir fikir akışı ile meseleyi leyhte ve aleyhte yazarların fikirlere yer vermek suretiyle sorunlu bulmaktadır.<sup>180</sup> Ayrıca, Fendoğlu Anayasa Mahkemelerinin asli veya tali kurucu iktidarın yapmış olduğu yeni anayasa veya anayasa değişikliklerini hiçbir surette esas açısından değerlendiremeyeceğinin altını çizmektedir.<sup>181</sup> Özbudun da Anayasa Mahkemelerinin esas bakımından anayasa değişikliklerinin denetlemesinin mümkün

<sup>177</sup> R. ALBERT, M., NAKASHIDZE ve T. OLCAY (2018), "The Formalist Resistance to Unconstitutional Constitutional Amendments", *Hastings Law Journal*, Cilt 70, s. 639.

<sup>178</sup> Mehmet TURHAN 1976, agm. s.69.

<sup>179</sup> Coşkun SAN 1974, age. s.134.

<sup>180</sup> Yavuz ATAR 1996, age. s.374-375.

<sup>181</sup> Hasan Tahsin FENDOĞLU (2019), *Anayasa Hukuku: Düzeltilmiş ve 2019 Değişikliği Yapılmış Yedinci Baskı*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 145.

olmadığı hususlarını belirtmiştir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesinin şekil yönündene denetimini teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülme yasağı ile sınırlı olduğunun altını çizmiştir.<sup>182</sup>

Onar'a göre de, yöntemine göre yapılan bir anayasa değişikliğinden sonra yürürlüğe girmiş olan yeni bir Anayasa normunun esas bakımından yapılacak denetiminde ölçü olarak neyin alınacağı konusu tartışmalıdır. Yani, ortaya çıkan yeni normun da Anayasanın bir hükmü olmasından ötürü, ancak ve ancak Anayasa üstü bazı ilkelerin mevcudiyetinin ya da Anayasanın bazı normlarının hiyerarşik açıdan diğerlerine nazaran üst derecede bulunduğu fikrinin benimsenmesi gerekmektedir.<sup>183</sup>

Bu araştırmacıların anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin normlar arasındaki hiyerarşi temelinde esas bakımından denetiminin mümkün olabileceği şeklindeki fikirlere karşı çıkan diğer bir grup araştırmacı da bulunmaktadır. Örneğin Turhan'a göre, San'ın anayasa normları arasında olduğunu varsaydığı hiyerarşi aslında bulunmamaktadır.<sup>184</sup> Bunun sebebi ise, Eroğul'un da belirttiği gibi, yazılı anayasa sisteminin şekle içerikten daha fazla önem vermesi özelliğinin bulunması ve yazılı anayasalarda her hukuk kuralının kendine has şeklinin belirlediği usule uygun bir şekilde değiştirilebileceği ve bu bakımdan içeriğin önem arz etmemesidir.<sup>185</sup>

Literatürde hakim olan bir diğer tartışma konusu, anayasa mahkemelerinin, anayasaya aykırı anayasa değişikliklerini denetleme yoluna gitmeleri ile demokrasi arasındaki ilişkinin hangi yöne evrildiği üzerine yapılmıştır. Bu kapsamda, literatürde hakim olan görüş, Anayasa Mahkemelerinin proaktif tutumlarının genel itibari ile, demokrasi üzerinde zayıflatıcı etkisinin olduğu yönündedir. Bunun gerekçesi olarak ise, halk egemenliğine dayanarak yapılan anayasa değişikliklerinin, atanmış Yüksek Mahkeme üyeleri tarafından denetlenmesi gösterilmektedir. Bu noktada Anayasa Mahkemesi kararları için özellikle Amerikan Anayasa Hukukunda sıklıkla kullanılan yargısal aktivizm terimi ile anayasa denetimi bağdaştırılmakta ve anayasa mahkemelerinin anayasa aykırı anayasa değişiklikleri üzerinde yürüttükleri denetimin yargısal aktivizm kapsamına alınabileceği belirtilmektedir. Bu noktadaki görüşümüz ise; Anayasa Mahkemesinin aktivizmini, temel hakların genişletilmesi ve sağlamlaştırılması yönünde kullanmasını önermektedir.

<sup>182</sup> Ergun ÖZBUDUN 2018, age. s.380.

<sup>183</sup> Erdal ONAR 1993, age. s.-132-135.

<sup>184</sup> Mehmet TURHAN 1976, agm. s.68.

<sup>185</sup> Cem EROĞUL 1974, age. s.15.

Esas bakımından denetim yetkisini savunan yazarlar iki ana fikir etrafında toplanmışlardır. Buna göre, ilk ana fikir, anayasanın bazı normlarının diğerlerinden daha önemli olduğuna ilişkin tezin üzerine bina edilmiştir. Bu ilk fikre karşı çıkanlar, gerekçe olarak, Kelsen'in hukuk düzeni piramidinde olduğu gibi, bir normun, sadece kendisinden üst seviyede bir başka norma aykırılık teşkil etmesi halinde geçersiz sayılabilmesi durumu mümkündür. Kendi seviyesindeki normlarla ise bu ilişki söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla, şeklen uygun bir anayasa normunun kendisi ile eşit seviyedeki bir anayasa normu ile aykırılık durumu olağan görünmemektedir.

Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenebilmesini savunan yazarların ikinci ana fikri ise, anayasa üstü bazı ilkelere dayanmak ve yapılmış olan değişiklikleri bu ilkeler açısından değerlendirmektir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilen<sup>186</sup> tabi adalet, objektif ahlak normları ve supra-pozitif temel normlar olarak Türkçe literatüre çevrilen kavramlar, anayasa üstü normlar olarak anılabilmektedir. Esas bakımından denetimi savunan araştırmacılar, anayasa değişikliklerinin anılan anayasa üstü normlar kapsamı dahilinde denetlenebileceğini savunurken, bu fikrin aleyhinde görüş sunan araştırmacılar ise, bu normların neler olabileceğinin ve nasıl bir ölçüt geliştirilebileceğinin tartışmalı olduğunu belirtmektedirler.

## **1.7. TÜRKİYE’ DE ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNE İLİŞKİN ANAYASALARDAKİ DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Türkiye’de anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin denetlenmesine ilişkin tarihsel gelişim, sırası ile bu anayasaların değiştirilmesine yönelik yapılan anayasal düzenlenmeleri incelemek suretiyle ele alınacaktır. Bu kapsamda, 1876 Anayasası (Kanuni Esasi), 1924 Anayasası, 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası’nda yer alan anayasayı değiştirmeye yönelik düzenlemeler incelenecektir. Anayasanın katılığı veya üstünlüğü ile ilgili herhangi bir hükmün yer almadığı ve bu anlamda esnek bir anayasa olan 1921 Anayasası’nda anayasa değişikliğine ilişkin bir hüküm yer almadığı için ayrıca ele alınmayacaktır. 1921 Anayasası’nda anayasayı değiştirmek

<sup>186</sup> Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 18 Aralık 1953 tarihinde verdiği bir kararda, sadece bir kanunun değil fakat bir anayasa normunun dahi pozitif hukukun üstünde yer alan ilkelere veya daha yüksek bir anayasa normuna uygunluğunu denetleyebileceğini kabul etmiştir. Mahkeme, nadir de olsa anayasadaki pozitif kurallarla, doğal hukuk arasında çelişkinin olabileceğini de not etmiştir. Öyle ki; Mahkeme birçok kararında “supra pozitif temel normlar”, “doğal adalet”, “adaletin temel postülatları”, “objektif ahlakın normları” gibi terminolojik bir ifade dili kullanma yoluna gitmiştir. Bkz. Mehmet TURHAN 1976, agm. s.75 ve 6 numaralı dipnot.

için yasama organında nitelikli çoğunluk şart koşulmamış yani anayasa değişikliği alelade kanun değişikliği usulüne bağlanmıştır.<sup>187</sup> Diğer Türk Anayasalarından farklı bir yeri bulunan ve “Teşkilatı Esasiye Kanunu” adını da taşıyan<sup>188</sup> 1921 Anayasasının değiştirilmesinde kanun değişikliğine göre zorlaştırıcı şart olmadığı için, yumuşak anayasa<sup>189</sup> olarak adlandırılmaktadır.<sup>190</sup>

### 1.7.1. 1876 Anayasası’ndaki (Kanun-i Esasi) Düzenlemeler

1876 Anayasası (Kanun-i Esasi), değiştirilebilmesi açısından ele alındığında, katı bir anayasa olarak tanımlanmaktadır.<sup>191</sup> Bu anayasanın değiştirilmesi usulünü ele alan madde 116 uyarınca, anayasada değişiklik teklifinde bulunmaya Bakanlar Kurulu, Heyet-i Mebusan ve Heyet-i Ayan yetkili kılınmıştır.<sup>192</sup> Kanun-i Esasi m.115’ göre, “Kanun-i Esasi’nin bir maddesi bile hiçbir sebep ve bahane ile tatil veya icradan iskat edilemez” hükmüne yer verilmekle beraber, yargısal denetime yer verilmemiştir. Yine Kanun-i Esasi m.64’e göre Heyet-i Ayan, ve Heyet-i Mebusan tarafından kabul edilen kanun teklif ve tasarılarını “Kanun-u Esasi ahkamina” uygunluk bakımından inceleyerek, buna aykırı “bir şey görür ise mütalaasının ilavesiyle ya kat’iyen red veyahut tadil ve tashih olunmak üzere Mebusan’a iade eder”. Buradan anlaşıldığı üzere, Kanun-i Esasi, Ayan Meclisi’nce yapılacak bir siyasi denetimi öngörmektedir.<sup>193</sup>

Anlaşıldığı üzere, Kanun-i Esasi, anayasa değişikliği teklifi yetkisini hükümete vermiştir. Bununla birlikte ise, üyelerin kendilerinin de değişiklik teklifinde bulunma yetkisi bulunmamaktadır. Şayet üyelerin bireysel değişiklik taleplerinin, öncelikle kendi meclislerinde görüşülmesi ve basit çoğunluk ile kabul edilmesi durumunda, söz konusu meclisin anayasa değişiklik teklifine dönüşmesi ve sürecin bunun ardından başlaması mümkün hale gelmektedir. Değişiklik teklifi eğer

<sup>187</sup> Volkan HAS (2009), *Anayasayı Değiştirme Süreci*, Adalet Yayınevi, Ankara, s.4.

<sup>188</sup> 1921 ve 1924 Anayasaları bu adı taşımaktadır. 1945 yılında Teşkilatı Esasiye Kanunu’nun Türkçeleştirilme kapsamında karşılığı anayasa sözcüğü olarak dilimize girmiştir. Dolayısıyla, 1961 ve 1982 metinleri anayasa adını taşımaktadır. Mehmet TURHAN (1997), *Anayasal Devlet*, Gündoğan Yayıncılık, s.10.

<sup>189</sup> Örneğin, İngiliz anayasal metinleri, 1848 İtalyan Anayasası, 1921 Türk Anayasası: FENDOĞLU (2019), age., s.66.

<sup>190</sup> Seyfettin KARA (2017), “Hukukumuzda Anayasa Değişikliği Teklifinin İvedilikle Görüşülmesi Yasağı ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında İncelenmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 31, s. 518.

<sup>191</sup> Kemal GÖZLER (2018), *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayıncılık, Bursa. s. 56

<sup>192</sup> Yavuz ATAR (2002), *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Önceki Anayasalar*, Mimoza Yayıncılık, Konya, s.209.

<sup>193</sup> Ergun ÖZBUDUN 2018, age. s.366-367.



Heyet-i Ayan'dan gelmiş olsa dahi, ilk önce Heyet-i Mebusan'da görüşülecek ve kabulü için üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu aranacaktır. Yine de bahsi geçen çoğunluk ile kabul edilen bir değişiklik teklifine yönelik Padişah mutlak veto yetkisine sahiptir.<sup>194</sup>

Kanun-i Esasi'nin tesis ettiği sistemde, tali kurucu iktidar, Meclis-i Umumi ve Padişah arasında bölüşülmektedir. Padişah, tali kurucu iktidarı kendi başına kullanmakta fakat, Meclis-i Umumi bu güce sahip ama yine de yaptığı değişikliklerin geçerliliği için Padişah'ın onayına ihtiyaç duymaktadır.<sup>195</sup> Anlaşıldığı üzere, 1876 Anayasası'nda onay yetkisi Padişaha aittir ve bu yetki mutlaktır. Bu bakımdan, 1876 Anayasası, 1831 Belçika Anayasası'nı örnek almıştır. 1876 Anayasası'nın esinlendiği bir diğer anayasa ise 1875 Fransız Anayasasıdır. Teklif aşamasında söz konusu üç anayasa arasında bir fark gözetilmemiştir. Fakat, karar aşamasında 1876 Anayasası, 1831 Belçika Anayasası'na değil 1875 Fransız Anayasasını örnek almıştır.<sup>196</sup>

### 1.7.2. 1924 Anayasası'ndaki Düzenlemeler

1876 Anayasası (Kanun-i Esasi) den sonra önceden de belirtildiği üzere, 1921 Anayasası'nda anayasa değişikliğine ilişkin hüküm bulunmamasından ötürü, sıra 1924 Anayasası gelmektedir. Bu anayasa, 1876 Anayasası'nda olduğu gibi, anayasa değişikliğine ilişkin düzenlemelere yer vermiş ve sert anayasa sistemini benimsemiştir.

1924 Anayasası'nda anayasa değişikliği m.102'de belirtilmiştir. Bu maddeye göre, “*değişiklik teklifinin Meclis tam üye sayısının en az üçte biri tarafından imzalanması şarttır.*” Bu durum 1876 Anayasası ile karşılaştırıldığında, görülmektedir ki; anayasa değişikliğinin teklifinde, 1876 Anayasası'nda bunu tek üyenin teklif etmesi üzerine, Heyet-i Mebusan veya Heyet-i Ayan'ın mutlak karar çoğunluğunun kabulü aranırken, öneri safahasında 1924 Anayasası'nda Meclis üye tamsayısının en az üçte birinin bu teklifi sunması kabul edilmiştir.<sup>197</sup> 1924 Anayasası'nda teklif sunanların sayısının arttırılması hüküm altına alınmış ve bunun yanında ise, yürütmenin bu yetkisi kaldırılmıştır. Fakat her iki anayasada da karar

<sup>194</sup> Volkan HAS 2009, age. s.4

<sup>195</sup> Kemal GÖZLER 2018, age. s. 56-57.

<sup>196</sup> Cem EROĞUL 1974, age. s.128.

<sup>197</sup> Volkan HAS 2009, age. s.4-5.

nisabı açısından bir fark tesis edilmemiştir. Öyle ki, 1924 Anayasası da 1876 Anayasası'nda olduğu üzere, yasama organının üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunun kabulü şartını benimsemiştir. Burada tek fark, 1876 Anayasası'nda yasama organının ikili yapıda iken 1924 Anayasası'nda tekil olması yani, 1876 Anayasası'nda 1875 Fransız Anayasası'nda olduğu gibi<sup>198</sup> her iki meclisin de üçte iki çoğunluğunun aranmasıdır. 1876 Anayasası ile 1924 Anayasası'nda anayasayı değiştirme usulü açısından en önemli fark, onay aşamasında görülmektedir. 1876 Anayasası'nda hükümdara mutlak veto yetkisi düzenlemiş fakat 1924 Anayasası'nda yürütmeye bu hususta yetki verilmemiştir. Bununla birlikte, iki anayasa arasında bir diğer kaydadeğer farklılık ise, 1924 Anayasası'nın değiştirme usulünün 1876 Anayasası'nda bulunmadığı şekilde, “teklif yasağı” tesis etmesidir. 1924 Anayasası m.102'ye göre, devlet şeklini cumhuriyet olarak belirleyen birinci maddesinin değiştirilmesi teklif olarak sunulması yasaklanmıştır. Burada, 1924 Anayasası yine 1875 Fransız Anayasası'ndan etkilenmiştir.<sup>199</sup>

1924 Anayasası teklif sunulması aşamasında daha yüksek sayıda imzayı zorunlu kılması ve bu yönü ile değiştirilmesi zor bir anayasa olmasına rağmen, 1960 yılına kadar yedi anayasa değişikliğine konu olmuştur. Bu değişikliklerden ilkinde 1924 Anayasası md. 2, md. 16, md. 38, md.26 kapsamında yapılan değişiklikler ile laiklik üzerine değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bu anayasanın ikinci değişikliğinde ise bütçe tasarısının meclise sunulma tarihinin değiştirilmesi konu edilmiştir. Üçüncü değişiklik kapsamında, Türk kadınlarına ilk defa seçme ve seçilme hakkı verilmekte ve dördüncü değişiklikte, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin ilkeleri olarak “cumhuriyetçilik, milliyetçilik, halkçılık, devletçilik, laiklik ve inkılapçılık” kabul edilmiş ve bununla birlikte, bakanlıkların yanı sıra siyasi müsteşarlıkların kurulması sağlanmıştır. Beşinci değişiklik kapsamında, siyasi müsteşarlıklara ilişkin maddeler eski haline döndürülmekte ve bakanlıkların özel kanunla kurulacağı kabul edilmektedir. Altıncı değişiklikte, sadece anayasa tümüyle dil çevirisine uğramış ve son değişiklikte de dil bakımından yine eski haline dönmüştür.<sup>200</sup> Söz konusu değişikliklere ilişkin bilgiler Tablo 1.'de gösterilmektedir.

<sup>198</sup> Detaylı bilgi için bkz: K. LOEWENSTEIN (1940), “The Demise of the French Constitution of 1875”, *American Political Science Review*, Cilt 34, Sayı 5, s. 867-895.

<sup>199</sup> Cem EROĞUL 1974, age., s.133-134. Ayrıca bkz: L. DERFLER (1966), *The Third French Republic, 1870-1940*, no. 87, Van Nostrand.

<sup>200</sup> Cem EROĞUL 1974, age. s.134-137.

**Tablo 1.** 1924 Anayasası'nda Yapılan Değişikler

Değişiklik Sırası	Değişiklik Tarihi	Değiştirilen Anayasa Maddeleri	Değişikliğin Kapsamı
1. Değişiklik	10 Nisan 1928	md. 2, md. 16, md.38, md.26	Laiklik temelli konular
2. Değişiklik	10 Aralık 1931	md.95	Bütçe tasarısı
3. Değişiklik	5 Aralık 1934	md.10, md.11	Türk kadınlarına seçme ve seçilme hakkı verilmesi
4. Değişiklik	5 Şubat 1937	md.2, md. 44, md.47, md.49, md.50., md.61, md.74, md.75	T.C. Devleti'nin ilkeleri ve Siyasi Müsteşarlıkların kurulması
5. Değişiklik	29 Kasım 1937	md. 44, md.47, md. 48., md.49, md.50., md.61,	Siyasi Müsteşarlıkların iptali ve Bakanlıkların kuruluşu
6. Değişiklik	10 Ocak 1945	Tüm maddeler	Tümüyle çeviri yapılması- değişikliğin sadece dil temelli olması
7. Değişiklik	24 Aralık 1952	Tüm maddeler	Tümüyle geri çeviri yapılması- değişikliğin sadece dil temelli olması

Kaynak: Cem EROĞUL (1974), *Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi)* Sevinç Matbaası, Ankara, s. 134-137.

### 1.7.3. 1961 Anayasası'ndaki Düzenlemeler

1924 Anayasası'na 27 Mayıs 1960 tarihinde son verilip, yeni bir anayasanın kabul edildiği tarih olan 9 Temmuz 1961'e kadar Türkiye'de geçici bir düzen kurulmuş<sup>201</sup> ve bu kısa süre ise 12 Haziran 1960'da kabul eden kanun<sup>202</sup> ile geçirilmiştir. Anayasa değişiklikleri niteliği açısından geçici olan bu dönemi değil, fakat takibinde kabul edilen 1961 Anayasası döneminin üzerinde durmak daha faydalı olacaktır.

Genel olarak incelendiğinde, 1961 Anayasası,<sup>203</sup> anayasa değişikliği açısından 1924 Anayasası'nı temel almakta fakat bu dönemde artık TBMM'nin çift meclisli olması durumu bulunmaktadır.<sup>204</sup> Bu kapsamda, 1961 Anayasası, anayasayı değiştirme usulünü md.155'de düzenlemiştir.<sup>205</sup> Buna göre, teklif yetkisi TBMM

<sup>201</sup> age. s. 137.

<sup>202</sup> Detaylı bilgi için Bkz: M. ŞENTOP (2020), "Bir Kanununun Tahlili: 7248 Sayılı Kanun Nedir, Ne Değildir?", *Yasama Dergisi*, Sayı 42, s. 97-130.

<sup>203</sup> Detaylı bilgi için Bkz: B. TUNÇ (2020), "Türk Anayasa Tarihinde 1961 Anayasası'nın Yeri ve Önemi". *Karadeniz Araştırmaları*, Sayı 67, s. 657-692.

<sup>204</sup> Cem EROĞUL 1974, age. s. 144.

<sup>205</sup> Volkan HAS 2009, age. s.6.

üyelerinin üçte birine aittir. Teklif yetkisi açısından üyelerin çift meclisli yapıda<sup>206</sup> hangi meclisten oldukları hususu ise önem arz etmemektedir. Dolayısıyla 1961 Anayasası kendisinden önceki çift meclisli dönemlerden bu özellik bakımından ayrılmaktadır.<sup>207</sup> Yani 1876 Anayasası'ndaki değişiklik teklif yetkisi Heyet-i Umumi'yi oluşturan iki meclise ayrı ayrı tanınmışken, 1961 Anayasası'nda teklif yetkisi bakımından TBMM tek bir meclis olarak kabul edilmiştir.<sup>208</sup>

Anayasa değişiklik tekliflerinin karar aşamasında ise 1961 Anayasası, 1876 Anayasası'ndaki uygulamayı kabul etmek suretiyle, Meclislerin ayrı ayrı üye tamsayılarının üçte ikisinin çoğunluğunu aramaktadır. Görüldüğü üzere, 1961 Anayasası, 1924 Anayasası değil fakat 1876 Anayasası'nda olduğu gibi, anayasa değişiklik teklifinin kabul kararı için her iki Meclis'in üçte iki çoğunluğunu şart koşturmaktadır. Fakat, konuya sadece oran açısından yaklaşıldığında, aynı oranın hem 1876 Anayasası, hem 1924 Anayasası hem de 1961 Anayasası'nda sabit ve aynı olduğu görülmektedir.<sup>209</sup>

Anayasa değişikliklerinin onayı hususunda ise, 1961 Anayasası, 1924 Anayasası'nda olduğu gibi herhangi bir onay aşaması belirlememiştir. 1961 Anayasası md. 93'e göre, Cumhurbaşkanına kanunları geri gönderme yetkisi tanınmakta ve yine md. 93'te anayasa değişikliklerine ilişkin kanunlar, bahsi geçen geri gönderme yetkisi dışında tutulmuştur. Halkoylamasına götürme ise, sadece anayasanın yapılması için uygulanabileceği düşünülmüş ve fakat anayasa değişiklikleri için öngörülmemiştir.<sup>210</sup> Ayrıca, 1924 Anayasasında var olan değiştirme yasağına 1961 Anayasası'nda da rastlamak mümkündür. 1961 Anayasası'nın 9. Maddesi, bu defa madde numarası yer almaksızın Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmünün değiştirilemeyeceğini ve değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceğini belirtmektedir.<sup>211</sup> 1961 Anayasası'nda yapılan değişiklikler Tablo 2.'de gösterilmektedir.

---

<sup>206</sup> Detaylı bilgi için Bkz: B. YAVUZ ve M. BÜLBÜL (2012), "Çift meclis sistemi ve Türkiye", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Sayı 1, s. 217-260.

<sup>207</sup> Cem EROĞUL 1974, age. s. 144.

<sup>208</sup> Volkan HAS 2009, age. s.6.

<sup>209</sup> Cem EROĞUL 1974, age. s. 144

<sup>210</sup> Volkan HAS 2009, age. s.7.

<sup>211</sup> Erdal ONAR 1993, age. s.8.

**Tablo 2.** 1961 Anayasası'nda Yapılan Değişikler

Değişiklik Sırası	Değişiklik Tarihi	Değiştirilen Anayasa Maddeleri	Yürürlükten Kaldırılan Maddeler	Eklenen Maddeler
1. Değişiklik	6 Kasım 1969	md. 68	Geçici md. 11.	-
2. Değişiklik	17 Nisan 1970	md.73	-	Geçici md. 11.
3. Değişiklik	17 Nisan 1970	md. 131	-	-
4. Değişiklik	30 Haziran 1971	md.56, md.82	-	-
5. Değişiklik	20 Eylül 1971	md.11,15,19,22, 26,29,30, 32,38,46,61,64,89, 110, 111,114,119,120,1 21,124, 127,134,137,138,1 40,143, 144,145,147,149, 151,152	-	Geçici md.12, 13,14,15,16, 17,18,19,20.
6. Değişiklik	15 Mart 1973	md.30 f.4, md.57 f.2. f.3, md.138 f.4., md.148, f.2.	-	md.136 f.2,3,4, 5,6,7. Geçici md.21, 22.
7. Değişiklik	16 Nisan 1974	md. 68	Geçici md. 11.	

Kaynak: EROĞUL age.,s. 149-160. ; Çoban, age., s.132. Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 114.

1961 Anayasası'nda yer alan değişikliklere kısaca değinmek gerekirse, birinci değişiklik ile 68. maddeden çıkarılan kelimelerle, hüküm giymiş ve daha sonra affa uğramış olan vatandaşların da milletvekili seçilmeleri mümkün hale getirilmiştir. Kaldırılan geçici 11. madde ile 9 Temmuz 1961'den önce affa uğramış olanlara seçilme hakkı tanınmakta fakat yüz kızartıcı bir suçtan dolayı hüküm giyenlerin hariç tutulduğu için, bu maddenin kaldırılması ile milletvekili seçilme kapsamı genişletilmiştir. 1970 yılında yapılan ikinci değişiklik ile eklenen 3. ve 4. fıkraların<sup>212</sup> kapsamı seçim yapma sıklığını belirlemek olduğu için tekrar tekrar seçim yapılmasının önüne geçmek amaçlanmıştır. İkincisi ile aynı tarihi taşıyan üçüncü değişikliğin kapsamı ise 131. madde ile sınırlı olup, kapsamı ise ormanların korunmasının yanında orman köylülerin de ekonomik anlamda gözetilmesi ve kuralların esnetilmesi şeklindedir. 1971 müdahalesini takiben dördüncü değişiklik kapsamında, siyasi partilere Hazine yardımı prensibi kabul edilmiş ve milletvekili

<sup>212</sup> 1961 Anayasası Md.73. f. 3.: "Millet Meclisi genel seçimlerinin yapılacağı yıla rastlayan yenileme seçimleri, Millet Meclisi genel seçimleriyle birlikte ve rastlamayanlar ise, genel seçimlerden sonra gelen ikinci yılda , genel seçimler için kanunun belirttiği ayda yapılır." ; f.4: "74. maddeye göre seçimlerin geriye bırakılması yahut 69. Veya 108. maddeye göre seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi hallerinde, Cumhuriyet Senatosu'nun yenileme seçimleri de Millet Meclisi seçimleriyle birlikte yapılmak üzere geriye bırakılmış veya öne alınmış olur. Bundan sonra Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimleri 3. Fıkra hükümlerine göre yapılır."

maaşlarına yapılacak zamma ilişkin halihazırda bulunan bir fıkranın çıkarılması uygun görülmüştür. 1961 Anayasası'nda şu ana kadar yapılmış en kapsamlı değişiklikler ise, beşinci değişiklik ile uygulanmıştır. Öyle ki, 35 madde değiştirilmiş ve 9 geçici madde eklenmiştir. Kısaca değinmek gerekirse, bu değişikliklerin temas ettiği önemli hususlar bulunmaktadır. Bu değişiklikler esas olarak temel hak ve hürriyetlerin kapsamının daraltılması, hükümete kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin tanınması, gensoruyu yeniden düzenlemesi, özerk kuruluşlarının yetkilerinin daraltılması, Silahlı Kuvvetlerin yetkilerinin arttırılması, ayrıca Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi, Askeri Yagıtay gibi Yüksek Mahkemelere çeşitli yollardan etki edecek kuruluş ve yetkilerine dönük düzenlemeler getirmesi yer almaktadır.<sup>213</sup>

#### **1.7.4. 1982 Anayasası'ndaki Düzenlemeler**

Değiştirilmesi bakımından 1961 Anayasası ile kıyaslandığında daha katı olan 1982 Anayasası'nda hiçbir şekilde değiştirilemeyecek ve değiştirilmesi teklif edilemeyecek olan hükümlerin kapsamı genişletilmiştir.<sup>214</sup> Bu konuya ilişkin inceleme ve değerlendirmeler ilerleyen bölümlerde yapılacaktır. Bu bağlamda, 1982 Anayasası'nda anayasayı değiştirme usulüne ilişkin olarak 175. madde yer almaktadır. Bu anayasa maddesi ise 1987 yılında değişikliğe uğramıştır. Bu kapsamda ilgili maddeyi 1987 öncesi ve sonrası olarak iki ayrı dönemde incelemekte fayda bulunmaktadır.<sup>215</sup>

Öncelikle 1987 yılında yapılan değişiklik öncesindeki durum incelendiğinde; 1982 Anayasası'nın 1924 ve 1961 Anayasası'larında olduğu aynı şekilde teklif yeter sayısı kabul edilmiştir. Yani Anayasa'nın değiştirilmesi, TBMM üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazılı olarak teklif edilebilmektedir. Ayrıca sunulan teklifin kabulü için öngörülen nisap ise 1876, 1924 ve 1961 Anayasalarında olduğu gibi, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu olacak şekilde kararlaştırılmıştır. Bununla birlikte, 1982 Anayasası önceki anayasalardan onay aşaması açısından farklılaşmaktadır.<sup>216</sup> Öyle ki; bu anayasada onay yetkisi, Cumhurbaşkanı ve gerek görüldüğünde halkın

<sup>213</sup> Cem EROĞUL 1974, age., s. 149-160. Ayrıca detaylı bilgi için bkz: M. SALEP (2019), Siyasi ve Hukuki Açından 1961 Anayasası'nda Yapılan Değişiklikler (1969-1974), *Turkish Studies-Historical Analysis*, Cilt 14, Sayı 2, s. 327-357.

<sup>214</sup> Ergun ÖZBUDUN 2018, age. s.59.

<sup>215</sup> Volkan HAS 2009, age. s.10.

<sup>216</sup> Bkz. Bülent TANÖR ve Necmi YÜZBAŞIOĞLU (2020), *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul.

kendisi tarafından kullanılabilir. Bu durum kapsamında Cumhurbaşkanı, Anayasa değişikliklerini kanun değişikliklerinde olduğu gibi, bir kez daha görüşülmek üzere TBMM'ye geri gönderirse ve TBMM bu kanunu aynen kabul ettiği takdirde, ilgili kanunu halkoymasına sunma yetkisine sahiptir.<sup>217</sup>

Önceden de belirtildiği üzere, 1987 yılında anayasanın değiştirilmesi usulünü düzenleyen 175. madde değiştirilmiştir. Yapılan değişiklik sonrası, teklif yetersayısı, üye tamsayısının üçte biri olarak kabul edilmiş ve hükümete anayasa değişiklik teklifinde bulunma yetkisi halen tanınmamıştır. Yapılan değişiklik kapsamında, ilk defa yeni bir karar nisabı getirilmiş ve çeşitli durumlarda üye tamsayısının beşte üçü ile anayasa değişikliği yapabilmek mümkün hale gelmiştir. İlaveten, 1982 Anayasası'nda bulunan hem Cumhurbaşkanı'nın anayasa değişikliklerini geri gönderme yetkisi hem de ardından halkoymasına sunma yetkisi devam ettirilmekle birlikte, kapsam açısından bu yetkilerin niteliğinde bazı değişiklikler öngörülmüştür. Bu kapsamda, Has'a göre 1987 değişikliği yapılmadan önce de bulunan geçici 9. madde hükmü hariç, Cumhurbaşkanı'nın geciktirici veto özelliğindeki yetkisi,<sup>218</sup> değişiklikten sonra üye tamsayısının üçte ikisi ile kabul edilmiş anayasa değişiklikleri açısından geciktirici vetonun korunmasının yanında, üye tamsayısının beşte üçü ile kabul edilmiş anayasa değişiklikleri açısından güçleştirici veto niteliğine sahip olmuştur. Bunun nedeni ise, 1987 değişikliğinden önce salt ihtiyari özelliğe sahip olan halkoymasının bu niteliği, üye tamsayısının beşte üçü ile kabul edilmiş olan anayasa değişiklikleri açısından zorunlu hale dönüşmüştür. Ancak, üye tamsayısının üçte ikisi ile kabul edilmiş anayasa değişiklikleri açısından ise korunması durumu esastır.<sup>219</sup>

1982 Anayasası'nda iki tanesi iptal edilen toplam 20 değişiklik yapılmıştır.<sup>220</sup> Bu değişiklikler Tablo 3.'de gösterilmektedir.

---

<sup>217</sup> Volkan HAS 2009, age. s.11.

<sup>218</sup> Detaylı bilgi için bkz. Kemal GÖZLER 2018, age. s.1183-1185.

<sup>219</sup> HAS (2009), age., s.16-17.

<sup>220</sup> ÖZBUDUN (2018), age.,s.68.

**Tablo 3.** 1982 Anayasası'nda Yapılan Değişikler

Değişiklik Sırası	Değişiklik Tarihi	Kanun No.
1.Değişiklik	17 Mayıs 1987	3361 Sayılı Kanun
2.Değişiklik	8 Temmuz 1993	3913 Sayılı Kanun
3.Değişiklik	23 Temmuz 1995	4121 Sayılı Kanun
4.Değişiklik	18 Haziran 1999	4388 Sayılı Kanun
5.Değişiklik	13 Ağustos 1999	4446 Sayılı Kanun
6.Değişiklik	03 Ekim 2001	4709 Sayılı Kanun
7.Değişiklik	21 Kasım 2001	4720 Sayılı Kanun
8.Değişiklik	27 Aralık 2002	4777 Sayılı Kanun
9.Değişiklik	07 Mayıs 2004	5170 Sayılı Kanun
10.Değişiklik	21 Haziran 2005	5370 Sayılı Kanun
11.Değişiklik	29 Ekim 2005	5428 Sayılı Kanun
12.Değişiklik	13 Ekim 2006	5551 Sayılı Kanun
13.Değişiklik	10 Mayıs 2007	5659 Sayılı Kanun
14.Değişiklik	31 Mayıs 2007	5678 Sayılı Kanun
15.Değişiklik	16 Ekim 2007	5697 Sayılı Kanun
16.Değişiklik	09 Şubat 2008 (05 Haziran 2008-AYM iptali)	5735 Sayılı Kanun
17.Değişiklik	07 Mayıs 2010 (07 Temmuz 2010- AYM Kısmi İptali)	5982 Sayılı Kanun
18.Değişiklik	17 Mart 2011	6214 Sayılı Kanun
19.Değişiklik	20 Mayıs 2016	6718 Sayılı Kanun
20.Değişiklik	21 Ocak 2017 Kanun - 16 Nisan 2017(Halkoylaması)	6771 Sayılı Kanun

Kaynak: K. GÖZLER 2018, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayıncılık Bursa, s. 125-126; E. Özbudun 2018, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, s.68-69.

1982 Anayasası'nda yapılan yirmi değişiklik içinde sonuçları bakımından görece daha önemli olanlar hakkında kısaca bilgi verilebilir. Buna göre, 1995 yılında değişikliklerin kapsamında, sendikal faaliyeti sınırlandıran madde (md.52) yürürlükten kaldırılmış, seçme yaşı 21'den 18'e indirilmiş (md.67/3), üniversite öğretim elemanları ve öğrencilere siyasi partilere üye olma hakkı getirilmiştir (md.68). 2001 yılı anayasa değişikliği ile temel hak ve hürriyetler güçlendirilmiştir (örneğin md.13). 2007 yılı anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının seçim usulüne



ilişkin değişiklik yapılmıştır. 2010 yılı değişikliği ile, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı tanınmış, AYM ve HSYK'nın yapısında değişiklikler yapılmış ve çeşitli üst kurullar kurulmuştur. 2017 yılı değişiklikleri ile, 1982 Anayasası'ndaki en kapsamlı ve önemli değişiklikler kapsamında, hükümet sistemi değiştirilmiştir.<sup>221</sup>

## 1.8. TÜRKİYE'DE ANAYASA YARGISININ ORTAYA ÇIKIŞI VE GELİŞİMİ

Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde araştırılan Türkiye'de anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine temel olmasından ötürü, anayasa yargısının doğuşu ve gelişimi, kısaca 1961 Anayasası'nın kabul edildiği zaman referans alınarak, 1961 öncesi ve sonrası olacak şekilde iki dönemde ele alınmaktadır.<sup>222</sup>

### 1.8.1. 1961 Anayasası Öncesi Dönem Üzerinde Değerlendirmeler

1924 Anayasası'nın katı anayasa olması ve 103. maddesinde içerdiği şekli ile “...Hiçbir kanun Anayasaya aykırı olamaz” hükmüne rağmen, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimine yer vermemiştir. Özbudun'a göre, bunun nedeni anayasanın kabul edildiği tarihte, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin henüz az sayıda ülkede kabul edilmesi ve kanunların “genel iradenin bir ifadesi” olarak kabul edilmesidir.<sup>223</sup>

Ayrıca, Feyzioğlu'nun rehberlik ettiği görüş kapsamında, 1924 Anayasası'nın katı bir anayasa olması sebebiyle, ilgili dönemde kanunların anayasaya uygunluğunun defî yoluyla genel mahkemeler tarafından incelenebileceği öne sürülmüştür.<sup>224</sup> Bu görüşün temeli ise daha önce de ifade edildiği üzere, Amerika Birleşik Devletleri'nde anayasada açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, Yüksek Mahkeme'nin 1803 yılında Marbury v. Madison kararı üzerinde,<sup>225</sup> yorum yolu ile anılan yetkiyi kullanmıştır. Bu uygulamanın lehine görüşler olduğu gibi Türkiye'de aleyhinde görüş bildirenler de olmuştur. Uygulamaya karşı çıkanlar 1924

<sup>221</sup> Kemal GÖZLER 2018, age. s.126-129.

<sup>222</sup> Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Erdal Onar (2003), *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, Ankara.

<sup>223</sup> Ergun ÖZBUDUN (2012), *1924 Anayasası*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları: İstanbul; Detaylı bilgi için bkz: Turhan FEYZİOĞLU (1951), *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi: Yabancı Memleketlerde-Türkiye'de*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.

<sup>224</sup> Ergun ÖZBUDUN (2014), *Türkiye'de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s.131.

<sup>225</sup> Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).

Anayasası'nın 52. maddesinde tüzüklerin kanunlara aykırılığı iddiası durumunda ihtilafın ortadan kaldırılması için TBMM adres gösterilmekteydi. Bu araştırmacılara göre (Örneğin Sami Onar, Ragıp Sarıca) şayet böyle bir durumda dahi aykırılık iddiasının TBMM'ye bırakıldığı bir anayasada mahkemelerin kanunların anayasaya uygunluk denetimi yapmasının konu edilmemesi gerekliliği ortaya konulmaktadır.<sup>226</sup>

Daha önce bahsedildiği üzere; kanunların anayasaya uygunluğunun normal mahkemelerce denetlenmesine “Amerikan Modeli Anayasa Yargısı”, kanunların anayasaya uygunluğunun genel mahkemeler tarafından değil fakat bu sefer bu iş ile ilgili olarak görevlendirilen özel bir mahkeme tarafından denetlenmesine ise “*Avrupa Modeli Anayasa Yargısı*” adı verilmektedir. Avrupa Modeli Anayasa Yargısında, bir kanun çıkar çıkmaz ve hatta henüz çıkmadan anayasaya uygunluk denetimine konu olması durumu ortaya çıkabilir. Bu uygulamaya “soyut norm denetimi (iptal davası)” adı verilmektedir.<sup>227</sup> Amerikan Modeli Anayasa Yargısında ise, bir normu somut bir olayda uygulayacak olan mahkemenin söz konusu norm ile bu normdan üstte bulunan bir normun çatışması halinde çözüm olarak *lex superior* ilkesine<sup>228</sup> başvurulmaktadır ve bu uygulama da mahkemelerin genel yetkisi içerisinde kabul edilmektedir.<sup>229</sup> 1924 Anayasasının 53. maddesinde de mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkilerinin kanunla belirleneceği hüküm altında iken buna karşın mahkemelere anayasa aykırı kanunları uygulamaktan kaçınma yetkisi sağlayan herhangi bir kanun bulunmamaktaydı. Özbudun'un işaret ettiği gibi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 04 Şubat 1931 tarihli kararında, bir hakimin davada uygulanacak kanunun anayasaya aykırılığını göstermek suretiyle, kanunu uygulamaktan kaçınamayacağı hususuna karar verilmiştir. Buna ek bir durum ise, 1951 yılında Akşehir Asliye Hukuk Hakimi Refik Gür'ün, Yargıtay'ın bozma kararına karşı direnme kararında, davada uygulanacak kanunun anayasaya aykırılığı iddiasını kararlılıkla ve güçlü bir şekilde ifade etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 7 Nisan 1952 tarihli kararında Hakim Refik Gür'ün direnme kararını bozmuştur. Buna benzer şekilde, Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu ise, 28 Ocak 1950 tarihli kararında, bir kanun hükmünün

<sup>226</sup> Ergun ÖZBUDUN 2014, age. s.132.

<sup>227</sup> Kemal GÖZLER 2018, age. s.1000-1001.

<sup>228</sup> *Lex superior derogat legi inferiori (üst kanun alt kanunları ilga eder)*: Kemal GÖZLER 2018, age., s.1000. Ayrıca bkz: Kemal GÖZLER (2013), Yorum İlkeleri. *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması*, s. 15-119.; Y. B. GÜLGEÇ (2018), *Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulaması*, Oniki Levha Yayınları.

<sup>229</sup> Kemal GÖZLER 2018, age., s.1000-1001.

anayasaya aykırılığı iddiasının incelenmesi hususunu Danıştay'ın görev alanına girmediğine hükmetmiştir.<sup>230</sup>

Bu uygulamalar 1961 Anayasası öncesi dönemde oluşan ve 1961 Anayasası ile Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasına doğru yaşanan gelişmeleri içermektedir. Temelinde Türkiye'nin 1876 Anayasası ile birlikte başlayan katı anayasa özelliği, anayasa yargısının ön koşulunu sağlayan bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>231</sup> Özbudun'un analizi ile benzer önermeleri içeren Hirschl'in adını "*hegemonyacı korunma*" koymuş olduğu teorisine göre incelediği Kanada, İsrail, Yeni Zelanda ve Güney Afrika ülkelerinde<sup>232</sup> 2000'li yıllara doğru kendisinin belirttiği siyasal, ekonomik ve yargısal elitlerin anayasa yargısının doğuşunu ve gelişimini desteklediğini, Türkiye için de benzer gelişmelerin geçerli olabileceğini hem de diğerlerine kıyasla daha erken başladığını belirtmektedir.<sup>233</sup>

### 1.8.2. 1961 Anayasası Sonrası Dönem Üzerinde Değerlendirmeler

Önceden de belirtildiği üzere, 1961 Anayasası katı bir anayasa olması, anayasanın üstünlüğü ilkesini kabul etmesi ve özellikle de kanunların anayasa uygunluğu denetiminde Avrupa Modeli Anayasa Yargısını benimsemiştir. 1961 anayasası kuşkusuz Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasını düzenlemesi açısından önem arz etmektedir. Öyle ki, kuruluş tarihi açısından ele alındığında, Türkiye dünyada anayasa yargısının kabul edildiği öncü ülkeler arasında yer almakta ve Avrupa'da ise bu sistemi kabul eden dördüncü ülke olarak literatüre girmektedir.<sup>234</sup> 1961 Anayasası ile kurulan anayasa yargısı sistemi, 1982 Anayasası ile de benimsenmiştir. Bu noktada, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş ve işleyişi büyük oranda Anayasa'da düzenlenmiştir.<sup>235</sup> Bunun nedeni, bu kadar önemli bir anayasal organın kuruluş ve işleyişine ilişkin takdir yetkisinin bütünüyle yasama organına

<sup>230</sup> Ergun ÖZBUDUN 2014, age., s.132.

<sup>231</sup> Hasan TUNÇ (1997), *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, Yetkin Yayınları: Ankara. s.19-23.

<sup>232</sup> Anılan ülkelerin seçilmesinin nedeni olarak, bu ülkelerin Hirschl'in çalışmasına yakın zamana kadar İngiliz Hukuk Sisteminden etkilenmeleri ve bundan ötürü de bu ülkelerin o zamana kadar anayasa yargısını kabul etmemiş olmaları gösterilmektedir. Bkz: R. HIRSCHL (2009), *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard University Press, s.17-31.; R. HIRSCHL (2004), "The political origins of the new constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Cilt 11, Sayı 1, 71-108.

<sup>233</sup> Ergun ÖZBUDUN 2014, age., s.154.; Ayrıca deyatlı bilgi için bkz: E. ÖZBUDUN (2007), *Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi*. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 62, Sayı 3, s. 257-268.

<sup>234</sup> Kemal GÖZLER 2018, age. s.1008.

<sup>235</sup> *Anayasanın 146.maddesi ile 153.maddesi Anayasa Mahkemesi'ne ilişkindir*: age. s.1009.

bırakılmak istenmemesidir.<sup>236</sup> Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş ve işleyişi, Anayasa'nın yanı sıra, 30.03.2011 tarihli 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun<sup>237</sup> ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü tarafından düzenlenmektedir. Çalışmanın ana amacı kapsamında yer almadığı için, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu, görev ve yetkileri, çalışma usulleri gibi mevzuata dönük konular yerine ilerleyen bölümlerde anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi üzerinde durulacaktır.



---

<sup>236</sup> age. s.1009.

<sup>237</sup> 10 Kasım 1983 tarih ve 2949 sayılı aynı adlı Kanunun yerine.

## BÖLÜM II

### SINIRÖTESİ ANAYASALCILIK

Yirminci yüzyılın ikinci yarısında yaşanan sosyal, ekonomik ve özellikle bilgi ve iletişim teknolojilerindeki değişimler ve gelişmelerle birlikte, devletlerin sınırları siyasi bakımdan anlamını korumakla birlikte, birçok alanda artık aşılmaya başlanmıştır. Dünya genelinde yaşanan bu gelişmeler ve sınırların aşılması ile birlikte ve ulusların eskiye göre kolay ve etkin yöntemlerle birbirleri ile etkileşime girmeleri sonucunda, onların sahip oldukları sosyal ve kültürel farklılıklar, zamanla küresel düzeyde benzeşmeye ve ortak bir çatı altında toplanmaya başlamıştır. Bu olgunun etkileri, siyasi ve ekonomik hayatta etkilerini hızla göstermeye başlayınca, bunun hukuki etkilerinin olmamasının düşünülmesi geçerli olmayan bir durum teşkil etmektedir. Böylece, hukuki etki ve sonuçlar konusuna girildiğinde ise, böyle bir etkileşimin anayasa hukuku bağlamında değerlendirilmesi gerekliliği de önem arz etmeye başlamıştır.

Açıklanan bağlamda anayasalcılık çalışmaları son yıllarda göze çarpan bir şekilde değişmeye başlamıştır. Bu değişimde itici güç olarak ise, gelişmekte olan demokrasilerin bölgesel ve küresel ittifaklara dahil olması ve çağdaş demokratik devletler ile etkileşime girmesidir. Bunun üzerine, birçok uluslararası rejim ya da bölgesel işbirlikleri tesis edilmiş ve yapılar da üye ülkeler üzerinde anayasal veya anayasa benzeri işlevlerin yerine getirilmesinde rol oynamaya başlamışlardır. Bunlara örnek olarak, Birleşmiş Milletler (BM) ve Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) gösterilebilir. Bu yapılara üye ülkelerin, kendi anayasalarını bağlayıcı bir dizi kararı ya da uluslararası andlaşmaları kabul ettiği gözlemlenmektedir. Bu yapılar genel itibari ile *jus cogens* hakları, uluslararası ölçü normları şeklinde kapsamına almaktadır. Dolayısıyla, yerel hukuk düzenleri, bu ölçü normları referans olarak kullanabilmektedir. Bu durum da, yerel anayasaların kendi siyasi sınırlarının ötesine geçmek sureti ile işbirliği tesis ettiği yapılar ve ülkeler ile etkileşime girmesi ve

bunun sonucunda da sınırötesi anayasalcılık kavramının doğması durumu ortaya çıkmıştır.

Jackson'un anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri üzerine yayınladığı bir eserinde <sup>238</sup> adres göstermesi üzerine incelenen Brun-Otto Bryde'in "The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue" başlıklı eserinde, araştırmacının anayasaya aykırı olduğu iddia edilen anayasa değişikliklerinin değerlendirilmesinde, sınırötesi hukuk normlarına başvurmanın olumlu sonuçlar doğuracağını savunduğu <sup>239</sup> gözlemlenmiştir.

Her iki araştırmacının ve ileride fikirlerine değinilecek olan literatürde bu konuda katkıları olan araştırmacıların önerileri göz önüne alınarak, bu bölümde anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin sınırötesi anayasalcılık bağlamında ele alınacaktır. Öncelikle sınırötesi anayasalcılık kavramının tanımı verilecektir. Bunun ardından, sınırötesi anayasalcılığın bileşenleri anlatılacak ve takiben literatürde yer alan sınırötesi anayasalcılık benzeri uluslararası anayasalcılık görüşleri değerlendirilecektir. Bunun üzerine sınırötesi anayasalcılık, insan hakları, demokrasi, hukuk devleti ve iyi yönetim (*good governance*) ilkeleri temelinde, uluslararası hukuk standartları açısından incelenecektir. Son olarak ise, sınırötesi anayasalcılığa farklı perspektiflerden bakılarak, buna karşı geliştirilen argümanlar ortaya konup, değerlendirilecek ve sınırötesi anayasalcılığın güçlenebilmesi için çözüm önerileri getirildikten sonra bölümün genel değerlendirmesi yapılacaktır.

## **2.1. SINIRÖTESİ ANAYASALCILIĞIN KAVRAMSAL OLARAK İNCELENMESİ**

Sınırötesi anayasalcılığın kavramsal olarak incelenmesi kapsamında, terimin ortaya çıkışı ve tanımı verildikten sonra, kavramın doğal haklar kuramı ile ilişkisi ortaya konulacak ve ardından da Uluslararası Anayasa Üstü (*Supra Constitutional*) doktrini ele alınacaktır.

### **2.1.1. Sınırötesi Anayasalcılık Kavramı**

Sınırötesi (*transnational*) kavramı Türkçeye, *ulusaşırı, ulusaşan, sınıraşan ve sınırötesi* şeklinde çevirisi olmakla birlikte biz kavramın daha doğru bir ifadesi

<sup>238</sup> Vicki JACKSON 2013, age. s. 47.

<sup>239</sup> Brun-Otto BRYDE (2005), "The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue", *80 Tul. L. Rev.* 203., s.217.

olduğu varsayımı ile çalışmamızda “*Sınırötesi*” terimini kullanmayı tercih ediyoruz. Bunun sebebi ise, 20. yüzyılın ikinci yarısında başlayan bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler ile Soğuk Savaş döneminin nihayete ermesi üzerine, ulaşım, ticaret ve iletişim konularında yaşanan tüm gelişmeler küreselleşmeyi beraberinde getirmiş ve dünya genelinde ulaşım, iletişim ve ticaret açısından devletlerin siyasi sınırlarının ötesine geçebilmeyi kolaylaştırmıştır. Dolayısıyla, çalışmamızda yukarıda anlatılan olguyu en iyi ifade edecek şekilde “*transnational*” kelimesinin Türkçe karşılığı olarak, “*sınırötesi*” kelimesi tercih edilmiştir. Kavram; 20. Yüzyıl sonrası dünya üzerinde yaşanan küreselleşmenin sonucunda ortaya çıkan uluslararası hukuka ait bir kavramdır. İkinci Dünya Savaşı sonrası edinilen acı tecrübelerin sonucunda ortaya çıkan ikinci anayasalcılık dalgası ve demokrasi anlayışı, 1989 yılında Berlin Duvarı’nın yıkılması ile küreselleşme akımının etkisi altına girmiştir. Tüm dünyayı hızla etkisi altına alan küreselleşme, neredeyse her alanda olduğu gibi, devletlerin birbiri ile ilişkileri üzerinde ve hatta devletlerin egemenliklerini kullandıkları sınırları üzerinde de etkisini göstermiştir. Bugün artık hiçbir devlet tek başına bir anlam ifade etmemektedir. Uluslararası alanlarda varlığını sürdürmeleri, küresel dünyaya entegre olması ile doğru orantılıdır denilebilmektedir.

Günümüzde artık; gerek imzalanan uluslararası anlaşmalar, gerek ülkelerin içerisinde buldukları işbirlikçi durum ve gerek teknolojik gelişmeler sebebiyle, çağdaş demokratik düzene sahip tüm ülkelerin üzerinde konsensüs sağlamış olduğu bir takım temel hak ve özgürlüklerden (*jus cogens*) söz etmek mümkündür. Söz konusu hak ve özgürlüklerin sınırları ve kapsamı ülkeden ülkeye değişiklik göstermekle birlikte, bugün artık varlıkları üzerinde kuşku bulunmamaktadır. Küreselleşmenin sonucu olarak; devletlerin demokrasiyi uygularken kaynağını aldıkları ve siyasi iktidarı bağlayıcı sınırlar; artık yalnızca devletlerin anayasaları ile yarattıkları anayasalcılık anlayışından değil, bağlı buldukları uluslararası topluluklardan ya da tarafı oldukları uluslararası anlaşmaların bir sonucu olarak da varlık göstermektedirler. Dolayısıyla, bugün mevcut anayasalcılığın yalnızca devletlerin salt egemenlik yetkisinden doğan iktidarı sınırlamasının ve vatandaşlarının temel hak ve hürriyetlerini koruması olduğundan bahsetmek mümkün değildir.

Devletlerin taraf oldukları uluslararası antlaşmaların yaptırımının doğal sonucu olarak, ya da içerisinde bulunduğu devlet birliklerinin kuralları uyarınca

sınırlandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim uluslararası alanda imzalanan anlaşmalar neticesinde temel hak ve hürriyetlerin hem devletlerin kendi anayasaları hem de taraf oldukları anlaşmalar uyarınca çift kalkanlı bir koruma kapsamına dahil edildiğini görmekteyiz. Örneğin yaşama hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf ülkeler için: hem kendi anayasal düzenlemelerinde hem de sözleşmeye taraf olmaları sebebi ile uluslararası bağlamda çift taraflı koruma altına alınmıştır. Dolayısıyla; söz konusu hakkın güvenceye alınması hem anayasalcılık ilkesinin doğal bir sonucunu, hem de uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleri yerine getirmesinin doğal bir sonucunu oluşturacaktır. Böylece bir bakıma anayasalcılık ilkesinin işleyişinde yaşanacak herhangi bir aksi durumda ya da demokrasiye zarar vermesi muhtemel bir koşulda, eğer ilk koruma, yani devletin kendi sınırları içerisindeki koruması devreye girmez ya da sorunu çözmede zafiyete uğrarsa, ikincil koruma olan uluslararası çareler devreye girecek ve sistemi güvence altına alacaktır.

İşte tıpkı temel hak ve özgürlüklerde var olan bu çift taraflı koruma gibi, sınırötesi anayasalcılık (*transnational constitutionalism*) kavramını da uluslararası anlaşmaların getirmiş olduğu çift taraflı korumanın anayasalcılık alanındaki yansıması olarak düşünmek mümkündür.

Yukarıda izah edildiği üzere, anayasalcılık kavramı bugünkü anlamına kademe kademe ulaşmıştır. Öncelikle yalnızca devleti sınırlama fikrini ortaya koyarken, sonrasında vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini koruma amacını da edinmiştir. Bir sonraki aşamada ise, hem siyasi iktidar sınırlamasını hem de temel hak ve hürriyetlerin korunmasını anayasa yargısı yolu ile gerçekleştirmeye başlamıştır. Daha önceden belirtildiği üzere, Anayasa yargısı Avrupa modeli ve Amerika Modeli olarak ikiye ayrılmaktadır. Avrupa modeli anayasa yargısı, mevcudiyetini 1920 yılında Hans Kelsen'in fikir babalığı ile kurulan Avusturya Anayasa Mahkemesi ile kazanmıştır. Amerika modeli anayasa yargısı ise, 1803 tarihli Marbury v. Madison davasının gerekçesinde ortaya çıkmaktadır. Bugün ister Avrupa modeli ister Amerika modeli anayasa yargısı olsun, anayasalcılığın en etkili silahının anayasa yargısı olduğunu söylemek doğru olacaktır. Dolayısıyla anayasa yargısına yeni bir anlayış getiren sınırötesi anayasalcılık kavramı, anayasalcılık ilkesinin anayasa yargısı silahına uluslararası bir zırh daha giydirilerek meydana getirilen son hali denilebilir.



Vicki C. Jackson, “sınırötesi anayasalcılığı”; anayasalcılık ilkesinin üç bileşeni olarak kabul ettiği “hukukun üstünlüğü”, “halkın rızası” ve “iyi ve adil ilkeler”in yanında dördüncü bir bileşen olarak kabul ederek, uluslararası hukuktan doğan sınırötesi ilkelerin varlığının zorunluluğu olarak tanımlamaktadır.<sup>240</sup> Önceden de değinildiği gibi, Brun-Otto Bryde da hukuk alanında sınırötesi bakış açısının önemli bir savunucusu olmuş ve uluslararası hukuk normlarının sınırlamalarda başvurulması gereken bir alan olarak değerlendirilmesi gerektiğinden bahsetmiştir.<sup>241</sup> Rosalind Dixon ve David Landau da sınırötesi anayasalcılığın, demokratik ve anayasal düzen için tehdit oluşturabilecek durumlar için tali bir kontrol mekanizması olarak kullanılması gerekliliğini savunmuşlardır.<sup>242</sup>

Sınırötesi anayasalcılık kavramının anlaşılabilmesi için, kavramın temelinde yer alan “uyulması gereken uluslararası hukuk normları” kavramını açıklamak gerekmektedir. Bunun için de doğal hukuk kuramı ile ilişkisini incelemek gerektiğini düşünmekteyiz.

### **2.1.2. Sınırötesi Anayasalcılık ile Doğal Haklar Kuramı İlişkisi**

Doğal hukuk kuramı, adalet kavramı üzerine şekillenmiştir. Hukuku adalet ile tanımlamakla birlikte, doğal hukukçulara göre hukuki bir işlemin geçerli olabilmesinin koşulu o işlemin adil olmasıdır.<sup>243</sup> Olan ile değil, olması gereken ile ilgilenen doğal hukukçular, doğal haklar teorisine de kaynaklık etmektedirler. Doğal hak kavramı, Hollandalı 17. yüzyıl düşünürü Hugo Grotius’tan bu yana modern siyaset felsefesinin temelinde yer almaktadır. Grotius eserlerinde tam olarak tanımlama yoluna gitmemiş olmasına rağmen, fikirleri ile uluslararası hukukun kurucu babalarından biri olarak kabul edilir.<sup>244</sup> Doğal haklar teorisinin kurucusu John Locke ve Aydınlanma Çağı düşünürleri Thomas Hobbes ve Jean Jacques Rousseau’dur. Her üç düşünürde doğal haklar kavramını sözleşme teorisi ile açıklamaktadırlar. Sözleşme teorisine göre, insanların sözleşme öncesi doğal

<sup>240</sup> Vicki JACKSON 2013, age. s 48.

<sup>241</sup> Brun-Otto BRYDE 2005, age. s.217

<sup>242</sup> R. DIXON ve D. LANDAU (2015), “Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment”, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 13, Sayı 3, s.628.

<sup>243</sup> Kemal GÖZLER (2008), Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı, *Muhafazakar Düşünce*, Yıl 4 Sayı:15, Kış 2008, s.78.

<sup>244</sup> Ahmet Haluk ATALAY (1997), *Uluslararası Hukukun Oluşumu*, Göçebe Yayıncılık, İstanbul, s.34.

yaşamda var olduklarından ve birtakım haklara sahip olduklarından bahseder.<sup>245</sup>

Doğal haklar anlayışı; 17. ve 18. Yüzyıl düşünürlerini çokça meşgul etmiştir. Doğal haklardan ne anlaşıldığı aynı zamanda insan haklarının neler olabileceği sorusuna da çözüm getirmektedir. Doğal haklar teorisine göre, insanların yalnızca insan olmalarından ötürü sahip oldukları bir takım devredilemez ve dokunulamaz hakları vardır. Doğal hukuk kuramına göre hak kavramı, tüm hakların temeli kabul edilen özgürlükten doğmaktadır. Günümüzde İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi olmak üzere, insan haklarına dayanan uluslararası belgelerin bir çoğunun doğal hak ya da doğal hukuk anlayışına dayandığını söylemek mümkündür.<sup>246</sup>

Hukukçular tarafından anayasaların yazılı olmayan bir takım genel ilke ve değerlere sahip olduğu sıklıkla ileri sürülmüştür.<sup>247</sup> Bu ilkeler neredeyse tüm dünyada kabul edilen hukuk devleti, yaşama hakkı, adil yargılanma hakkı gibi evrensel ilkeler olabileceği gibi, ülkelere özgü spesifik ilkeler şeklinde de karşımıza çıkabilir. 1992 Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin siyasal iletişim kararı bu özgü ilkeye örnek gösterebilir. Söz konusu ilkeler ister evrensel hukuk kuralları kapsamında, ister devletlerin kendilerine özgü biçimde yarattıkları ilkeler olsun, her halükarda parlamentoların yetkilerini sınırlamak ya da budamak için kullanılmaktadırlar.<sup>248</sup>

Ancak pozitivist kimi hukukçulara göre doğal hukuk görüşü kabul edilse dahi, anayasa metninde yer almayan ve anayasa üstü birtakım ilkeler ve değerlerine anayasa değişikliklerinde başvurulması çok daha büyük sorunlara yol açabilir. Anayasal batakılık olarak tabir edilen bu durumda, mahkemelerin pozitif hukukta var olmayan yetkilerle donatılmasının yanı sıra, yanlış yorumlanarak uygulanacak doğal hukuk ilkelerini doğruları ile değiştirmek imkansızlaşacaktır.<sup>249</sup>

Örneğin Almanya'da, anayasa hukuku kapsamında, anayasayı değiştiren ve

---

<sup>245</sup> Thomas Hobbes ve Jean Jacques Rousseau doğal durumu farklı tasvir etmektedirler. Hobbes; doğal durum sözleşme öncesini insanın insanın kurdu olduğu kaotik bir ortam olarak tasvir edilirken, Rousseau'ya göre ise doğal durum barışçıldır. Ancak her iki düşünürün hem fikir olduğu nokta, sözleşme ile devredilen birtakım doğal hakların varlığıdır. Kemal Gözler 2008, age. s.78-80.

<sup>246</sup> Yavuz KILIÇ (2015), "Hobbes, Locke ve Rousseau'da Doğa Durumu Düşüncesi", *Temaşa Erciyes Üniversitesi Felsefe Bölümü Dergisi*, Cilt 2 Sayı 2, s. 91-117.

<sup>247</sup> Anayasanın ruhu sorunu öteden beri anayasa hukukçuları arasında tartışılmaktadır. Pozitivist anayasa hukukçuları anayasanın ruhu gibi soyut bir değer hukukilikten uzak olduğunu vurgularken, doğal hukuka yakın anayasa hukukçuları olabileceğini savunmaktadırlar. Konu ile ilgili daha detaylı bilgi için bakınız: Kemal GÖZLER (2016), "Anayasanın Ruhu Sorunu", *İçinde Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Ed., Kemal Gözler, s. 219-238. Ekin Yayınevi, Bursa.

<sup>248</sup> Mehmet TURHAN 2010, agm. s.35.

<sup>249</sup> agm. s.54.

anayasa yapan gücün sınırlandırılması hususunda doğal hukukçulara özgü olmak üzere bir yenilikçilik hareketi gerçekleşmektedir. Öyle ki, Federal Alman Anayasa Mahkemesi dokunulmaz ve devredilemez insan haklarını “adaletin temel ilkeleri” arasında kabul etmiş ve bunları kurucu iktidarın dahi değiştiremeyeceğinin altını çizmiştir. Şayet bu haklar esas itibarı ile açık ve net bir şekilde uluslararası hukuk tarafından korunan insan haklarından değilse, “temel adalet ilkeleri”ni güçlü öznel (*subjektif*) içeriği haiz standartlar oluşturacaktır. Anayasa yapıcı ve değiştirici gücü, açık bir şekilde, öznel içeriği haiz standartlara bağlamak, demokratik meşruiyetle bağdaşmamaktadır.<sup>250</sup>

### 2.1.3. Uluslararası Anayasa Üstü (Supra Constitutional) Doktrini

18. yüzyıl sonlarından itibaren Fransız Bildirgesi ve Amerika Birleşik Devletleri Anayasası ile doğal haklar “insan hakları” adı altında tanımlanmış oldu. Söz konusu belgeler sayesinde insan hakları devlet vatandaşları için koruma altına alması gereken anayasal haklar kimliği kazanmışlardır. Anayasaları gölgelerin barındığı bir tapınak olmaktan çıkaran bu yeni anayasacılık akımı, Demokratik Devlet - Hukuk Devleti diyalektiği çerçevesinde anayasa yargısının sınırları sorununu da gündeme getirmiştir. Anayasa Mahkemeleri kararlarında görülen “self resistant” ve “political questions” teknikleri soruna çözüm arayışının sonuçlarıdır.<sup>251</sup>

Devletin insan haklarını koruması gerektiği konusunda üç temel görevi vardır. Bunlar; hakları başkalarına karşı korumak, hakları kendisine yani devlet organlarına karşı korumak ve anayasa yargısı ile mevcut korumanın denetimini yapmaktır. Yargısal güvence ile donatılmamış hakların felsefi ve siyasi bir kavramdan öteye gitmeyeceğinde kuşku yoktur. Bir diğer taraftan; her ne kadar anayasada düzenlenen bir insan hakkı temel hak olarak nitelendiriliyorsa da, denetimsiz hiç bir işe yaramayacakları da açıktır. Bir adım ötesinde ise, günümüzde yalnızca yerel anayasa mahkemelerin yapmış oldukları denetimler, bu hakları korumak konusunda yetersiz kalmaktadır.<sup>252</sup> Bugün halen insan onuruna aykırı

<sup>250</sup> M.HERDEGEN, (2014), “Anayasa Yapımının Sınırları”, *İçinde Anayasa Teorisi (Verfassungstheorie)*, Çev. Naim Demirel, Eds. Otto Depenheuer & Cristoph Grabenwarter; Çev. Ed. İlyas Doğan, s.363-384, Lale Yayıncılık. s. 378.

<sup>251</sup> Bakır ÇAĞLAR (1986), *Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi*, Anayasa Yargısı Dergisi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, Cilt 3, s.139.

<sup>252</sup> Muhlis ÖĞÜTÇÜ (2005), “Doğal Hukuk ve Pozitif hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Özel sayı, s.555-616.

davranışların olduğu devletler, yaşam hakkı gibi en temel hakka dahi saygı duymayan devlet uygulamaları olduğu bilinmektedir.<sup>253</sup> Bu yüzden, II. Dünya Savaşı sonrasında uluslararası sözleşmelerde insan hakları listelerinin yapılması ile uluslarüstü (*supra-national*) hukuk ve uluslarüstü hukuka bağlılık kuralı (*the rule of Supra-nationalism*) ayrıca önem kazanmış ve elzem olmuştur.<sup>254</sup>

Hukukun genel ilkeleri tüm hukuksal yapının temelini oluşturmakla birlikte hukuki olmayandan hukuki olana geçiş sağlamaktadırlar. Doktrinde anayasa üstü bir takım kuralların varlığı konusunda tartışma uzun süreden beri devam etmektedir. Hourie ve Duguit'ye göre anayasa üstü birtakım kurallar vardır ve anayasa yargısı kaynak olarak bu kurallara başvurabilirler. Carre de Malberg ve Esmen ise tam tersi biçimde içeriği açıkca belirtilmeyen, muğlak kuralların hukuk sayılamayacağı düşüncesinden hareket etmektedirler.<sup>255</sup>

Uluslararası hukukta hukukun genel ilkelerinin yansımalarına Uluslararası Adalet Divanı 38. Maddesinde "*uygar uluslarca kabul edilen hukuk genel ilkeleri*" ifadesine yer verilmektedir. Bu ifadeden, hukuk genel ilkelerin tam olarak hangi ilkeleri olduğu anlaşılammakla birlikte, ölçüt olarak uygar uluslarca kabul edilme fikri belirlenmiştir. Bir diğer ifade ile uygar ulusların ulusal hukuk düzenlerinde kabul edilmiş hukuksal ilkelerin hukukun genel ilkeleri sayılacağı anlaşılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. Maddesinin 2. Fıkrasında "uygar uluslarca tanınmış hukukun genel ilkeleri"ne açık biçimde yer verilmektedir. Bu madde uyarınca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hukukun genel ilkelerini yaratma yetkisini bizzat kullanmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi jürisprüdansına göre; üye devletlerin hukuklarında bulunan ortak ilkeler, hukukun genel ilkelerini oluşturmaktadır.<sup>256</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) yargı denetiminin sözleşmeye taraf ülkeler üzerinde oluşturdukları genel hukuk ilkelerine uyulması bakımından en

---

<sup>253</sup> 2018 küresel kölelik endeksine göre Türkiye de modern kölelikte yaşayan tahmini insan sayısı 509.000, dünyada ise 46 milyon kişi olarak hesaplanmıştır. Söz konusu endeks köleliği " Bir insanın, başka bir insanı tamamen kontrol etmesi ve bu kontrolü sürekli halde tutması için şiddet uygulaması" olarak tanımlanmaktadır. Erişim; <https://www.globalslaveryindex.org/2019/findings/foreword> Tarih: 20.11.2020

<sup>254</sup> Bakır ÇAĞLAR, (1984), "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt 5, s. 3-34.

<sup>255</sup> Bakır ÇAĞLAR 1986, agm. s.174.

<sup>256</sup> İbrahim KABOĞLU (1991), "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı", Anayasa Mahkemesi Yayınları, No:8 s.295.

önemli denetim aracı olduğu açıktır. Yapılan denetimler sonucu yaptırıma uygulayan ülkeler, mahkeme kararlarını iç hukuklarında uygulamaktadırlar.

Uluslararası hukukun iç hukuka uygulanmasının 1982 Anayasası'nda örneği 90. Maddesinde vücut bulmuştur. 7/5/2004 tarih 5170 sayılı kanun değişikliğe ile 90. Maddeye yeni bir cümle eklenmiştir. Yapılan değişiklik öncesinde uluslararası sözleşmelerin Türk Hukukunda hiyerarşik olarak yerinin belirlenmesinde çokça tartışma varken, yapılan değişiklik sonucu eklenen cümle ile tartışmaya son verilmiştir. Bu değişiklik sonucunda; 90. maddenin 5. Fıkrası uyarınca

*“usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”*

denilerek temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler, hiyerarşi piramidinde kanunların üzerinde, anayasa hükümleri ile eşit hukuki değere sahiptirler. Bu ise kanunların temel hak ve özgürlükler ile ilgili olan uluslararası antlaşmalara aykırı olamayacağı sonucunu doğurmaktadır. Bir diğer deyişle, herhangi bir uyuşmazlık halinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin esas alınacağını göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi de, 7 Şubat 2008 tarihli kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) iç hukukumuzun bir parçası haline geldiği ve AİHM kararlarının bağlayıcı olduğu yolunda görüş beyan etmiştir. Ancak burada unutmamak gerekir ki; Türkiye, AİHS'nin tüm protokollerine üye değildir. Bir diğer ifade ile, 1982 Anayasası'nda düzenlenen tüm temel hak ve özgürlükler uluslararası koruma dahil olmak üzere çift koruma kalkanını haiz değildir. Dolayısıyla anayasaya aykırı bir anayasa değişikliği söz konusu olduğunda, anılan değişiklik AİHS'nde Türkiye'nin tarafı olduğu protokoller içerisinde düzenlenmiyorsa, o temel hak ve özgürlüklüğün sahip olduğu tek güvence iç hukukta yer alan anayasaya denetimi olacaktır. Kanaatimizce anayasanın bir bütün olduğu fikrinden bahisle, anayasanın kimi hükümleri için çift koruyuculuk, kimi hükümleri için tek koruyuculuk olması yeknesanklık açısından uygun değildir. Ülkelerin siyasi dinamiklerini bir kenara koyarak mevcut tüm protokolleri imzalamaları beklenen ve olması gerektir.

Avrupa Konseyi denetim usüllerinden bir tanesi de Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu, bilinen ismi ile Venedik Komisyonu raporlarıdır. 1990 yılında kurulmuş olan bu komisyona Türkiye kuruluş tarihinden bu yana üyedir.

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu'nun Türkiye hakkında 11 adet raporu bulunmaktadır. Son olarak 13 Mart 2017 tarihli Anayasa değişikliği hakkında hazırladıkları Venedik Komisyonu Raporu uyarınca; hükümet sistemi modelini değiştiren anayasa değişikliği demokrasi açısından geriye götüren tehlikeli bir adım olarak nitelendirilmiş, teklif edilen sistemin bozularak dikta rejimine dönme kabiliyeti olduğundan bahsedilmiştir.

Sonuç olarak, anayasa değişikliği Venedik Komisyonu tarafından son derece tehlikeli kabul edilmiştir. Venedik Komisyonu raporlarının bağlayıcılığı yoktur. Ancak komisyona üye olmalarının doğal bir sonucu olarak, ilgili devletler raporda yer alan tavsiyelere genellikle uymaktadır. Üyesi olunan bir komisyonun raporunu tamamı ile görmezden gelmek, kuşkusuz uluslararası düzeyde eleştirilebilecektir. Türkiye de, komisyon raporu ile eleştirilerin yöneltildiği mevcut iktidar komisyonun raporunu görmezden gelerek anayasa değişikliğini gerçekleştirmekte beis görmemiştir. Türk Anayasa Mahkemesi ise son yıllarda bıraktığı aktivist tutumunun sonucu olarak, anayasa değişikliği üzerinde esas bakımdan denetim yapmaya yetkisinin olmadığı gerekçesi ile değişikliği denetlemekte kendini yetkisiz görmüş ve anılan anayasa değişikliği Türk hukuk düzeninde yerini alarak hükümet sistemini kökten değiştirmiştir.

Vicki Jackson'ın sınırötesi anayasalcılık olarak tanımladığı yenilikçi uluslararası kavram, mevcut anayasal düzene karşı demokrasiyi zedeleme potansiyeline sahip değişiklikler için emniyet subabı olarak ortaya konulmuştur.

## **2.2. SINIRÖTESİ ANAYASALCILIĞIN BİLEŞENLERİ**

Küreselleşmenin önemini her geçen gün arttırdığı dünya düzeninde, anayasalcılık çalışmaları da devletlerin sınırlarını aşan bir yapıya doğru ilerlemektedir.<sup>257</sup> Bu yapıda, anayasalcılık, sadece ulus-devlet düzeyinde değil, fakat bunun ötesine geçmektedir. Sınırötesi anayasalcılık, günümüzde hem yerel hem de devletlerin sınırları ötesi düzeyde anayasalcılık çaba ve çalışmalarına katkıda bulunmaktadır.

Ancak yine de, sınırötesi anayasalcılıktan bahsederken, ulus-devletlerin sınırlarının dışında otonom bir şekilde ortaya çıkan ve ülkelerin anayasalarını küresel

---

<sup>257</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: G. W. ANDERSON (2012), "Beyond 'constitutionalism beyond the state', *Journal of Law and Society*, Cilt 39, Sayı 3, ss. 359-383.; G. TEUBNER, (2012), *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press.

ölçekte işlevsiz hale getirecek katı bir yapının anlaşılmasında gerekmektedir. Bunun yerine, Zumbansen'e göre sınırötesi anayasalcılık, anayasa ilke, araç ve doktrinlerinin dünyada halihazırda devam eden hukuki dönüşümünün bir ifadesi olarak kabul edilebilir. Sınırötesi anayasalcılık, ulusal ve uluslararası hukuk düzeni arasındaki ayrımı radikal bir şekilde sorgulamakta, fakat bunu temelden reddetmemektedir.<sup>258</sup>

Sınırötesi anayasalcılığı daha iyi anlatabilmek için, Yeh ve Chang'ın sınıflandırması ekseninde, onun bileşenlerini açıklamak gerekmektedir. Buna göre, sınırötesi anayasalcılık, "sınırötesi anayasalar ve anayasal düzenlemeler", "sınırötesi yargı diyalogu ve referansları", "ulusal anayasaların küresel düzeyde benzeşmesi"<sup>259</sup> olmak üzere üç boyutta ele alınabilir. Anılan bu boyutlar, sınırötesi anayasalcılık için ayrı ayrı anlam ifade etmekte güçlük çekmekte olup, aslında doğrudan veya dolaylı olarak birbirlerini güçlendirmekte ve sınırötesi anayasalcılığı beslemektedirler.

### **2.2.1. Sınırötesi Anayasalar ve Anayasa Benzeri Düzenlemeler (Quasi-Constitutional Arrangements)**

Sınırötesi anayasalcılığın ilk boyutu olarak karşımıza sınırötesi anayasalar ve anayasa benzeri düzenlemeler (quasi-constitutional arrangements) çıkmaktadır. Yeh ve Chang'e göre, günümüzde anayasaların ulus-devletlerin sınırlarını aşarak, küresel düzeyde geliştiriliyor olmasından ötürü, bu sınırötesi anayasalar ve anayasa benzeri düzenlemeler, ulusal sınırları aşan düzeyde yapılan anayasal düzenlemelerin bir sonucu olarak veya uluslararası rejimlerin anayasallaşma süreci ile ortaya çıkmaktadır. Ulusal sınırları aşan bir anayasal düzenleme ile ilgili dikkate değer örneklerden birisi Avrupa Birliği Anayasa Andlaşması'dır. Ulusüstü (*supranational*) bir organizasyon olan, Avrupa Birliği (AB), anayasa yapım sürecini 20. Yüzyıl'da başlatmış fakat, onay sürecinde başarılı olamamıştır. Söz konusu anayasal andlaşma, milletlerarası bir andlaşma hazırlamaktan ziyade, anayasa yapımına benzer bir süreç

---

<sup>258</sup> P. ZUMBANSEN (2012), "Comparative, global and transnational constitutionalism: The emergence of a transnational legal-pluralist order", *Osgoode CLPE Research Paper 24/2011*, Cilt 7, Sayı 6, s.8. Zumbansen, sınırötesi hukuk fikri ile hem özel hem de uluslararası kamu hukukunun sınırlarının dışında norm yaratma ve uygulamanın ortaya çıkışını yakalanabileceğini ve bunun daha önceden de literatürde araştırmacılar tarafından önceden sunulduğunu belirtmektedir. Bu önermelerin özel hukuk, insan hakları hukuku gibi hukukun farklı dallarından geldiğini belirtmektedir. Bkz. Dipnot 42-44.

<sup>259</sup> Jiunn-Rong YEH ve Wen-Chen CHANG (2008), "The emergence of transnational constitutionalism: Its features, challenges and solutions", *Penn St. Int'l L. Rev.*, Cilt 27, Sayı 1, 91-92.

kullanılmak suretiyle dikkatle hazırlanmıştı. Öyle ki, kendisinden temel hakları koruma, Avrupa Vatandaşlığını inşa etme, demokrasiyi güçlendirme, AB’nde etkin yönetim sağlama gibi işlevler bekleniyordu. Her ne kadar düzenlenme ilkeleri, yerel anayasaların ilkelerinden farklı olsa da, AB Anayasa Andlaşması, haklar bildirgesi, yargı denetimi, federalizm, kuvvetler ayrılığı gibi standart anayasal bileşenleri içermektedir.<sup>260</sup> Bundan ötürü de, her ne kadar AB Anayasası’nın yürürlüğe girmesi başarısız olsa da, Avrupa Adalet Divanı tarafından yapılan ve kabul edilen düzenlemeler, AB’nin ilgili kurumlarının anayasal organlar gibi hareket etmesinin önünü açmıştır.<sup>261</sup> İşte bunun gibi, dünyada küresel ölçekte, anayasa benzeri işlevleri olan uluslararası bölgesel topluluklar günümüzde önem kazanmıştır. İlerleyen bölümlerde bu konuyu daha detaylı ele almakla birlikte, bu noktada belirtmekte fayda var ki; uluslararası hukukta düzenlenen ve devletler arasında geleneksel olarak işleyen anlaşmalar, aslında hakların korunması, yetki kısıtlamaları ve hatta yargı denetimi dahil olmak üzere, geleneksel anayasalcılığın fonksiyonlarını yerine getirmeye başlamaktadırlar.<sup>262</sup>

Bunlara örnek olarak; Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) (*World Trade Organization*) kabul ettiği düzenlemelerle, sözleşme serbestisinin ve özel mülkiyetin garantisini vermesi, bir uyuşmazlık çözüm organının ve temyiz organının kurulması küresel ekonomi anayasasına benzer yapılar tesis ettiği şeklinde yorumlanabilmektedir.<sup>263</sup> İlâveten, önceleri çok da geçerli olmadığı yönü ile eleştirilen BM Şartı, BM İnsan Hakları sözleşmeleri ile güçlendirilerek yeniden canlandırılmış ve işleyen bir anayasal rejime doğru gelişme kaydetmiştir.<sup>264</sup> Yeh ve Chang’in altını çizdiği gibi, uluslararası anlaşmalar anayasal veya anayasa benzeri işlevler üstlendikçe, özellikle insan haklarını içeren uluslararası ölçü normlar, gün geçtikçe daha fazla kabul görmeye ve yerel hukuk düzenlerine daha fazla yerleşmeye

<sup>260</sup> Jiunn-Rong YEH ve Wen-Chen CHANG 2008, agm. s. 92.

<sup>261</sup> Bkz. M. CLAES (2006). *The national courts' mandate in the European Constitution*. Bloomsbury Publishing.; M. ROSENFELD (2006). “Comparing constitutional review by the European Court of Justice and the US Supreme Court”, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 4, Sayı 4, 618-651.; B. VESTERDORF (2006), “A constitutional court for the EU?”, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 4, Sayı 4, s. 607-617.

<sup>262</sup> Jiunn-Rong YEH ve Wen-Chen CHANG 2008, agm. s. 93.

<sup>263</sup> A. S. SWEET (2009), “Constitutionalism, legal pluralism, and international regimes”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Cilt 16, Sayı 2, s. 622. Ayrıntılı bilgi için bkz: E. U. PETERSMANN (2006), “Human Rights, Constitutionalism and the World Trade Organization: Challenges for World Trade Organization Jurisprudence and Civil Society”, *Leiden Journal of International Law*, Cilt 19, Sayı 3, s. 633-667.

<sup>264</sup> W. H. MEYER ve B. STEFANOVA (2001), “Human rights, the UN Global Compact, and global governance”, *Cornell Int'l LJ*, Cilt 34, s. 510.



başlamıştır. Örneğin, soykırım ve köle ticaretinin yasaklanması tüm devletleri bağlamakta ve “jus cogens”<sup>265</sup> olarak kabul edilmektedir. Benzer şekilde, artık çoğu uluslararası insan hakları, geleneksel uluslararası hukukta rıza şartı aranmaksızın bağlayıcı hale gelmektedir. Örneğin, savaş zamanında dahi, bir sanığın yargılanma sırasında hazır bulunma ve aleyhindeki delillerden haberdar olma hakkı, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi tarafından uluslararası teamül hukuku olarak kabul edilmiştir.<sup>266</sup> Bu yönleri ile anlaşılmaktadır ki, sınırötesi anayasa benzeri düzenlemeler içinde yer alan uluslararası normlar, kabul edildiği formda, hiçbir değişikliğe ihtiyaç duymaksızın yerel hukukta da daha çok insan hakları konusunda olmak üzere karşılığını bulmaktadır.

### 2.2.2. Sınırötesi Yargı Diyalogu ve Referansları

Sınırötesi yargı diyalogu, genellikle mahkemelerin birbirleri ile çift taraflı sözlü ya da yazılı iletişiminden ziyade, mahkemelerin farklı ülkelerdeki muadillerinin kararlarını inceleme, öğrenme ve içselleştirme süreci olarak tanımlanabilmektedir.<sup>267</sup> Sınırötesi anayasalcılığın Yeh ve Chang’e göre, ikinci boyutu sınırötesi yargı diyalogu ve referanslarıdır. Buna göre, sınırötesi yargı diyalogu da kendi içerisinde üçe ayrılmaktadır. İlk diyalog grubu, uluslararası mahkemelerin kararları da dahil olmak üzere, uluslararası normlara, yerel yargının referans teşkil etmesidir. Bu ilk referans grubu genellikle ya anayasal yetkiden ya da yargının kendisini onaylamasından kaynaklanmaktadır.<sup>268</sup> Günümüzde, uluslararası normlara ve yargı kararlarına yapılan sınırötesi referanslar, bu türde bir yargı diyalogunu teyit etmekte ve giderek yaygınlaşmaktadır. Örneğin Avustralya’da giderek artan sayıda yerel mahkeme hakimleri, hukukun temel ilkeleri hakkında sınırötesi yargı diyalogu seçeneğini kullanmaktadırlar.<sup>269</sup>

Sınırötesi yargı diyalogunun ikinci grubu ise, yabancı ulusal mahkemelerin

<sup>265</sup> Türkçe’de “buyruk kural” veya “amir hüküm” olarak kullanılabilir. Bkz. Erdem, DENK. (2001), “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kuralları”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 56, Sayı 2, s. 44. Ayrıca Bkz: Robert KOLB (2015), *Peremptory International Law-Jus Cogens: A General Inventory*, Hart Publishing, Oxford.

<sup>266</sup> Jiunn-Rong YEH ve Wen-Chen CHANG 2008, agm. s. 95.

<sup>267</sup> D. S. LAW ve W. C. CHANG (2011), “The limits of global judicial dialogue. *Wash. L. Rev.*, Cilt 86, s. 534.

<sup>268</sup> V. C. JACKSON (2004), “Constitutional dialogue and human dignity: States and transnational constitutional discourse”, *Mont. L. Rev.*, Cilt 65, s. 15.

<sup>269</sup> M. KIRBY (2008), “Transnational judicial dialogue, internationalisation of law and Australian judges”, *Melb. J. Int'l L.*, Cilt 9, s. 171.

kararları da dahil olmak üzere, diğer ulus devletlerin yabancı yasalarına verilen yargısal referanslardır.<sup>270</sup> Öyle ki; Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin Batı Avrupa'da kabul edilen normlara atıfta bulunması örneğinde olduğu gibi, ulusal yargı organları, ulusal hükümetlerinin henüz kabul etmediği sınırötesi normlara atıfta bulunabilmektedir<sup>271</sup>. Bu şekilde sınırötesi normatif bağlar kuran yerel mahkemeler, aslında kökenine bakmaksızın genel kabul görmüş normları kullanmak suretiyle, sınırötesi anayasacılığı geliştirmektedirler.

Sınırötesi yargı diyalogunun üçüncü grubunda da, uluslararası mahkemeler tarafından diğer uluslararası rejimlere ve diğer uluslararası mahkemelerin kararlarına yapılan atıflar yer almaktadır. Önceki iki grup yargı diyalogunda olduğu gibi, mahkemeler arasındaki diyalog, sınırötesi düzeyde de gerçekleştirilebilmektedir.<sup>272</sup> Bu noktada, mahkemeler sınırötesi anayasalcılık faaliyetleri kapsamında, birbirlerinin kararlarını referans almakta, sorunların çözümünde ortak normlar geliştirebilmektedir.<sup>273</sup> Dolayısıyla, sınırötesi anayasalcılık kapsamında, tesis edilen yargı diyalogu ile her geçen gün sınırötesi ortak akıl geliştirilmektedir.

### 2.2.3. Ulusal Anayasaların Küresel Düzeyde Benzeşmesi

Literatürde gözlemlendiği üzere, son yıllarda araştırmacıların incelediği ülkelerdeki anayasa hukuku, diğer ülkelere etkilenmekte veya birbirleri ile etkileşimde bulunmaktadır.<sup>274</sup> Yapılan araştırmalarda, genellikle Amerika Birleşik Devletleri ile diğer ülkeler arasındaki etkileşimler ele alınmakta ise de, esasen tüm araştırmaların ortak noktası, kendilerine has ayrımları bir kenarda tutulursa, dünya üzerinde anayasaların ortak temeller üzerinde giderek birbirlerine benzemeye başlamasıdır.

Ancak dikkatle ele alındığında, konu üzerinde yapılan tartışmaların iki ana fikir üzerinde toplandığı gözlemlenmektedir. Bunlardan ilkinde göre, bir ülkenin

<sup>270</sup> Jiunn-Rong YEH ve Wen-Chen CHANG 2008, agm. s. 96.

<sup>271</sup> Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002).

<sup>272</sup> Jiunn-Rong YEH ve Wen-Chen CHANG 2008, agm. s. 96.

<sup>273</sup> P. WEBB (2013), *International judicial integration and fragmentation*. OUP Oxford. Ayrıca Bkz: G. GUILLAUME (1995), "The future of international judicial institutions", *International & Comparative Law Quarterly*, Cilt 44, Sayı 4, ss. 848-862.; J. S. MARTINEZ (2003), "Towards an international judicial system", *Stan. L. Rev.*, Cilt 56, s. 429.

<sup>274</sup> Bkz. J. DOLINGER (1990), "The influence of American constitutional law on the Brazilian legal system", *The American Journal of Comparative Law*, Cilt 38, Sayı 4, ss. 803-837.; D. M. DAVIS (2003), "Constitutional borrowing: The influence of legal culture and local history in the reconstitution of comparative influence: The South African experience", *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 1, Sayı 2, ss. 181-195.

anayasa hukukunun, diğer ülkelerin anayasa hukukundan büyük ölçüde bağımsız olması gerekmektedir. Buna örnek olarak ise, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın kuruluşunda İngiliz ve Roma Anayasa Hukuku'ndan etkilenmesi fakat birkaç istisna dışında, dünyanın başka ülkelerindeki anayasal gelişmeleri dikkate almaksızın değişmekte ve gelişmekte olduğu gösterilmektedir.<sup>275</sup> Bu genellikle olgunlaşmış çağdaş anayasalarda geçerli olduğuna inanılan görüş olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>276</sup>

Sınırötesi anayasalcılık ile bağdaşan ikinci görüş ise, bir devletin anayasa hukukunun, diğer devletlerdeki anayasa hukukundan etkilendiği ve etkilenmesinin de gerekli olduğu üzerine bina edilmiştir. Çeşitli ülke mahkemelerinin, diğer yabancı ülkelerin anayasal gelişmelerinden ilham almak istemesi ve kendi anayasalarını da geliştirmeye dönük eyleme geçmelerinin ya da istemeden de olsa otonom olarak çeşitli anayasal gelişmelerden etkilenmesi kaçınılmazdır. Genel olarak bakıldığında, bu fikrin savunucusu olan araştırmacıların, dünya genelinde anayasaların birbirlerini düşük düzeyde etkilemenin ötesinde, daha çok genel olarak küresel bir benzeşmeye doğru gidildiğinin altını çizmektedirler.<sup>277</sup>

Dixon ve Posner, küresel düzeyde ülkeler arasındaki anayasal benzeşmeyi, dört ana teori üzerinde açıklamaktadırlar. Bunlardan ilki, “üstyapı teorileri (*superstructure theories*)”<sup>278</sup> olarak adlandırılmaktadır. Bunlara göre; anayasalar, teknolojik, demografik ve ekonomik unsurları yansıtmakta ve bu unsurların ülkeler arasında benzeştiği ölçüde, anayasalar da aynı oranda birbirine benzemektedir. Örneğin, artan uluslararası ticaret sonucunda ülke içi eşitsizliği azaltıyor ve anayasal normlar da bu eşitsizliğin düzeyini yansıtıyorsa, yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren uluslararası ticaretin artması ile anayasal benzeşme düzeyinin de artış olması öngörülmektedir. Bu ilk grup teoriler, Dixon ve Posner tarafından “gizil güçler” olarak ifade edilmekte ve esasen anayasa yapıcılarının üzerinde aktif rol oynayamadığı

<sup>275</sup> R. DIXON ve E. A. POSNER (2010), “The limits of constitutional convergence”, *Chicago Journal of International Law*, Cilt 11, s. 400.

<sup>276</sup> M. TUSHNET (1998), “Returning with Interest: Observations on Some Putative Benefits of Studying Comparative Constitutional Law”, *U. Pa. J. Const. L.*, Cilt 1, s. 325.

<sup>277</sup> Bkz.; Z. ELKINS, , T. GINSBURG ve B. SIMMONS (2013), “Getting to rights: Treaty ratification, constitutional convergence, and human rights practice”, *Harv. Int'l LJ*, Cilt 54, ss. 61-95; D. SCHNEIDERMAN (2011), “A new global constitutional order?”, *İçinde Comparative Constitutional Law*, Eds. Tom Ginsburg ve Rosalind Dixon, s.189-207, Edward Elgar Publishing.

<sup>278</sup> Bkz. Kemal GÖZLER (2011). Türkçeden İngilizce ve Fransızcaya Anayasa Hukuku Terimleri Sözlüğü, <https://www.anayasa.gen.tr/ahgt-sozluk-tr-ing-fr.pdf> Erişim Tarihi: 12.03.2021

alternatif olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>279</sup>

Bunların karşısında ise sırada değinilecek olan diğer üç teori de esasen, anayasa yapıcıların, anayasa değişimi üzerinde etkisi olduğunu kabul etmektedir. Bu grubun ilk teorisi ise, “öğrenme teorileri (*learning theories*)” olarak adlandırılmaktadır. Bu teorilere göre, anayasal normları etkileyen hukuki, siyasi ve diğer aktörler, bilinçli olarak diğer ülkelerdeki örnekleri takip ederek ve gözlemleyerek anayasa normlarını değiştirmektedirler. Fakat uygulamada bu anayasal ödünç almanın<sup>280</sup> genellikle tek-yönlü olduğundan bahsedilmektedir. Bu yön ise, daha eski ve daha başarılı olan ülkelere doğru gösterilmektedir.<sup>281</sup> Bu noktada belirtmek gerekir ki; anayasalar arasında benzeşme aranan hüküm ve normlarda, bazen de etkinlik, sadece devletlerin eski ya da yeni olarak kabul edilmesi değil fakat o konuda, ülkelerin sahip olduğu deneyim veya kültürel ve sosyal birikim üzerinden yürütülmelidir.

Diğer bir teori grubu ise, “zorlama teorileri (*coercion theories*)” olarak adlandırılan ve bazı ülkelerin diğer ülkelerin anayasal normlarını değiştirmesi için çeşitli yollardan baskı kurduğunu anlatan teorilerdir. Dixon ve Posner tarafından bu baskı unsurları, “karşılıklı ticareti durdurma”, “devlet yardımlarını kesme”, “askeri güç kullanma” olarak tarif edilmekte ve kimi zaman da hedefte yer alan ülkenin itibarının zedelenmesi riski ile karşı karşıya bırakıldığı durumları kapsamaktadır. Böyle bir durumda, hedef devletler, dışlanmaktan veya tecrit edilmekten kaçınmak veya uluslararası işbirliğine yönelik itibarlarını korumak veya arttırmak amacıyla, gönüllü olarak normlarını değiştirebilmektedirler. Son olarak ise, “rekabet teorileri (*competition theories*)” olarak adlandırılan teorilere göre, ülkeler uluslararası sermayeyi, ticareti veya göçmenleri cezbetmek amacıyla kendi normlarını değiştirebilmekte ve çağdaş ülke anayasaları ile benzeşme düzeyini

<sup>279</sup> DIXON ve POSNER (2010), agm., s. 402.

<sup>280</sup> Constitutional borrowing: Bkz: N., TEBBE ve R. L. TSAI (2009), Constitutional borrowing. *Mich. L. Rev.*, Cilt 108, s. 459-522; D. M. DAVIS (2003), “Constitutional borrowing: The influence of legal culture and local history in the reconstitution of comparative influence: The South African experience”, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 1, Sayı 2, s. 181-195.

<sup>281</sup> M. GORDON (2009), “Don't copy me, Argentina: constitutional borrowing and rhetorical type”, *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, Cilt 8, ss. 487-519. Ayrıca Miller'a göre, 1853 Arjantin Anayasası'nın 70 yıl boyunca başarılı olmasının sebebi, büyük ölçüde Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın kopyası olmasındandır. Bkz: J. M. MILLER, (1996), “The Authority of a Foreign Talisman: A Study of US Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith”, *Am. UL Rev.*, Cilt 46, s. 1483.

arttırabilmektedir.<sup>282</sup>

Sonuç olarak, ulusal anayasaların küresel düzeyde benzeşmesi Yeh ve Chang'e göre anayasal bir zafer olarak addedilebilir ki, bunun nedeni de dünya nüfusunun üçte ikisinin anayasal demokrasi altında hayatını devam ettirmesi ve son yıllarda birçok ülkenin anayasalarını çağdaş anayasa ilkelerine uyumlu bir şekilde yazması veya değişiklik yapmasıdır.<sup>283</sup>

### 2.3. SINIRÖTESİ ANAYASALCILIK BENZERİ ULUSLARARASI ANAYASALCILIK GÖRÜŞLERİ

Sınırötesi anayasalcılığın küreselleşme ile olan organik bağımlı destekler nitelikte ve buna ilaveten küreselleşme olugusunun ortaya çıkmasından önceki ulus-devlet döneminde üretilen temel politikaları da muhafaza ederek, günümüzde anayasalcılık faaliyetlerin dünya genelinde demokratikleşmesine katkıda bulunan çeşitli anayasalcılık görüşleri bulunmaktadır. Bunlar, Schneiderman'ın da belirttiği gibi, sınırötesi anayasalcılığı sadece ticaret ve pazar (market) dostu bir yaklaşım değil fakat bireysel hak ve hürriyetlere yaptığı katkı ve anayasal demokratikleşme açısından beslemektedirler.<sup>284</sup>

Bu kapsamda ve ana ekseninde, Anderson'un yaptığı taksonomide üç öncü sınırötesi anayasal yaklaşım bulunmaktadır. Bu yaklaşımlar, farklı argümanlar üzerine bina edilmiş olsalar da, temelde sınırötesi anayasalcılık ile etkileşim içerisinde bulunmaktadır.

Bunların ilki ulusüstü anayasalcılık (*supranational constitutionalism*)<sup>285</sup>, ikincisi toplumsal anayasalcılık (*societal constitutionalism*)<sup>286</sup> olarak karşımıza

<sup>282</sup> DIXON ve POSNER (2010), agm., s. 402-403.

<sup>283</sup> Jiunn-Rong YEH ve Wen-Chen CHANG 2008, agm. s. 97.

<sup>284</sup> D. SCHNEIDERMAN (2008), *Constitutionalizing economic globalization: Investment rules and democracy's promise*. Cambridge University Press.

<sup>285</sup> N. WALKER (2005), *The migration of constitutional ideas and the migration of the constitutional idea: the case of the EU*. European University Institute Working Paper Law No.2005/04., European University Institute, Florence. Ayrıca Bkz: M. LOUGHLIN ve N. WALKER (2007), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford University Press.

<sup>286</sup> G. TEUBNER (2004), *Societal constitutionalism: Alternatives to state-centered constitutional theory?*, Storrs Lectures 2003/2004 Yale Law School, s. 1-24. Ayrıca Bkz: D. SCIULLI (1986), "Voluntaristic action as a distinct concept: Theoretical foundations of societal constitutionalism", *American Sociological Review*, Cilt 51, Sayı 6, s. 743-766.

çıkarken, üçüncü görüş ise, yeni anayasalcılık (*new constitutionalism*)<sup>287</sup> olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>288</sup>

### 2.3.1. Ulusüstü Anayasalcılık Yaklaşımı

Anderson'un tahliline göre, Walker'ın ulusüstü anayasalcılık yaklaşımı, anayasa teorisindeki sosyolojik dönüşümün çarpıcı bir örneği olarak karşımıza çıkmaktadır. Walker'ın anayasalcılık anlayışı, liberal anayasalcılığın kavramsal diline ve yargısal denetim gibi yasama gücünü düzenleyici unsurlara dayanmaktadır. Bu anlayış genel itibari ile anayasalcılığın amaçlarına ilişkin esaslı bir teoriyi ifade etmekten ziyade, anayasal yapıların varlığının bir görselini ortaya koyma amacını taşımaktadır. Dolayısıyla, bu anlayış ulusüstü örgütlerin, yerel anayasalar üzerindeki etkisini tartışmaktadır.<sup>289</sup> Ulusüstü anayasalcılık kavramı terminolojik olarak anayasal çoğulculuk (*constitutional pluralism*) ile ilişkili olsa da, anayasal çoğulculuk kavramsal olarak ayrılmaktadır. Öyle ki; anayasal çoğulculuk kavramı, esasen Avrupa Birliği (AB) hukukunun anayasal boyutunun incelenmesinden ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda, “anayasal teklik (*constitutional monism*)”<sup>290</sup> olarak adlandırılan kavram Westfalya çağında anayasalcılığın tanımlayıcı varsayımına, yani anayasal otoritelerin tek kaynağının devletler olduğu fikrini ortaya atmaktadır. Buna karşın anayasal çoğulculuk, Roma Andlaşması ile başlayan Avrupa düzeninin uluslararası hukukun geleneksel sınırlarının ötesinde geliştiğini ve devletlerin halihazırda anayasal düzenlemelerine ilave olarak, kendi bağımsız anayasal düzenlemeleri olduğunu kabul etmektedir. Burada anayasalar arasındaki ilişki, dikey değil fakat yatay ve hiyerarşik değil fakat heterarşik olarak konumlandırılabilir.<sup>291</sup>

Anayasal çoğulculuk yerine ulusüstü anayasalcılık kavramının tercih edilmesinin sebebi, AB ve DTÖ gibi oluşumların devlet temelli anayasal teklik

<sup>287</sup> S. GILL (1998), “New constitutionalism, democratisation and global political economy”, *Global change, peace & security*, Cilt 10, Sayı 1, ss. 23-38. Ayrıca Bkz: R. HIRSCHL (2009), *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press.

<sup>288</sup> G. W. ANDERSON (2012), “Beyond ‘constitutionalism beyond the state’”. *Journal of Law and Society*, Cilt 39, Sayı 3, s. 361.

<sup>289</sup> *age.*, s. 364.

<sup>290</sup> Bkz. J. G. STARKE (1936), “Monism and dualism in the theory of international law”, *Brit. YB Int'l L.*, Cilt 17, s. 66.; D. FELDMAN (1999), “Monism, dualism and constitutional legitimacy”, *Aust. YBIL*, Cilt 20, s. 105.

<sup>291</sup> N. WALKER (2002), *The Idea of Constitutional Pluralism*, European University Institute Working Paper Law No.2002/1, European University Institute, Florence. s. 31.

görüşüne alternatif alanlar teşkil etmesidir. Bunun sebebi ise, küreselleşme ile dünya genelinde ortaya çıkan bir dizi gelişmedir. İlk olarak, Westfalya aşaması, nihai yasal otoriteye sahip olmak için sadece ulus-devletin makul bir iddiası olması bağlamında, doğası gereği tek boyutluydu. Westfalya sonrası olarak adlandırılan ikinci aşamada ise, ekonomik faaliyetlerin, ticaretin, seyahatlerin ve iletişimin küreselleşmesini içeren yeni bir düzene geçilmiştir. Bunun üzerine ise, yirminci yüzyılın ikinci yarısında yasal ve siyasi otoritenin kullanılması ile ilgili olarak AB, DTÖ, BM ve Avrupa Konseyi gibi kurumlar ulusüstü standartlar ve normlar getirmişlerdir. Walker'a göre, Westfalya sonrası çağda, yönetim biçimi sadece ulus-devletle sınırlı kalmamakta ve anayasalcılığın çağdaş devlet dışı oluşumların yasal normatif düzenleri için gerekli olduğunu ve hatta bunların kurucu unsuru olduğunu savunmaktadır.<sup>292</sup> Walker, ulusüstü anayasalcılık faaliyetleri kapsamında, örneğin AB ve DTÖ gibi oluşumların etkinliğini ölçmek için yedi indikatörden oluşan bir indeks geliştirmiştir. Bu indikatörleri ise “bilinçli bir anayasal söylemin benimsenmesi”, “egemenlik iddiası”, “yargı kapsamının geliştirilmesi”, “yorumlayıcı özerklik iddiası”, “atıl kurumsal kapasitenin kullanılması”, “vatandaşlık olaylarının belirlenmesi”, ve bu “vatandaşlığı gerçekleştirmek için temsil mekanizmalarının inşa edilmesi” olarak belirlemiştir.<sup>293</sup> Walker'ın çalışmalarından anlaşıldığı üzere, ulusüstü anayasalcılık, getirdiği değerler ile oluşumlara üye devletlere yerel anayasalcılık faaliyetlerinin bu sisteme entegre edilmesi ve adapte olması sonuçlarını doğurmakta ve bu da sınırötesi anayasalcılık faaliyetlerini desteklemektedir.

### **2.3.2. Toplumsal Anayasalcılık Yaklaşımı**

Sınırötesi anayasalcılığı besleyen bir diğer yaklaşım ise toplumsal anayasalcılık olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yaklaşım üzerinde çalışmalar yapan Teubner, anayasalcılığın sosyolojik analizini yapmakta ve ilgili bağlamı ulusüstü anayasalcılığın kurumlarının da ötesine götürmektedir. Bunu yapmasının sebebi ise, kendisinin anayasalcılık anlayışının, liberal anayasalcılığın çerçevesini yeniden yapılandırmak yerine, sosyal teoriden beslenmesi üzerine inşa edilmiş olmasıdır. Walker'ın üzerinde çalıştığı ulusüstü anayasalcılık anlayışının aksine, Teubner'a göre, toplumsal anayasalcılık çağdaş küreselleşme olgusundan doğmamış bilakis,

<sup>292</sup> Gavin W. ANDERSON 2012, agm. s. 364.

<sup>293</sup> Neil WALKER 2002, age. s.343-354.

küreselleşmeye giden ortamda, öncesinde varolmuştur. Fakat belirtmek gerekir ki; küreselleşme olgusu, toplumsal anayasalcılığın faaliyet alanını değiştirmektedir. Dolayısıyla, toplumsal anayasalcılık yaklaşımı, yönetişimde özel kesim aktörlerinin ve resmi kurum düzenlemelerinin ötesinde işlem yapabilmeyen de gündeme geldiği hukuk sosyolojisini temel almaktadır. Kapsam olarak da, küreselleşmenin de yardımıyla paydaşların sayısını arttırmakta ve modern koşullar altında sosyal değişimi mümkün kılmaktadır. Bunu yaparken de, sadece mahkemeler ve yasama meclisleri değil fakat aynı zamanda, topluma ilişkin ihtiyaçlara çözüm önerileri sunabilen üniversiteler, özel şirketler, meslek odaları ve sivil toplum kuruluşlarını da kapsayıcı bir şekilde faaliyet göstermektedir.<sup>294</sup>

Teubner'in yorumladığı toplumsal anayasalcılık anlayışı, Sciulli'nin sosyal teorisi üzerine özel kesimi de eklemesi suretiyle, küreselleşen dünyada topluma ilişkin ihtiyaçların anayasalar ile teminat altına alınmasını işaret etmektedir.<sup>295</sup> Toplumsal anayasalcılık yaklaşımı, bu yönü ile ulusötesi anayasalcılığın sınırlarını da genişletmektedir. Özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra ortaya çıkan ve 1990'lı yıllardan sonra ivme kazanan küresel toplum anlayışı çerçevesinde, devletlerin kendi aralarında ve ulusüstü oluşumlarla olan anayasalcılık faaliyetlerinde, toplumsal anayasalcılık yaklaşımı önemli bir zemin oluşturabilmektedir.<sup>296</sup>

### 2.3.3. Yeni Anayasalcılık Yaklaşımı

Sınırötesi anayasalcılığın doğasını şekillendiren bir diğer yaklaşım ise, Gill tarafından yeni anayasalcılık yaklaşımı olarak ifade edilmektedir. Gill'e göre yeni anayasalcılık "*sermayenin dünya genelinde ve küresel ölçekte yeniden oluşturulması ve bunun korunması ile ilişkili olan siyasi ve anayasal değişiklikler dizisi*" olarak tanımlanmaktadır.<sup>297</sup> Yeni anayasalcılık yaklaşımının bu kapsamda kökeni eleştirel

<sup>294</sup> Gavin W. ANDERSON 2012, agm. s. 365-366.

<sup>295</sup> G. TEUBNER (2004), *Societal constitutionalism: Alternatives to state-centered constitutional theory?*, Storrs Lectures 2003/2004 Yale Law School., s. 1-24.

<sup>296</sup> Bkz: J. PŘIBÁŇ (2012), "Constitutionalism as fear of the political? A comparative analysis of Teubner's constitutional fragments and Thornhill's A Sociology of Constitutions", *Journal of Law and Society*, Cilt 39, Sayı 3, ss. 441-471.; E. CHRISTODOULIDIS (2013), "On the politics of societal constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Cilt 20, Sayı 2, ss. 629-663.

<sup>297</sup> S. GILL (1998), "New constitutionalism, democratisation and global political economy", *Global Change, Peace & Security*, Cilt 10, Sayı 1, s.25.



uluslararası ilişkiler teorisine dayanmakla birlikte,<sup>298</sup> kavramın gelişimine, siyaset bilimi ve anayasa hukuku alanında çalışmalar yapan araştırmacılar tarafından da destek sağlanmıştır.<sup>299</sup>

Stephen Gill'e göre, neoliberal piyasa güçlerinin dolaylı gücü, ekonomik disiplini sağlamak için yetersiz kalabildiğinden ötürü, bu noktada anayasalcılığın dili, çağdaş küreselleşmenin dinamiklerini açıklamak için oldukça önemli bir kaynaktır. Bu hususta, disipline edici neoliberalizmin siyasi ve hukuki tamamlayıcısı olarak görülen yeni anayasalcılık toplumsal kontrolü sağlayabilmek için gerekli olan "doğrudan güç (*direct power*)" unsurunu sağlamaktadır. Bu da, DTÖ ve onunla ilişkili enstrümanlar arasından örneğin "Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaretle Bağlantılı Yönleri Andlaşması (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights-TRIPS*)" ve hatta makroekonomik, ticari, yatırım ve sanayi politikalarında devletlere kısıtlama getiren uluslararası andlaşmaların ve ikili yatırım anlaşmalarının kabul edilmesi ile mümkün olmaktadır. Söz konusu anlaşmaların temel özelliklerinin tanımlanması ile anayasal benzeşimin (*constitutional analogy*) uygunluğunu teyit edilmektedir. Bunlar karakteristik olarak, değiştirilmesi zordur ve bu yüzden uzun vadede yürürlükte kalma özelliğini haizdirler. Ayrıca, genellikle bir tür yargı denetimi yoluyla yürürlükte kalmaktadırlar ve özellikle yatırımcıların haklarının kamulaştırılmasına yönelik yasaklar yoluyla, devletlerin yapabilecekleri veya yapamayacakları hususlar konusunda metinsel sınırlar koymaktadırlar. Gill de, bunun küresel sermaye için fiili bir anayasa anlamına geldiğini savunmakta ve özellikle de Kuzey Amerika bağlamında etkili olan hükümet politikalarının sınırları olarak anayasalcılık anlayışını sınırötesi düzeye aktarmaktadır. Yeni anayasalcılığın taraftarları, uluslararası ticaretin oldukça teknik kurallarına odaklanmanın anayasal söylemin standart tarzı olmadığını kabul etmekle birlikte, buna rağmen, yaklaşımın sınırötesi anayasalcılık bağlamını geliştirdiği fikrini desteklemektedirler.<sup>300</sup> Bunlara örnek olarak yeni anayasalcılık çalışmalarının bağlamını AB<sup>301</sup> ve DTÖ<sup>302</sup> gibi

<sup>298</sup> Gavin W. ANDERSON 2012, agm. s. 367.

<sup>299</sup> Bkz: S. ROESLER (2007), "Permutations of judicial Power: the new constitutionalism and the expansion of judicial authority", *Law & Social Inquiry*, Cilt 32, Sayı 2, ss. 545-579.; J. KELSEY (1997), "Global economic policy-making: A new constitutionalism", *Otago L. Rev.*, Cilt 9, s. 535.; L. HILBINK, (2008), Assessing the new constitutionalism. *Comparative Politics*, Cilt 40, Sayı 2, ss. 227-245.

<sup>300</sup> Gavin W. ANDERSON 2012, agm. s. 367-369.

<sup>301</sup> Bkz: S. GILL (1998), "European governance and new constitutionalism: economic and monetary union and alternatives to disciplinary neoliberalism in Europe", *New political economy*, Cilt 3, Sayı 1, ss. 5-26.

oluşumların sınırlandırıcı etkilerinde de görmek mümkündür. DTÖ'nün devlet ve devlet dışı aktörler arasındaki gevşeyen çizgide, sınırötesi yönetimi sürdüren kamu ve özel güçlerin bir karışımı gibi hareket ettiği gözlemlenmektedir.<sup>303</sup> Buradan anlaşıldığı üzere; yeni anayasalcılık yaklaşımı, uluslararası ekonomik oluşumların kabul etmiş olduğu uluslararası ekonomi ve ticarete yönelik anayasal düzenlemeler, ulus-devletlerin yerel ekonomik ve sosyal ihtiyaçlara yönelik anayasal düzenlemelerine bir referans teşkil etmektedir.

#### 2.4. ULUSLARARASI HUKUK STANDARTLARI TEMELİNDE SINIRÖTESİ ANAYASALCILIĞIN İNCELENMESİ

Çağımızda, rasyonel hukukun gelecek nesillere bıraktığı en önemli miraslardan birisi çoğu ülkenin kullandığı ve ihtiyaç duyduğunda kullanabileceği uluslararası hukuk standartlarıdır. Genel itibari bu kurallar, yalnızca insan haklarının korunması hususunu değil fakat devletlerin demokratik bir yapı çerçevesinde hayatını devam ettirmesini içermektedir. İlaveten uluslararası yatırımların hususları da uluslararası hukuk standartları arasında önem arzeden bir konuma sahiptir. Bununla birlikte, temel olarak değinmekte fayda vardır ki; anayasa yapıcı gücün uluslararası hukuk düzeyinde sınırları bulunmaktadır. Bu noktada, ikici (*dualist*) görüş, uluslararası hukuk ve iç hukuk arasındaki ilişkide ilkinin ikincisine etkisinde tek belirleyici olarak, o ülkenin anayasasını kabul etmektedir. Fakat son zamanlarda, insan haklarının korunması alanında tekçi (*monist*) görüşün etkili olduğunu belirtmek gerekmektedir. Dolayısıyla, insan hakları alanındaki iç hukuk düzenlemeleri uluslararası hukukun çerçevesine tabi olmuştur. Aynı çerçeve ise, anayasa yapıcı gücü de sınırlamaktadır.<sup>304</sup>

Uluslararası standartların sınırötesi anayasalcılık ile ilişkisi noktasında ise, bilinmektedir ki; günümüzde çağdaş anayasalar sınır aşan ve sınırları dışından uluslararası hukuk standartlarının anayasal düzene sirayet ettiği önemli bir dönüşüm

---

<sup>302</sup>Bkz: T. ESKELINEN, ve M. YLÖNEN (2017), “Panama and the WTO: new constitutionalism of trade policy and global tax governance”, *Review of International Political Economy*, Cilt 24, Sayı 4, ss. 629-656.; S., McBRIDE ve G. TEEPLE, (2019). *The New Constitutionalism: International and Private Rule in the New Global Order*, *İçinde Relations of Global Power*, Eds. S., Mcbride ve G. Teeple, ss. 19-40, University of Toronto Press.

<sup>303</sup> Jiunn-Rong YEH ve Wen-Chen CHANG 2008, agm. s. 106.

<sup>304</sup> Matthias HERDEGEN (2014b), “Anayasa Yapımının Sınırları”, *İçinde Anayasa Teorisi (Verfassungstheorie)*, Çev. Naim Demirel, Eds. Otto Depenheuer ve Cristoph Grabenwarter; Çev. Ed. İlyas Doğan, s.363-384, Lale Yayıncılık. s. 379.

sürecine özne olmaktadır. Çünkü, anayasalar kendilerini dışa açılmaya hazırlamakta ve uluslararası standartlar ile tesis edilen ilişkileri de yönetmektedir. Bir başka açıdan da bu süreç içinde anayasa uluslararası standartların nesnesi de olabilmektedir. Karşılıklı etkileşim süreci açısından ve sınırötesi anayasalcılık açısından bakılırsa, uluslararasılaşma ve anayasallaşma süreçleri birbirleri ile ilişkilendirildiğinde görülmektedir ki; uluslararası hukuk standartları iç hukuka büyük ölçüde etki etmektedir. Kelsen'e göre bu gelişme, temeli uluslararası hukuk olan ahenkli bir bütüncül hukuk düzeni öngören, monistik görüşün gerçekleşmemesi anlamına gelmektedir. Fakat yine de, ulusal hukuk ile uluslararası hukuk standartları arasında hukukun oluşturulması ve uygulanması aşamasında uluslararası hukuk standartlarının üstünlük sağlaması durumunu ortaya çıkarmaktadır.<sup>305</sup>

Uluslararası hukuk standartları ve sınırötesi anayasalcılık ilişkisi üzerine çeşitli ülkelerin anayasalarından örnek verilecek olursa; İsviçre Anayasası yapılacak tüm anayasa değişikliklerinin, ki bunlara köklü değişiklikleri de dahil etmektedir, uluslararası hukukun emredici kurallarına bağlı kalacağını hüküm altına almaktadır.<sup>306</sup> Ayrıca, Kosta Rika Yüksek Mahkemesi Anayasa Senatosu, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, anayasadan üstün olduğunu kabul etmektedir.<sup>307</sup> Kosta Rika Yüksek Mahkemesi'nin bu şekilde aldığı karar, esasen anayasa yapıcı gücün, insan haklarına sadık kalmasını teminat altına almak istemesidir.

Benzer şekilde, Alman Anayasası, "uluslararası hukukun genel kuralları"na federal yasalar karşısında, daha üstün bir konum atfetmektedir. Bu görüş Doehring'e göre "anayasal hüküm" hatta Curtius'e göre ise "anayasa-üstü bir düzey" dir.<sup>308</sup> Bu yönüyle Alman Anayasası, sözkonusu uluslararası hukuk kurallarından kişiler için dolaysız haklar ve yükümlülükler tesis etmektedir.<sup>309</sup>

<sup>305</sup> Matthias HERDEGEN (2014a), "Anayasal Düzenin Uluslararasılaşması", *İçinde Anayasa Teorisi (Verfassungstheorie)*, çev. Gökhan Güneysu, Eds. Otto Depenheuer ve Cristoph Grabenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, s.287-302, Lale Yayıncılık. s. 287-288.

<sup>306</sup> A. PETERS (2009), "Supremacy lost: international law meets domestic constitutional law", *ICL Journal*, Cilt 3, Sayı 3, s. 185.; Matthias HERDEGEN (2014), "Anayasa Yapımının Sınırları", *İçinde Anayasa Teorisi (Verfassungstheorie)*, Çev. Naim Demirel, Eds. Otto Depenheuer ve Cristoph Grabenwarter; Çev. Ed. İlyas Doğan, s.363-384, Lale Yayıncılık. s. 379. Bkz: İsviçre Anayasası, md. 193 (4), ve 194 (2).

<sup>307</sup> Matthias HERDEGEN 2014b, age. s. 379.; F. C. CASTRO, (2006), "Costa Rica's Constitutional Jurisprudence, Its Political Importance and International Human Rights Law: Examination of Some Decisions", *Duq. L. Rev.*, Cilt 45, s. 557.

<sup>308</sup> Matthias HERDEGEN 2014a, age. s.291.

<sup>309</sup> Bkz. B. VITANYI (1977), "Some Reflections on Article 25 of the Constitution of the German Federal Republic", *Netherlands International Law Review*, Cilt 24, Sayı 3, ss. 578-588.

Küresel anlamda, dünya devletleri; temel insan hakları, soykırım yasağı, halkların kendi egemenliklerini belirlemesi gibi kurucu ilkeleri içeren uluslararası hukuk kuralları (*daha önceden belirtildiği gibi “jus cogens”*) konularında sınırötesi anayasalcılık kapsamında diğer aktörlerden bilgi alışverişi gerçekleştirmekte ve karşılıklı olarak etkileşim halinde bulunmaktadır. Örneğin; 1999 İsviçre Federal Anayasası, anayasa değişikliklerini, uluslararası hukukun emredici kurallarına uygun ise geçerliliğine hükmetmektedir. Benzer şekilde Almanya’da da, Anayasa “*ihlal edilemez ve vazgeçilemez insan haklarının dünyadaki her türlü insan topluluğunun, barışın ve adaletin temeli*” olarak kabul etmektedir. Bunlara göre, insan haklarının, uluslararası hukukun emredici niteliğine dahil olan bir “çekirdek alan (Kern)”ın böyle bir şekilde tanınması, söz konusu kuralları iç hukuka dahil etmekte ve bu çekirdek alana anayasal bir statü atfetmektedir.<sup>310</sup> Bu emredici hukuk kuralları, uluslararası hukuk yapımında ve dolayısıyla da uluslararası hukuk sistemlerinde kabul edilir düzeyde etkinliğe kavuşmuştur.<sup>311</sup> Bu geçerliliğe kavuşan yeni görüşe, Almanya’da yargı kararları da uygunluk göstermeye başlamıştır.<sup>312</sup>

Bununla birlikte konuya BM Güvenlik Konseyi’nin bağlayıcı kararları açısından da yaklaşılabilir. Sınırötesi anayasalcılık kapsamında, BM Şartı’nın 7. bölümüne göre, bağlayıcı kararları,<sup>313</sup> Alman Anayasası’nın 24.maddesinin 2. fıkrası uyarınca, uluslararası kolektif güvenlik sistemine entegre olmaya ilişkin devletin amacı, Alman Anayasası’nın AB hukukuna verdiği benzer şekilde üstünlük tanınması şeklinde düşünülebilir.<sup>314</sup>

#### **2.4.1. İnsan Hakları Standartları ve Sınırötesi Anayasalcılık İlişkisi**

Dünyada çağdaş demokrasiler arasında yer alan ülkeler, gün geçtikçe insan hakları standartları ve sınırötesi anayasalcılık arasındaki ilişkiyi sağlam bir zeminde değerlendirilmesini sağlayacak türde düzenlemelere gitmektedir. Örneğin, 1976 Portekiz Anayasası,<sup>315</sup> 1978 İspanya Anayasası,<sup>316</sup> 1991 Romanya Anayasası,<sup>317</sup> ve

<sup>310</sup> Matthias HERDEGEN 2014a, age. s.292.

<sup>311</sup> J. VIDMAR (2013), “Rethinking jus cogens after Germany v. Italy: back to Article 53?”, *Netherlands International Law Review*, Cilt 60, Sayı 1, s.3.

<sup>312</sup> Bkz. Matthias HERDEGEN 2014a, age. s.292, Dipnot 18.: Alman Federal Anayasa Mahkemesi, BVerfGE, 112, 1 (27).

<sup>313</sup> Bkz. E. De WET (2004), *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Vol. 3, Hart Publishing.

<sup>314</sup> Matthias HERDEGEN 2014a, age. s.292.

<sup>315</sup> Bkz. 1976 Portekiz Anayasası md. 16(2). “Anayasa ve kanunların temel haklara ilişkin hükümleri, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi’ne uygun olarak okunmalı ve yorumlanmalıdır.” (*The provisions*

1996 Güney Afrika Anayasası'nda<sup>318</sup> olduğu gibi, kimi anayasalar uluslararası insan hakları hukukuna uygun olarak yorumlanması gerekliliğini açık bir şekilde ifade etmektedir. Bunların içinde özellikle Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, cezai süreçlerle ilgili bir dizi verdiği kararda, anayasal hakların evrensel düzeyde yorumlanması ile dikkatleri çekmiştir.<sup>319</sup>

Ayrıca, Alman Anayasası 1(2) maddesinde “dokunulmaz ve devredilmez insan haklarını” tanıdığını hüküm altına alırken doğal olarak uluslararası hukuk standartlarına uymaktadır. Bu şekilde bir ifadenin Alman Anayasası'nda yer alması ile birlikte, insan hakları esasen uluslararası hukukta var olan içeriği ile birlikte anayasaya dahil edilmiş olmaktadır.<sup>320</sup> Dolayısıyla, sınırötesi anayasalcılık kapsamında Alman Anayasası insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası hukukun emredici kurallarını kabul etmiş olmaktadır.

Bir başka örnekte ise, Kolombiya Anayasa Mahkemesi, Uluslararası İnsancıl Hukuk'u kullanmak suretiyle, önceden bahsi geçen anayasallık bloku tesis

---

*of the Constitution and laws relating to fundamental rights are to be read and interpreted in harmony with the Universal Declaration of Human Rights.)*

<sup>316</sup> Bkz. 1978 İspanya Anayasası md 10(2). “Anayasa tarafından temel hak ve özgürlüklere ilişkin normlar, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne ve İspanya'nın onayladığı bu konulardaki andlaşmalara ve sözleşmelere uygun olarak yorumlanır.“ (*The norms relative to basic rights and liberties which are recognized by the Constitution shall be interpreted in conformity with the Universal Declaration of Human Rights and the International treaties and agreements on those matters ratified by Spain.*)

<sup>317</sup> Bkz. 1991 Romanya Anayasası md 20(1). “Vatandaşların hak ve özgürlüklerine ilişkin Anayasa hükümleri, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne, Romanya'nın taraf olduğu andlaşmalara ve diğer sözleşmelere uygun olarak yorumlanır ve uygulanır.“ (*Constitutional provisions concerning the citizens' rights and liberties shall be interpreted and enforced in conformity with the Universal Declaration of Human Rights, with the covenants and other treaties Romania is a party to.*)

<sup>318</sup> Bkz. 1996 Güney Afrika Anayasası 233. “Tüm mahkemeler, herhangi bir mevzuatı yorumlarken, uluslararası hukuka uygun olmayan bir alternatif yorum yerine, mevzuatın uluslararası hukuka uygun bir makul yorumunu tercih etmelidir.“ (*When interpreting any legislation every court must prefer any reasonable interpretation of the legislation that is consistent with international law over any alternative interpretation that is inconsistent with international law*). Ayrıca, 39.(1) “Haklar Bildirgesi'ni yorumlarken, bir mahkeme veya forum a) insan onuru, eşitlik ve özgürlüğe dayalı açık ve demokratik bir toplumun altında yatan değerleri teşvik etmelidir; b) uluslararası hukuku dikkate almalıdır ve c) yabancı hukuku dikkate alabilir.“ (*When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law, and (c) may consider foreign law.*)

<sup>319</sup> Bkz. T. ROUX (2003), “Legitimizing transformation: political resource allocation in the South African Constitutional Court”, *Democratization*, Cilt 10, Sayı 4, ss. 92-111.; T. ROUX (2013), *The politics of principle: The first South African constitutional court, 1995–2005*, Vol. 6, Cambridge University Press. A. SKELTON, (2018), “Child Justice in South Africa: Application of International Instruments in the Constitutional Court”, *The International Journal of Children's Rights*, Cilt 26, Sayı 3, ss. 391-422.

<sup>320</sup> Matthias HERDEGEN 2014b, age. s. 379.

etmektedir.<sup>321</sup> Böylece Kolombiya Anayasa Mahkemesi, uluslararası hukuk kurallarını yasama ve diğer devlet faaliyetleri açısından uyulması gereken birer ölçü norm haline getirmektedir.<sup>322</sup>

#### **2.4.1.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İnsan Hakları ve Sınırötesi Anayasalcılık İlişkisi**

İnsan hakları standartları ve sınırötesi anayasalcılık ilişkisinde katalizör görevi gören bir başka yapı ise insan haklarına yönelik yapılmış olan uluslararası sözleşmelerdir.<sup>323</sup> Dünyada birçok ülkede uluslararası hukuk andlaşmalarının geçerli olması hali, iç hukukta bir kanunla uygun olmasına bağlıdır. Alman yargısı, iç hukukun yorumunun AİHS ile bu sözleşmenin AİHM tarafından yorumlanmasına uygunluk arz etmesini istemektedir. Böylece, AİHS, anayasal düzenin kapsamı üzerinde de bir yorum aracı olarak kabul edilebilmektedir.<sup>324</sup>

Sınırötesi anayasalcılık kapsamında insan hakları normlarının uygulanması açısından AİHS'nin de çeşitli ülkeler üzerinde etkileri bulunmaktadır. AİHS, doğrudan etkinin merkezi anayasal ilkeleri üzerinde olduğu AB Hukuku'ndan farklı olarak, hükümlerinin üye devletlerin iç hukuk sisteminde geçerli olmasını ve iç hukuk sistemine üstün gelmesini resmi olarak gerektirmemektedir. Fakat, AB üye devletleri'nin AİHS'ni iç hukuk sistemlerine dahil etmelerinden ve bireylere ulusal mahkemeye başvuru izni vermesinden ötürü *de jure* değil fakat *de facto* olarak etkisinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca bu şekilde başvurulduğunda çoğu ülke, yerel mahkemelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından verilen ilgili Sözleşme hakkının yorumunu dikkate almalarını ya da en azından göz önünde bulundurmalarını talep etmektedir. Doğal olarak, AİHS'nin iç hukuka *de facto* üstünlüğü, normların iç hukuktaki hiyerarşisini gözetmeksizin, Strazburg Mahkemesi'nden çıkan sonuca, Sözleşme'nin 46. Maddesi gereği ülkelerin uyması

---

<sup>321</sup> C. BERNAL (2013), "Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine", *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 1, Sayı 2, s. 343.

<sup>322</sup> Matthias HERDEGEN 2014a, age. s.293.

<sup>323</sup> W. C. CHANG (2009), "An isolated nation with global-minded citizens: Bottom-up transnational constitutionalism in Taiwan", *NTU L. Rev.*, Cilt 4, s. 203.

<sup>324</sup> Matthias HERDEGEN 2014a, age. s.293.

ve gerekirse anayasal düzenlemeler de dahil olmak üzere, iç hukuk düzenlemelerini bu doğrultuda yapmaları ya da değiştirmelerini öngörmektedir.<sup>325</sup>

AIHS, Avusturya’da anayasal hüküm seviyesinde kabul edilirken, Yunanistan’da kanunların üstünde,<sup>326</sup> Hollanda’da ise, anayasaüstü bir seviyede kabul edilmektedir.<sup>327</sup> Almanya’da da, temel haklar düzeni AIHS’nin ve AIHM’nin önemli ölçüde etkisi altında yer almaktadır.<sup>328</sup> Türkiye açısından örnek verildiğinde ise, AIHM’ne yapılan başvuru sonucunda verilen Demirtaş davası kararında, AIHS 10. maddesi’nde yer alan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmedilmiştir.<sup>329</sup> Ancak sınırötesi anayasalcılık kapsamında değerlendirildiğinde, AIHM’in vermiş olduğu kararın yerel bağlamda uygulanma yoluna gidilmediği görülmektedir.

#### **2.4.1.2. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İnsan Hakları ve Sınırötesi Anayasalcılık İlişkisi**

Uluslararası mahkemeler, bir devletin uluslararası sorumluluklarına uyup uymadığını değerlendirebilmektedir. Buna örnek olarak, Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi’nin “*The Last Temptation of Christ*” kararı<sup>330</sup> ile, 1980 Şili Anayasası’nın 19(2) maddesinde düzenlenen “sansür” kuralının Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 13. maddesinde düzenlenen “fikir açıklama hürriyetini” ihlal ettiğini belirlemiştir. Kararın sınırötesi anayasalcılık açısından önem arz eden hususu ise, Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi’nin uluslararası teamül hukukuna ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 1(1) maddesinden kaynaklanan üye ülkelerin sorumlulukları temelinde, Şili’den Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nde garanti altına alınan hakların etkili bir şekilde sağlanabilmesi için kendi anayasasını

<sup>325</sup> S. GARDBAUM, (2008), “Human rights as international constitutional rights”, *European Journal of International Law*, Cilt 19, Sayı 4, s. 760.

<sup>326</sup> Matthias HERDEGEN 2014a, age. s.294.

<sup>327</sup> Stephen GARDBAUM 2008, agm. s. 760. dipnot 21.

<sup>328</sup> Burada istisna düzeyinde bir dava söz konusu olmuştur. Caroline von Hannover/Bundesrepublik Deutschland davasında, özel hayatın korunması ile çatışan basın özgürlüğü üzerine, Alman Anayasa Mahkemesi, Prensese’in özel hayatına yönelik kamu ilgisi meşru saymış ve buna imtiyazlı bir durum olarak yaklaşmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, Alman Mahkemesi Kararlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. Maddesi olan Özel Hayat Hakkını ihlal ettiği yönünde karar vermiştir. Bkz. Matthias HERDEGEN 2014a, age. s.294.

<sup>329</sup> DEMİRTAŞ Selahattin / Türkiye, No.3, Başvuru no.8732/11.

<sup>330</sup> Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi’nin (Olmedo Bustos v Şili) kararı, 5 Şubat 2001, C, 73: Yönetmenliğini Martin Scorsese’nin yaptığı orijinal adı “The Last Temptation of Christ” olan filme literatürde verilen atf.: Bkz. E. A. BERTONI, (2009), “The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: a dialogue on freedom of expression standards”, *European Human Rights Law Review*, Cilt 3, ss. 332-352.

değiştirmesini talep etmesidir.<sup>331</sup> İşte Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi'nin Şili'nin anayasasına ilişkin bu kararı, sınırötesi anayasalcılık kapsamında uluslararası hukuk ve iç hukuk arasındaki ilişkilere önemli bir örnek teşkil etmektedir. Ayrıca Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi'nin ağır insan hakları ihlallerine sebep olan kanunların geçersiz sayılmasına ilişkin kararı<sup>332</sup> da sınırötesi anayasalcılık kapsamında, anayasa yapıcı gücü de sınırlamaktadır.<sup>333</sup>

Benzer şekilde, Latin Amerika devletlerinde uluslararası hukuka entegrasyon konusunda bazı önemli adımlar atılmıştır.<sup>334</sup> Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, pratikte zorunlu olmasa da, yapısal olarak yerel hukuka nüfuz etmektedir. Öyle ki; *per se* doğrudan etkileme ilkesi olmasa da ve bununla birlikte, ülkelerin bu sözleşmeyi iç hukuka dahil etmeleri için bir zorunluluk olmasa da, bireyler için mahkemelere başvurulabilir kılınmıştır. Ancak yine de bu ülkelerde, anayasalar insan hakları sözleşmelerine kendi iç hukuk düzeni içinde özel bir statü vermektedir.<sup>335</sup> Örneğin, Guatemala ve Ekvator Anayasaları'nda insan hakları sözleşmelerine iç hukuk karşısında öncelik verilmekte ve insan hakları sözleşmelerinde düzenlenmiş olan hak ve garantilerin iç hukukta doğrudan etkilerinin kabul edilmesi durumu söz konusudur.<sup>336</sup> Arjantin ve Venezuela diğer insan hakları sözleşmelerine olduğu gibi Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ne de anayasal bir statü tanımıştır.<sup>337</sup> Bu ülkelere ilaveten Kosta Rika'da Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ayrı bir yeri bulunmaktadır. Öyle ki; Kosta Rika Yüksek Mahkemesi Anayasa Dairesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ne anayasa-üstü (*supra-constitution*) bir statü tanımıştır.<sup>338</sup>

<sup>331</sup> Matthias HERDEGEN 2014b, age. s. 380.

<sup>332</sup> Bkz., C. BINDER (2011), "The prohibition of amnesties by the Inter-American Court of Human Rights", *German Law Journal*, Cilt 12, Sayı 5, ss. 1203-1230.; E. GONZALEZ-OCANTOS (2018), "Communicative Entrepreneurs: The Case of the Inter-American Court of Human Rights' Dialogue with National Judges", *International Studies Quarterly*, Cilt 62, Sayı 4, ss. 737-750.

<sup>333</sup> Matthias HERDEGEN 2014b, age. s. 380.

<sup>334</sup> Bkz. D. R. BOYD (2011), *The environmental rights revolution: a global study of constitutions, human rights, and the environment*. UBC Press.; Boyd, eserinde, Latin Amerika ülkelerinin, ülke anayasaları, insan hakları ve çevre haklarını bütünleştirerek, bu ülkelerde uluslararası hukuk standartlarının ve insan hakları standartlarının önemli düzeyde dikkate alınmaya başlandığının altını çizmektedir.

<sup>335</sup> Stephen GARDBAUM 2008, agm. s. 760.

<sup>336</sup> Matthias HERDEGEN 2014a, age. s.294 ve dipnot 24, 25. Herdegen'in de belirttiği gibi, Guatemala Anayasası'nın 46. Maddesinde ve benzer şekilde Ekvator Anayasası'nın 424. Maddesinin 2. Fıkrası, anayasal hükümlere kıyasla daha iyi şartlar kabul eden insan hakları şartlarına üstünlük sağlamaktadır.

<sup>337</sup> Stephen GARDBAUM 2008, agm. s. 760. dipnot 21.

<sup>338</sup> Matthias HERDEGEN 2014a, age. s.294.



Son örnekte görülmektedir ki, sınırötesi anayasalcılık kapsamında, insan hakları normları, Kosta Rika’da anayasa-üstü bir konuma yükselmiştir.

Sınırötesi anayasalcılık ile insan hakları normları arasındaki ilişkiye bir de İnsan Hakları Mahkemelerinin kararları perspektifinden incelenebilir. İnter Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, İnsan Hakları Sözleşmesi’ne dayanarak, 5 Şubat 2001 tarihli Bustos v. Chile Kararı ile, ulusal anayasal düzenlemeleri hukuka aykırı bulmuştur. Aynı mahkeme üstelik, 30 Kasım 2001 tarihli Barrios Altos (Chumbipuma Aguillere v. Peru) kararı ile yerel bir ceza mahkemesinin kararını hukuk devletinin gerektirdiği usule aykırı olduğu gerekçesi ile kaldırmış ve bir başka kanunun ise etkisiz olduğunu ilan etmiştir.<sup>339</sup> Buna karşılık, İnter Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi Artavia Murillo v. Kosta Rika davasında, gebelikten itibaren yaşam hakkını mümkün olan en kısıtlayıcı şekilde yorumlamış ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 4. maddesindeki tanıma<sup>340</sup> girmediği gerekçesi ile implantasyondan önce olmak koşulu ile insan embriyosunun insan hakları korumasına hakkı olan bir kişi olmadığı kararını vermiştir.<sup>341</sup> Bunların ötesinde İnter Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi’nin Latin Amerika’da insan hakları kapsamında, “kadim yerli toplulukların mülklerini” korumaya yönelik adımları ve kararları da yer almaktadır.<sup>342</sup>

<sup>339</sup> Matthias HERDEGEN 2014a, age. s.294 ve dipnot 29,30.

<sup>340</sup> Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Yaşam Hakkı başlıklı Madde 4(1): “Her insan hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hak, kanunla ve genel olarak gebe kalındığı andan itibaren korunur. Hiç kimse keyfi olarak hayatından yoksun bırakılamaz. (Every person has the right to have his life respected. This right shall be protected by law and, in general, from the moment of conception. No one shall be arbitrarily deprived of his life”. American Convention on Human Rights, <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>. Erişim Tarihi: 20.01.2021. Mahkeme burada yaşam hakkı için “conception” ve “implantation” kavramları ayırımında karar vermiştir.

<sup>341</sup> L. M. DE JESUS (2014), “The Inter-American Court on Human Rights' Judgment in Artavia Murillo v. Costa Rica and Its Implications for the Creation of Abortion Rights in the Inter-American System of Human Rights”. *Or. Rev. Int'l L.*, Cilt 16, s. 226.

<sup>342</sup> Latin Amerika’da Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin etkileri, İnter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi’nin yorumlarında görülebilmektedir ki, bu yorumlar iç hukuk düzenine etki edecek seviyede güçlü kabul edilmektedir. Buna örnek olarak, “yerli halk toplulukları ile benzeri grupların kendilerine ait yerleşim bölgelerindeki mülkiyet hakkının korunması hakkında içtihatı verilebilir. Bu içtihatı göre, mülkiyetin kullanılması söz konusu grupların hem ekonomik hem kültürel kimliklerinin temeli olarak görülmektedir. Dolayısıyla, mahkeme bu kabul temelinde, yerel halklar ile bunlara yakın klan topluluklarına geleneksel olarak kullanılan ve o insan grubunun varlığının devamı için gerekli olan doğal kaynaklarla ilgili olarak, mülkiyetin korunmasına hükmetmiştir: İnter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, 28 Kasım 2007 tarihli karar. Ayrıca, Mahkeme, mülkiyet hakkının korunmasından doğal kaynakların üçüncü şahıslar tarafından kullanılması hususlarında da bazı sonuçlara varmıştır. Bunlar, kaynakların kullanılması, elde edilen faydaların paylaşılması ile çevre ve sosyal dokuya uygunluğunun kontrolü gibi konularda, etkilenmesi söz konusu olan toplulukların, karar sürecine katılımıdır. Bu konuların önemi, yerel düzeyde doğal kaynakların baraj yapımı ve boru

### 2.4.1.3. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Açısından İnsan Hakları ve Sınırdışı Anayasalcılık İlişkisi

İnsan hakları standartlarının ulusal anayasanın tanınması üzerinde olan etkisine bir örnek de Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Güney Afrika Ayrılıkçı Rejimi'ne ilişkin verdiği karar gösterilebilir.<sup>343</sup> Buna göre, BM Güvenlik Konseyi sadece beyaz azınlık seçmenlerce kabul edilen 1983 Anayasası'na ilişkin kararında “*Güney Afrika'daki özellikle beyaz seçmenlerce, doğrulanan sözde 'yeni Anayasa' yerli Afrika çoğunluğu bütün temel haklarından mahrum ederek ve apartheid'ı daha da güçlendirerek, Güney Afrika'yı sadece beyazlar için olan bir ülkeye dönüştürüp milli haklarından mahrum etme sürecini devam ettirecektir*” ifadesi ile ırk ayrımı ve BM Sözleşmesi'nin temel prensiplerine ve Evrensel İnsan Hakları Beyanname'si'nin 21. maddesine dayanarak, söz konusu anayasanın geçerliliğini kabul etmemiştir.<sup>344</sup>

### 2.4.2. Demokrasi, Hukuk Devleti ve Sınırdışı Anayasalcılık İlişkisi

Sınırdışı anayasalcılık ile demokrasi ve hukuk devleti arasındaki ilişkiye temel olması açısından öncelikle demokrasi ve hukuk devleti kavramlarına kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır. Bu kavramlar için Dworkin'in demokrasi ve hukuk devleti anlayışı değerlendirilebilir. Dworkin, hukuk devleti anlayışını sistematikleştirirken, öncelikle yargıçların Amerika Birleşik Devletleri'nde ve Birleşik Krallık'ta siyasi karar verip vermedikleri konusunu tartışmaktadır. Buna göre, Amerika Birleşik Devletleri'nde Yüksek Mahkeme'nin (*Supreme Court*) siyasi hususlar içeren anayasa sorunları üzerine kararlar verdiğini, benzer şekilde İngiltere'de de yargıçların örneğin iş mevzuatı uyarınca siyasi aktörleri etkileyebilecek kararlar aldığını belirtmektedir.<sup>345</sup> Bu kapsamda Turhan ve Uluşahin'in de belirttiği gibi Dworkin'e göre

“...bireylerin siyasi haklarına ilişkin siyasi ilkeye dayanan tezlerle, belli bir kararın genel refah veya kamu yararına ilişkin bazı görüşleri güçlendirmeye yarayacağını ileri süren siyasi önlem argümanları arasında fark yer almakta ve Dworkin'e göre,

---

hatlarının yerleştirilmesi gibi kullanımlarda görülmektedir.” HERDEGEN (2014), age., s.295-296 ve dipnot 37.

<sup>343</sup> Bkz. P. G. LAUREN (1983), “First principles of racial equality: History and the politics and diplomacy of human rights provisions in the United Nations Charter”, *Hum. Rts. Q.*, Cilt 5, s. 1.

<sup>344</sup> Matthias HERDEGEN 2014b, age. s. 380.

<sup>345</sup> Ronald DWORKIN (1979), “Political Judges and The Rule of Law” *İçinde Arguing About Law*, Eds. Aileen Kavanagh and John Oberdiek, Routledge. s.193.

*yargıçlar tartışmalı davalarda kararlarına siyasal önlem argümanlarından ziyade siyasi ilke argümanlarını temel almalıdır”.*<sup>346</sup>

Bu yönüyle Dworkin kendi görüşünü, Amerikan yaklaşımından daha fazla kısıtlayıcı, fakat İngiliz yaklaşımından ise daha az kısıtlayıcı olarak tanımlamaktadır.<sup>347</sup>

Dworkin hukuk devleti kavramı üzerine iki farklı yaklaşım olduğunu altını çizmektedir. Kendisi bunlardan ilkinin, “kural kitabı (*rule-book*)” olarak adlandırmaktadır. Bu yaklaşıma göre, herkesin erişebileceği bir kamu kuralları kitabında açıkça belirtilen kurallar dışında, devletin gücünün hiçbir zaman vatandaşlara karşı kullanılmaması gerekmektedir. Bu kural kitabı yaklaşımına göre, kitapta yer alan kurallar ne olursa olsun bunlara uyulması gerekmektedir. Dolayısıyla bu ilk yaklaşımı savunanlar, kural kitabındaki kuralların önemsendiği şekilde hukuk devletini anlar ve tanımlarlar. Hukuk devleti hakkında ikinci yaklaşım ise, Dworkin tarafından “haklar (*rights*)” yaklaşımı olarak adlandırılmaktadır. Bu anlayışa göre, vatandaşların hem kendileri arasında ahlaki hak ve yükümlülükleri bulunmakta, hem de devlete karşı siyasi hakları bulunmaktadır. Dworkin’in haklar anlayışı olarak adlandırdığı bu ikinci yaklaşıma göre, hukuk devleti vatandaşların bireysel haklarının kamu açısından doğru anlaşıldığı bir yönetim şeklidir. Kural kitabı anlayışına ahlaki hakların da eklenmesini öngören haklar anlayışı, ilkinin göre daha kapsamlı bir hukuk devleti anlayışı olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>348</sup>

Fakat yine de haklar anlayışı, kural kitabı anlayışına göre daha mudil bir yapı olarak karşılanabilmektedir. Dworkin’e göre bunun sebebi, kural kitabı anlayışında sadece, siyasal toplumun polis gücünü kural kitabında belirtilenden daha değişik bir şekilde vatandaşların üzerinde kullanabilme eksikliği varken, haklar kitabında ise, devletin kişisel hakların kapsamını belirlemede zayıf kalabileceği, yine bu hakların doğruluğu konusunda yeterli olamayabileceği ve son olarak da hakların uygulanmasında adil olamayabileceği gibi eksik noktaları bulunmaktadır. Öyle ki, ahlaki haklara önem atfeden haklar yaklaşımı kapsamında, mahkemede her zaman davacının ahlaki bir hakkının olup olmadığı gündeme gelmeyebilir. Dolayısıyla

---

<sup>346</sup> Ronald DWORKIN (1985), *Political Judges and the Rule of Law, A Matter of Principle*, Cambridge, MA: Harvard University Press s.11’den aktaran: Mehmet TURHAN ve Nur ULUŞAHİN (2009), *Anayasa Hukukuna Liberal Bakışlar*, Naturel Yayınları: Ankara., s. 22.

<sup>347</sup> Ronald DWORKIN (1979), “Political Judges and The Rule of Law” *İçinde Arguing About Law*, Eds. Aileen Kavanagh and John Oberdiek, Routledge. s.194.

<sup>348</sup> age. s.195.

burada hem kural kitabı hem de haklar yaklaşımı benimsenebilir. Dworkin'in kabul ettiği demokrasi anlayışında, kanun koyucular sadece kanunları çıkarmakla yetinmemekte, bunun üzerine bir de o devletin takip edeceği genel siyaseti, değerleri ve saygı duyacağı genel ilkeleri tayin ederler. Dolayısıyla, bu genel ilkelere uygun yargı kararları, aslında demokrasinin özünü de gerçekleştirmektedir. Bunlara ek olarak, Dworkin bireysel haklara yönelik kararların yasama organı tarafından alınması beklentilerinin sebebi bireylerin adalet algısıdır. Dolayısıyla, siyasi güçlerin eşitliğini varsayan demokrasinin siyasal kararları verme yetkisini, yasama organından alıp yargıya vermesinin adil olmayabileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak, bunu kısmen de olsa engelleyebilmek için, siyasal iktidar bütünüyle değil fakat daha küçük bir siyasal kararlar öbeği halinde mahkemelere bırakılması söz konusu olabilmektedir.<sup>349</sup> Buradan hareketle şu sonuca varılabilir ki, anayasa mahkemeleri kişisel hak ve özgürlüklere öncelik tanıyan bir yorumla anayasaya yaklaşırlarsa, demokratik meşruluk düzeyi yükselecek ve demokrasi güçlenecektir.

Jackson'a göre, bir anayasa öncelikli olarak üç bileşen üzerine bina edilmelidir: Bunlardan ilki, demokrasiyi de işaret edecek şekilde yerel halkın egemenliği, ikincisi bir anayasanın ve onun koyduğu kuralların kabulunu öngerecek şekilde hukuk devleti ve üçüncüsü ise, daha sonra değineceğimiz iyi veya adil ilkelere. Her üç bileşenin de kendi aralarında önceden belirlenmiş bir oranı ya da birbirleri ile mukayese edildiğinde sınıflandırılabilir bir sıralaması bulunmamakla birlikte, demokrasi ve hukuk devleti bileşenlerinin anayasa açısından yeri farklıdır. Hukuk devletinin önemi, onun salt tanımlayıcı olarak anayasadan kısıtlayıcı olarak bir anayasaya geçişi yansıtması iken, demokrasinin önemi ise, adil yönetim teorilerinin çoğunun temelinde kendi kendini yönetme ve demokratik karar alma süreçlerinin yer almasındadır.<sup>350</sup>

Genel olarak, demokrasi ile hukuk devleti, insan hakları, siyasal ve ekonomik alanlarda belirli bir gelişmişlik düzeyine erişen toplumlarda, karşılıklı bir etkileşimi gerektirmektedirler. Dünya genelinde ülkelerdeki gelişmeler göz önüne alındığında, demokratik istikrar için "*asgari seviyede de olsa*" her zaman bir hukuk devleti ve çoğulculuk yapısına ihtiyaç duyulmaktadır.<sup>351</sup> Anayasal meşruiyetin önceden bahsedilen üç ana bileşenine ek olarak, Jackson tarafından dördüncü bileşen olarak

<sup>349</sup> Mehmet TURHAN ve Nur ULUŞAHİN 2009, age. s.24-25.

<sup>350</sup> Vicki JACKSON 2013, age. s. 48.

<sup>351</sup> Matthias HERDEGEN 2014a, age. s.298.

önerilen sınırötesi anasayalcılık, uluslararası hukuk standartları çerçevesinde, sınırötesi demokrasi ve hukuk devleti ilkeleri ile yakından ilişkili bir kavram olarak, çağdaş anayasalarda etkilerini göstermektedir.<sup>352</sup> Öyle ki; Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'na üye olan devletler, 1990 Paris Şartı<sup>353</sup> ile, insan hakları ve temel özgürlükler, hukuk devleti ve çoğulculuk gibi anayasa ve devlet yönetiminde oldukça önemli olan ilkeleri kabul etmişlerdir.<sup>354</sup>

Sınırötesi anasayalcılık kapsamında değerlendirilebilecek nitelikte olan bu ilkeler özellikle, insan hakları, demokrasi, hukuk devleti, ekonomik özgürlük, çevre ve işgücünün hareketi gibi konuları kapsamaktadır. Paris Şartı ile, üye ülkeler tek bir yönetim şekli olarak demokrasiyi tesis etmek ve onu güçlendirmek amacı ile sınırötesi etkileşimde bulunabilmenin yolunu açmaktadırlar. Buna göre, üye ülkeler kendi aralarında demokratik hükümeti, özgür ve adil seçimler yoluyla düzenli olarak ifade edilen halkın iradesine ve temelinde insana ve hukuk devletine saygı olan bir anlayışa dayandırmaktadır. Üstelik, demokrasinin, üye ülkelerde ifade özgürlüğünün, toplumun tüm gruplarının hoşgörüsünün ve her insan için fırsat eşitliğinin en iyi güvencesi olduğunu kabul etmektedirler. Ayrıca, burada demokrasinin temsili ve çoğulcu karakteri ile seçmene karşı hesap verilebilirliği, kamu otoritelerinin hukuka uyma yükümlülüğünü ve tarafsız bir şekilde yürütülen adaleti içerdiği anlayışı hakimdir. Sınırötesi anasayalcılık kapsamında; Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı üyesi ülkeler, kendi ülke vatandaşlarının haklarının ihlaline karşı ulusal ve uluslararası etkili çözüm yollarına başvurabilmelerinin önünü açacak her türlü çabayı sergileyeceğini ve gerek hukuk devleti ve gerekse demokrasi alanında elde edilen kazanımları geri dönülemez kılma amacıyla da kendi aralarında yargı diyalogu ile işbirliği yapacaklarını hüküm altına almaktadırlar.<sup>355</sup>

Benzer şekilde, AİHS içinde hak ve özgürlüklere karşı uygulanacak kısıtlamaların meşru sayılabilmesi için, demokratik toplum bakış açısı ile, özgür ve

<sup>352</sup> Vicki JACKSON 2013, age. s. 49.

<sup>353</sup> Avrupa'da Güvenlik ve İşbirliği Konferansı'nın Paris'teki üç günlük Zirve toplantısı, 21 Kasım 1990'da "Yeni Bir Avrupa için Paris Şartı" başlıklı bir belgenin kabul edilmesiyle sona ermiştir. Bu Şart, Avrupa Devletleri'ne ek olarak, Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Türkiye ve Güney Kıbrıs'ı da içeren 34 üye ülkenin tümünün temsilcileri tarafından imzalanmıştır. Şartın insan hakları, demokrasi ve ekonomik özgürlük ve sorumluluk konusundaki adımları önem arz etmektedir. Bkz. Participants of the Conference on Security and Co-operation in Europe (1991), "The Charter of Paris on the Conditions of Economic Prosperity", *The Population and Development Review*, Cilt 17, Sayı 1, s. 195.

<sup>354</sup> Matthias HERDEGEN 2014a, age. s.296.

<sup>355</sup> Participants of the Conference on Security and Co-operation in Europe, *The Charter of Paris on the Conditions of Economic Prosperity*, Cilt 17, Sayı 1, s. 196.

açık bir demokratik yaşam için çoğulcu bir düzeni şart olarak kabul etmektedir.<sup>356</sup> Öyle ki, 4 Kasım 1950’de Roma’da kabul edilen AİHS’nde, muhtelif yerlerde demokratik toplum düzenine atıflarda bulunmakta ve Sözleşme’ye taraf devletlerin bu demokratik standartlar üzerinde anlaşmış olduğunu ifade etmektedir. Bunların arasında örneğin, Giriş kısmında, “demokratik bir siyasi rejim” vurgusu yapılırken, adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddenin 1. fıkrasında, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına ilişkin 8. maddenin 2. fıkrasında, düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne ilişkin 9. maddenin 2. fıkrasında, ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddenin 2. fıkrasında, “demokratik toplum” vurgusu yapılmaktadır.<sup>357</sup> AİHS’ne ek olarak, Strazburg’da imzalanan 4 numaralı Protokol’ün “serbest dolaşım özgürlüğü”ne ilişkin 2. maddesinin 3. ve 4. fıkraları<sup>358</sup> ile Vilnius’ta imzalanan 13 numaralı Protokolün giriş kısmında<sup>359</sup> “demokratik toplum” ifadesi tekrarlanmış ve demokratik standartlar norm olarak sözleşmeye taraf devletlerce kabul edilmiştir. AİHS’nde muhtelif yerlerde yapılan “demokratik toplum” vurgusu ile, uluslararası hukuk standartlarının yerel demokrasiler üzerinde etkisi olduğu anlaşılmaktadır.

Uluslararası hukuk standartları ile sınırötesi anayasalcılık ve anayasa hukuku arasındaki etkileşimler ile demokratik standartlar kümelerinin keşişimine bir örnek de Amerikan Devletleri Örgütü (OAS) Genel Kurulu tarafından 11 Eylül 2001 yılında Peru’da kabul edilen İnter-Amerikan Demokratik Şartı’dır. Amerikan Demokratik Şartı’nın başlangıç kısmında da değinildiği gibi “*şartın temsili demokrasinin bölgenin istikrarı, barışı ve gelişimi için vazgeçilmez olduğunu kabul ettiğini ve OAS’ın amaçlarından birisinin temsili demokrasiyi müdahale etmeme ilkesine saygı duyarak, teşvik etmek ve pekiştirmek olduğu ve OAS’ın ve diğer bölgesel ve alt-bölgesel mekanizmaların Amerika’da demokrasinin teşviki ve pekiştirilmesine katkılarını kabul ederek...*” ifadeleri ile sınırötesi anayasalcılık kapsamında demokrasi vurgusu yapmaktadır. Buna ilaveten Şart’ın muhtelif maddelerinde demokratik standartlar üzerine vurgular yapılmakla birlikte özellikle madde 1’de “*Amerika uluslarının demokrasi hakkı bulunmaktadır ve hükümetlerinin demokrasiyi geliştirme ve savunma yükümlülüğü vardır. Demokrasi, Amerika*

<sup>356</sup> Matthias HERDEGEN 2014a, age. s.296.

<sup>357</sup> Bkz. European Convention on Human Rights, (1950)

[https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf) Erişim 26.04.2021.

<sup>358</sup> Bkz. ECHR Protocol No 4. Strasbourg, 1963,

[https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf) Erişim 26.04.2021.

<sup>359</sup> Bkz. ECHR Protocol No 13. Vilnius, 2013,

[https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf) Erişim 26.04.2021.

uluslarının sosyal, politik ve ekonomik gelişimi için gereklidir” ile Şart’a taraf ülkelerin hükümetlerine demokrasiyi muhafaza etme ve geliştirme ödevi yüklemektedir. Sınırötesi anayasalcılık kapsamında, Şart içinde dikkat çeken diğer önemli maddeler ise 19. madde ve 21. maddedir. 19. maddede “...bir üye devlette demokratik düzenin anayasaya aykırı bir şekilde kesintiye uğraması ve anayasal rejimin anayasaya aykırı bir şekilde değiştirilmesi halinde, o devletin hükümetinin OAS Genel Kurul’u, İstişare Toplantısı, Teşkilat Konseyleri, ihtisas konferansları, komisyonlar, çalışma grupları ve Teşkilatın diğer organlarının oturumlarına katılmasının önünde aşılmaz bir engel teşkil eder” şeklinde belirtilen durumda, üye devletlerin demokrasi açısından olumsuz bir sürece girdiği anda, o devletin üyelikten doğan örgütün organlarının oturumlarına katılması engellenmektedir. Buna ek olarak 21. maddede ise

“Genel Kurul’un özel oturumunda, bir üye devletin demokratik düzeninde anayasaya aykırı bir kesinti olduğu ve bunun karşısında diplomatik girişimlerin başarısız olduğu tespit edilirse, OAS Şartı uyarınca, üye ülkelerin üçte ikisinin olumlu oyu ile söz konusu devletin OAS’a katılma hakkının askıya alınmasına karar verilebilir. Bu askıya alma derhal yürürlüğe girecektir. Hakları askıya alınan üye devlet, Örgüte karşı yükümlülüklerini ve özellikle insan hakları yükümlülüklerini yerine getirmeye devam edecektir. Üye devletin askıya alınmasına rağmen, Örgüt bu devlette demokrasiyi yeniden tesis etmek için diplomatik girişimleri sürdürecektir”<sup>360</sup>

OAS Şartı ile görülmektedir ki, uluslararası kurumlar, uluslararası demokratik standartlar ile, yerel hukuk düzenlemelerine etki edebilmektedir. Sınırötesi anayasalcılık kapsamında yaşanan etkileşimlere örnek olarak Honduras Başkan seçimi gösterilebilir.<sup>361</sup>

Sınırötesi anayasalcılık ve demokrasi standartları arasındaki ilişkiye bir başka örnek ise, Orta Amerika Mahkemesi’nin (*Corte Centroamericana de Justicia*) Orta Amerika Entegresyon Sistemi (*Sistema de Integracion Centroamericana (SICA)*)

<sup>360</sup> Organization of American States (2001), Inter - American Democratic Charter, [https://www.oas.org/charter/docs/resolution1\\_en\\_p4.htm](https://www.oas.org/charter/docs/resolution1_en_p4.htm), Erişim 24.06.2021.

<sup>361</sup> Bkz. Matthias HERDEGEN 2014a, age. s.297: “Honduras Anayasası 239. Maddesine göre, devlet başkanı yeniden seçilememektedir. Seçilmiş Başkan, yeniden seçim için çeşitli adımlar atınca, Honduras Kongresi ve Yüksek Mahkemesi, yeni bir başkan seçilmesi kararını vermişlerdir. 2009 yılında OAS Genel Kurulu, seçilmiş Başkanı’nın önce yönetimden düşürülmesi ve ardından da zorla sürgün edilmesinin ardından, Honduras’ın OAS Üyeliği’nden kaynaklanan tüm haklarını askıya almıştır.” Ayrıca bkz: C. M. CERNA, (2009), “Recent OAS Documents on Cuba and Honduras: Democracy and the Inter-American Democratic Charter”, *International Legal Materials*, Cilt 48, Sayı 6, s. 1242-1253.; T. LEGLER (2012), “The Democratic Charter in Action: Reflections on the Honduran Crisis”, *Latin American Policy*, Cilt 3, Sayı 1, s. 74-87.

himayesi altında barışı ve bölgesel birliği teşvik etme amacıyla uluslararası bir genel yargı mahkemesi olarak oluşturulması gösterilebilir. Orta Amerika Mahkemesi, Nikaragu'da bulunmakta ve Guatemala, Honduras, El Salvador ve Nikaragua olmak üzere dört üye devlete sahiptir.<sup>362</sup> Orta Amerika Mahkemesi, hem üye devletler arasında ortaya çıkan yasal anlaşmazlıklar, üye devlet yasalarının meşruiyetine veya uygunluğuna karşı yapılan eylemler gibi sorunlarda bir çözüm organı<sup>363</sup> iken, hem de ülkelerin anayasalarındaki değişimler ve dönüşümler ile demokrasiyi ve insan haklarını garanti altına almakta<sup>364</sup> ve fakat İnter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi'ne ait olan insan hakları sorunları üzerinde yargı yetkisi bulunmamaktadır<sup>365</sup>. Tegucigalpa Protokolü ile Orta Amerika Mahkemesi'ne verilen yetkiden ötürü,<sup>366</sup> Nikaragua Devlet Başkanı, ülkesinin en yüksek mahkemesi tarafından onanmış olan “kabine üyelerinin atanmasını parlamentonun onayına bağlayan anayasa değişikliği”ne karşı Mahkeme'ye başvurmuş ve Orta Amerika Mahkemesi de, söz konusu anayasa değişikliğini güçler arasındaki dengeyi ihlal etmesinden ötürü, değişikliğin geçersiz olduğu kararına varmıştır.<sup>367</sup> Bu karardan da anlaşıldığı üzere, dünyada çeşitli anayasalarda sınırötesi anayasalcılık kapsamında kararlar alınmakta ve ulusal ve uluslararası anayasa hukuku bağlamında etkileşimler gerçekleşmektedir.

### 2.4.3. İyi Yönetişim Standartları ve Sınırötesi Anayasalcılık İlişkisi

Uluslararası düzende, devletler üstü standartlar kapsamında değerlendirilebilecek bir diğer kavram olarak karşımıza “iyi yönetim (*good governance*)” çıkmaktadır.<sup>368</sup> Modern toplumlarda, kökeni insanoğlunun uygarlığa

<sup>362</sup> International Justice Resource Center (2021), Central American Court of Justice, <https://ijrcenter.org/regional-communities/central-american-court-of-justice/> Erişim, 25.06.2021.

<sup>363</sup> Bkz. Statue of Central American Court of Justice, md.22: <http://portal.ccej.org.ni/ccj/wp-content/uploads/REGLAMEN TOGENERALCCJ.pdf> Erişim, 30.06.2021.

<sup>364</sup> S. M. JORDISON (2009), “The Central American Court of Justice: Yesterday, Today and Tomorrow”, *Conn. J. Int'l L.*, Cilt 25, s. 194.

<sup>365</sup> Bkz. Statue of Central American Court of Justice, md.25: <http://portal.ccej.org.ni/ccj/wp-content/uploads/REGLAMEN TOGENERALCCJ.pdf> Erişim, 30.06.2021.

<sup>366</sup> Bkz. T. A. O'KEEFE, (2000), “The Central American integration system (SICA) at the dawn of a new century: Will the Central American isthmus finally be able to achieve economic and political unity”. *Fla. J. Int'l L.*, Cilt 13, s. 243.; Ayrıca, Avrupa Adalet Mahkemesi ve Latin Amerika Devletlerinin yerel mahkemeleri arasındaki diyalogları irdelemek için Bkz. A. F. TATHAM, (2011), “In the Judicial Steps of Bolivar and Morazan-Supranational Court Conversations between Europe and Latin America”, *Eur. JL Reform*, Cilt 13, s. 157.

<sup>367</sup> Matthias HERDEGEN 2014a, age. s.298.

<sup>368</sup> O. VAN HEFFEN, W. KICKERT J. ve J. J. THOMASSEN (2000). “Introduction: Multi-level and Multi-actor Governance” *İçinde Governance in modern society: Effects, change and formation of*



geçmesine kadar dayanmakla birlikte,<sup>369</sup> son yıllarda önem kazanan yönetim kavramı, esasen yönetim olgusunu edilgen değil fakat karşılıklı bir anlayışla, yönetilenlerin yönetimde aktif rol alabilmesini sağlayan bir yönetim modeli olarak tanımlanabilmektedir.<sup>370</sup> Yönetişim kavramı, ilk kez 1989 yılında Dünya Bankası'nın Sahra-altı Afrika Raporu'nda kullanılmasının ve daha sonra da aynı kurum tarafından "bir ülkenin kalkınması için ekonomik ve sosyal kaynakların yönetiminde sahip olunan gücün kullanılması"<sup>371</sup> ve bir yönetim modeli olarak tanımlanmasının ardından,<sup>372</sup> hukuk, siyaset bilimi, kamu yönetimi ve ekonomi gibi disiplinlerde sıkça kullanılmaya başlanmıştır.<sup>373</sup> İyi yönetim ise, bir toplumun geniş anlamda kamu malı veya hizmetine yönelik politikaları yürürlüğe koymayı ve bunları uygulamayı mümkün kılan siyasi, hukuki ve idari kurumlar odağında anlaşılma ile birlikte, aslında birçok durumda da sadece devlet kurumlarının yanında hükümetlerin özel sektörle ve sivil toplum örgütleriyle olan etkileşimlerinde de ortaya çıkmaktadır.<sup>374</sup> Dolzer'e göre iyi yönetim, "devletin ülkesindeki bütün halk gruplarının yararlanacakları şekilde, pratik olarak sürdürülebilir ekonomik ve sosyal gelişmeleri içeren devlet görevlerinin tespit ve icra edilmesidir."<sup>375</sup> Dünya Bankası'na göre de iyi yönetim "açık ve öngörülebilir bir karar alma sürecinin, profesyonel bir bürokratik yönetimin, eylem ve işlemlerinden sorumlu bir hükümetin ve kamusal

---

*government institutions*, Vol. 4, Eds. Van Heffen, O., Kickert, W. J. ve Thomassen, s. 3-11, Springer Science & Business Media. s.3. Ayrıca detaylı bilgi için bkz: B. C. SMITH, (2007). *Good governance and development*, Macmillan International Higher Education.

<sup>369</sup> U. ESCAP (2009). What is Good Governance? United Nations Economic and Social Commissions for Asia and the Pacific. <https://repository.unescap.org/bitstream/handle/20.500.12870/3794/ESCAP-2009-RP-good-governance.pdf?sequence=1>, Erişim, 20.07.2021.

<sup>370</sup> L. A. KORNHAUSER (2004), "Governance structures, legal systems, and the concept of law", *Chi.-Kent L. Rev.*, Cilt 79, s. 355.

<sup>371</sup> WORLDBANK (1992), *Governance and Development*, Worldbank Books, Worldbank Group.

<sup>372</sup> D. WILLIAMS ve T. YOUNG (1994), "Governance, the World Bank and liberal theory", *Political studies*, Cilt 42, Sayı 1, s. 84-100.

<sup>373</sup> Yönetişim kavramı birçok disiplinde farklı konular üzerinde çalışılmıştır. Örneğin, "demokratik yönetim" kavramı için bkz: M. BEVIR, (2010), *Democratic governance*. Princeton University Press.; "kurumsal yönetim" kavramı için bkz: X. VIVES (2000). *Corporate governance*. Cambridge University Press.; "çevresel yönetim" kavramı için bkz: M. C., LEMOS ve A. AGRAWAL (2006), "Environmental governance", *Annu. Rev. Environ. Resour.*, Cilt 31, s. 297-325.; "e-yönetişim" kavramı için bkz: S. MADON (2009). e-Governance for Development, *İçinde e-Governance for Development*, s. 53-70, Palgrave Macmillan, London; "uluslararası yönetim" kavramı için bkz: O. R. YOUNG (2018), *International governance*, Cornell University Press.

<sup>374</sup> Bo ROTHSTEIN (2012), "Good Governance", *İçinde The Oxford Handbook of Governance*, Ed. David Levi-Faur, Oxford University Press, s.1.

<sup>375</sup> R. DOLZER (2007), in Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 4.Aufl., 6. Abschnitt, Rn. 39'dan aktaran: Matthias HERDEGEN 2014b, age. s. 381.

sürece aktif bir şekilde katılımında bulunan sivil toplum ve hukukun üstünlüğünün geçerli olduğu bir düzeni ifade eder” şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>376</sup>

İyi yönetim standartları, uluslararası bağlamda, insan haklarının yanında ve onu destekler nitelikte başkaca değerlerin olduğunu ortaya koymaktadır. İyi yönetim standartları kavramında neyin veya nelerin iyi olduğunun da altının çizilmesi önem arz etmektedir. Buna göre, kavramı ilk kez gündeme getiren Dünya Bankası’na göre bu standartlar, “şeffaflık (*openness*), hesap verebilirlik (*accountability*), katılımcılık (*participation*), etkinlik (*effectiveness*), cevap vermeye heveslilik (*responsiveness*), hukukun üstünlüğü (*rule of law*), stratejik planlama (*strategic planning*) ve eşitlik (*equality*)” olarak gösterilmektedir.<sup>377</sup> Ülkelerin kalkınmaları için daha çok sosyal ve ekonomik alanlarda uluslararası standartlar getiren Dünya Bankası’na, ilaveten bu bağlamda ve sınırötesi anayasalcılık kapsamında Jackson tarafından önerilen iyi ve adil ilkeler arasında, eşitlik, özgürlük, mülkiyetin korunması ve toplumsal dayanışma gibi kavramlar bulunmaktadır.<sup>378</sup>

Dünya Bankası’nın ardından bu standartlar, aralarında Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD), BM ve Uluslararası Para Fonu (IMF) gibi kurumların kararlarında ve raporlarında yer almış<sup>379</sup> ve Avrupa Birliği Konseyi’ne üye devletlerin insan hakları, demokrasi ve gelişmelere ilişkin beyanlarında da ortaya konulmuştur.<sup>380</sup> Öyle ki, 28 Kasım 1991 tarihinde üye devletlerin biraraya geldiği “İnsan Hakları, Demokrasi ve Kalkınma” Konseyi’nde, uluslararası hukuk düzenlemelerine üst standartlar üzerine iyi yönetim ilkelerinin altı çizilmiş ve bunun insan hakları, demokrasi, ifade ve basın özgürlüğü gibi konularla ilişkisi üzerinde durulmuştur. Öyle ki, Konsey’de sınırötesi anayasalcılık kapsamında değerlendirilebilecek hususlar arasında yer alan “ devletlerin demokrasiyi tesis etme ve insan hakları performanslarını iyileştirmesi, hukukun üstünlüğünün güçlendirilmesi, yargının güçlendirilmesi, herkes için eşit fırsatlar sağlanması” için hukuki düzenlemeler yapabilmesinin temelinde, iyi yönetim ilkelerinin bulunduğu vurgulanmaktadır. Yine devletlerin kendi yönetsel yapılarını belirlemede ve anayasal

<sup>376</sup> Can AKTAN (2002), “İyi Yönetişim Kavramı”,

<http://www.canaktan.org/politika/yonetisim/tanim.htm>, Erişim, 25.07.2021.

<sup>377</sup> United Nations Development Program (2021), “Governance Principles, Institutional Capacity and Quality”, <https://www.undp.org>, Erişim 30.07.2021., s.280-282.

<sup>378</sup> Vicki JACKSON 2013, age. s. 48.

<sup>379</sup> V. VAN DOEVEREN, (2011), “Rethinking good governance: Identifying common principles”, *Public Integrity*, Cilt 13, Sayı, 4, s. 301-318.

<sup>380</sup> Matthias HERDEGEN 2014b, age. s.381.

düzenlemeleri yapmakta serbest olmalarına karşın, toplumların demokratik açıdan gelişmesi ve kalkınması için iyi ve adil ilkelerin var olması gerekliliği ortaya konulmuştur. Bunların arasında “makul ekonomik ve sosyal politikalar, demokratik karar alma, yeterli hükümet şeffaflığı ve mali hesap verilebilirlik, kalkınma için piyasa dostu bir ortamın yaratılması, yolsuzlukla mücadele önlemleri alınması ve hukukun üstünlüğüne, insan haklarına ve temel hak ve özgürlüklere saygı duyulması gerekliliği” yer almaktadır.<sup>381</sup> Dolayısıyla, Amerika Demokrasi Şartı’nın 6.maddesinin 3.fıkrasında ve Avrupa Konseyi Statüsü’nün Giriş bölümünde<sup>382</sup> de kabul edildiği üzere, sınırötesi anayasalcılık kapsamında, giderek artan sayıda uluslararası topluluk ve onların sözleşme ve beyanlarında, iyi yönetim ilkelerini kabul görmekte ve ülkeler, anayasal düzenlemelerini yaparken dikkate alacağı sosyal ve ekonomik ihtiyaçları bu kapsamda değerlendirebilmektedir.

## **2.5. ULUSLARARASI EKONOMİ VE TİCARET İLE SINIRÖTESİ ANAYASALCILIK İLİŞKİSİ**

Sınırötesi anayasalcılık kapsamında, farklı toplumların anayasal seviyede sahip oldukları problemlere küresel düzeyde çözüm önerileri sağlayan yargısal diyalog ve ulus-üstü mekanizmalar insan hakları ve demokrasi ana temalarına dayanak teşkil etmek üzere kimi zaman da ekonomik alanda birbirleri ile etkileşime girmekte ve birtakım ilkeler ve standartlar öngörebilmektedir. Esas itibari ile, sınırötesi anayasalcılık faaliyetleri de, temelde ekonomik faaliyetlerin uluslararasılaşmasını takiben ortaya çıktığı düşünülürse, bu tür faaliyetlerin belirli bir kısmını aslında uluslararası ekonomi hukukunun şekillendirebileceği düşünülebilir. Bu noktada, temeli çok öncelere dayanan uluslararası ticaretin, yirminci yüzyılda yaşanan iletişim ve teknoloji alanlarındaki gelişmelere ek olarak yaşanan siyasi gelişmeler ile İkinci Dünya Savaşı ve ardından da Soğuk Savaş Dönemi’nin sona ermesini takiben önem ve ivme kazanan küreselleşme olgusu ile hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyması ve hatta farklı toplumların ve o toplumlardaki

---

<sup>381</sup> United Nations Human Rights Office of the High Commissioner (1991), “Resolution of the Council and of the Member States Meeting in the Council on Human Rights, democracy and development”,

<https://www.ohchr.org/EN/Issues/RuleOfLaw/CompilationDemocracy/Pages/ResCouncil.aspx>, Erişim, 01.08.2021.

<sup>382</sup> Matthias HERDEGEN 2014b, age. s.382.

bireylerin ekonomik haklarının güvence altına alınabilmesi amacıyla da anayasal düzeyde korunması ihtiyacı doğmuştur.

Daha önceden de ifade edildiği üzere, yaşanmakta olan küreselleşme olgusu kapsamında, uluslararası ticaret aktiviteleri kapsamında siyasi sınırlar belirsizleşmeye devam etmektedir. Böyle bir yapıda, ticaret yapanların uluslararası işlemlerinde taraf oldukları uyuşmazlıklarda, sadece kendileri değil kurulmuş oldukları ülkeler de taraf olmaktadır. Buna örnek olarak, 2018 yılında, Amerika Birleşik Devletleri'nin Çin Halk Cumhuriyeti kaynaklı ticaret yapan şirketlere ek vergi tarifeleri uygulamaya başlaması ve bunun da hem literatürde hem de kamuoyunda “ticaret savaşları” olarak adlandırılması gösterilebilir.

Dolayısıyla, günümüzde, “ekonomik küreselleşme” ile “sınırötesi anayasalcılık” arasında organik ve tutarlı bir ilişki kurulduğu gözlemlenmektedir. Uluslararası düzeyde yaşanan ekonomik entegrasyonun sonucunda, mahkemelere ulaşan uyuşmazlıkların şekil değiştirmesi ve kaçınılmaz olarak küresel düzeyde ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıkların tespiti, yorumu ve karar alma usulleri sınırları aşmayı gerektirmektedir. Bu noktada Slaughter'ın belirttiği gibi “..bir ürünün parçaları üç ayrı ülkede üretildiğinde, dördüncü bir ülkede birleştirildiğinde, beş veya altı ayrı ülkede pazarlaması ve satışı yapıldığında, bu süreçte ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların yargısal çözüm makamları da hızla çoğalmakta ve bu durum, uyuşmazlığın taraflarının, uyuşmazlığın esası için olduğu kadar, yargı yetkisi ve uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak hukuk konusunda da büyük mücadelelere girişmelerine neden olmaktadır.”<sup>383</sup>

Benzer şekilde, Herdegen de, uluslararası ekonomi hukukunun normlarının devletlerin temel yapıları ve uygulamaları üzerinde etkilerinin önem arz ettiğini belirtmektedir. Bu hususta da özellikle sözleşmeye dayanan yatırım hukukunun, hukuk devleti ilkesinin teminat altına alınmasını sağlayan önemli bir araç olduğuna vurgu yapmaktadır. Bu bağlamda, küresel ticarete yön veren hukuk kuralları önemli ve stratejik ekonomik kararlara yol göstermektedir. İlave olarak da, devletlerin siyasi seçeneklerine kısıtlamalar getirebilmektedir. Özellikle, gelişmiş ekonomilere sahip ülkeler (Amerika Birleşik Devletleri, Almanya, Fransa, İtalya) ile gelişmekte olan ülkeler arasında yapılan ekonomik işbirlikleri, önceden bahsi geçen iyi yönetim

---

<sup>383</sup> Anne-Marie SLAUGHTER (2003), “A Global Community of Courts”, Harvard Law Review, Cilt 44, Sayı 1, s.14'den aktaran: A. Ersoy KONTACI (2021), *Anayasa Yargısında Yargısal Karşılaştırmacılık ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Seçkin Kitabevi, Ankara.s.47.

standartları kapsamında sınırlandırılabilen ve bu standartların ışığında yürütülmektedir. Buna örnek olarak ise, AB ile Afrika, Karayip ve Pasifik Ülkeleri arasında imza altına alınan Cotonou Ortaklık Andlaşması<sup>384</sup> gösterilebilir.<sup>385</sup>

Uluslararası ticaret kurallarına ve hukuki düzenlemelere yön veren uluslararası bir örgüt olarak karşımıza Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) ve 1995’de onun yerine kurulan DTÖ çıkmaktadır.<sup>386</sup> Günümüzde geçerli hali ile, DTÖ hukuku tarafların ekonomik işlemlerinde öngörülebilirlik sağlamak ve kendi aralarında keyfi işlemelerin önüne geçebilmek amacı ile, uluslararası ticareti kısıtlama hususlarında belli başlı düzenlemeleri öngörmektedir.<sup>387</sup>

Sınırötesi anayasalcılık açısından değerlendirildiğinde, esasen liberal ticaret kuralları ki; buna DTÖ kuralları da dahil edildiğinde, insan hakları ile aynı değerler üzerine inşa edildiği gözlemlenmektedir. Bunların arasında; bireysel özgürlük ve sorumluluk (rekabete uyum sağlama), ayrımcılık yapmama, hukuk devleti, mahkemelerde dava açma hakkı, özgür vatandaşlar arasında barışçıl işbirliği yoluyla sosyal refahın teşvik edilmesi, ulusal ve uluslararası kuralların yasama organı tarafından onaylanması gösterilebilir. Burada anlaşılmaktadır ki, DTÖ hukukunun ekonomik olmayan değerleri, insan hakları ve bireylerin refahı için liberal ticaretin ekonomik refah etkileri kadar önem teşkil etmektedir. AB gibi DTÖ de, sadece ekonomik özgürlüğün değil, fakat daha genel olarak bireysel özgürlüklerin de savunucusudur.<sup>388</sup> Bu ilkeleri ve standartları uygularken de DTÖ, farklı ülkelerin anayasal süreçlerine etki etmekte ve küresel sisteme entegre olmuş üyeler ile etkileşmektedir.<sup>389</sup> Bu noktada ise belirtilmelidir ki; DTÖ ticaret politikaları için

<sup>384</sup> Detaylı bilgi için Bkz: Simay GÜVEN (2008). *Kalkınmada İşbirliğinde Siyasi Koşulluluk: Lomé/Cotonou Ortaklığı-Eleştirel Bakış*, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi No:28, Ankara Üniversitesi Basımevi, s.159-160. Güven’e göre: Bu andlaşmanın altyapısı Birinci (1975-1980), İkinci (1980-1985), Üçüncü (1985-1990) ve Dördüncü Lomé Konvansiyonu (1989-2000) tarafından oluşturulmuştur. Cotonou Andlaşması, 23 Haziran 2000 yılında Benin’in başkenti Cotonou’da imzalanmış ve 2003 yılında yürürlüğe girmiştir. Yüz maddeden oluşan andlaşmada altı bölüm beş ek ve beş protokol bulunmaktadır. Andlaşma, Avrupa Birliği ve Afrika, Karayip ve Pasifik ülkeleri ortaklığının hedeflerini belirtmiştir. Birinci maddesinde Lomé Konvansiyonlarında olduğu gibi işbirliğinin hedefinin Afrika, Karayip ve Pasifik ülkelerinin kalkınmasının teşvik edilmesi olduğu belirtilmektedir fakat Lomé Konvansiyonlarından farklı olarak bunun nedeninin bölgede barış ve güvenliğe katkıda bulunulması ve bununla birlikte esasen istikrarlı ve demokratik bir siyasi çevre oluşturabilme olduğu ifade edilmektedir.

<sup>385</sup> Matthias HERDEGEN 2014a, age. s.298 ve dipnot 49.

<sup>386</sup> Alec Stone SWEET 2009, agm. s. 623.

<sup>387</sup> Matthias HERDEGEN 2014a, age. s.298.

<sup>388</sup>, E. U. PETERSMANN (2000), “The WTO constitution and human rights”, *Journal of International Economic Law*, Cilt 3, Sayı 1, s. 19.

<sup>389</sup> J. P. TRACHTMAN (2006), “The Constitutions of the WTO”, *European Journal of International Law*, Cilt 17, Sayı 3, s. 625. Ayrıca Bkz: J. L. DUNOFF (2006), “Constitutional Concepts: The

bir çerçeve oluşturmakta fakat bunların sonuçlarını tanımlamaktan ya da belirlemekten ise kaçınılmaktadır. Açık ifade etmek gerekirse, Hoekman'a göre ticareti bir oyun gibi tasvir edecek olursak; DTÖ, oyunun sonuçları ile değil fakat kurallarını belirlemekle ilgilenmektedir. Bu kurallara öncülük eden DTÖ temel ilke ve standartları beş başlıkta toplanabilmektedir. Bunlar; “ayrımcılık yapmama (*nondiscrimination*), karşılıklılık (*reciprocity*), dava edilebilir taahhütler (*enforceable commitments*), şeffaflık (*transparency*) ve içinde sosyal hedefler ve adil rekabet gibi konuların da yer aldığı emniyet subapları (*safety valves*)”dır.<sup>390</sup>

Bu standartlar, ticareti kısıtlayıcı etki gösteren üye ülkelerin tüm hukuki düzenlemelerine nüfuz edebilmektedir. Özellikle de, üye ülkelerin ekonomi politikasına ve sosyal ekonomiye ilişkin alternatiflerini kısıtlamaktadır. Esasen de, özel yatırımı koruma sözleşmeleri ve/veya ticaret anlaşmaları temelinde yabancı yatırımların korunmasının teminat altına alınması, hukuki güvenlik ve şeffaflık ekseninde katkıda bulunmakta ve uluslararası ticarete konuk (guest) statüdeki devletlerin hukuk bağlamının gelişmesine destek olmaktadır. Bu noktada ise, sözleşme yükümlülüğü kaynaklı ve yabancı yatırımlar özelinde nazara alınması gereken “doğruluk ve dürüstlük kuralları” önemli bir rol üstlenmektedir. Dolayısıyla bu kurallar ile ulusal hukuk ve ulusal hukukun uygulanmasında tutarlılık, açıklık ve şeffaflık temin edilmektedir.<sup>391</sup>

Bunlara ek olarak, uluslararası yatırım hukuku standartları da, ticaret ve ekonominin sınırötesi anayasalcılık faaliyetleri ile etkileşiminin çerçevesini bazı standartlar temelinde çizmektedir. Bunların arasında “adil ve eşitlikçi muamele (fair and equitable treatment)” ile yatırımın “ tam korunması ve güvenlik altına alınması (full protection and security)” gösterilebilir.<sup>392</sup> Bu standartların ışığında ve sınırötesi anayasalcılık kapsamında değerlendirilebileceği üzere, kimi Güney Amerika Devletleri'nin yabancı yatırımcıların kendi ülkelerinde imtiyaz sahibi olmalarının önüne geçecek hükümleri anayasalarında kabul etmişlerdir. Dolayısıyla bu noktada,

---

WTO's Constitution'and the Discipline of International Law”, *European Journal of International Law*, Cilt 17, Sayı 3, s. 647-675.

<sup>390</sup> B. HOEKMAN (2002), “The WTO: functions and basic principles”, *İçinde Development, Trade, and the WTO: A Handbook*, Eds. Bernard Hoekman, Aaditya Matoo and Philip English, s.41-50, *Washington, DC: World Bank Press* s. 42.

<sup>391</sup> Matthias HERDEGEN 2014a, age. s.299.

<sup>392</sup> R., DOLZER ve C. SCHREUER (2012). *Principles of international investment law*, Oxford University Press, s.130,160. Ayrıca uluslararası yatırım hukuku ilkeleri ve standartları için bkz: U. KRIEBAUM,, C. SCHREUER ve R. DOLZER (2022). *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press.

anayasal düzeyde bir alanın yerel hukukun kapsam ve etkisine alınması yaklaşımından söz edilebilir.<sup>393</sup>

Yatırımın ve özel mülkiyetin anayasa hukuku açısından korunması kapsamında ise, Güney Afrika örneğinde olduğu gibi,<sup>394</sup> ulusal yatırım yasalarının, uluslararası yatırımcıların çıkarlarını gözetecek şekilde ve ülkede ekonomik ve sosyal kalkınmayı teşvik ederken aynı zamanda ekolojik sürdürülebilir kalkınmayı da güvence altına alacak şekilde çıkarılmasına yönelik anayasal düzenlemenin yer aldığı görülmektedir.<sup>395</sup> Bir yandan da, Çin Halk Cumhuriyeti'nde yabancı sermaye yatırımlarının sözleşmeler bakımından korunması ve çift taraflı yatırımların güvence altına alınmasına ilişkin anlaşmaların kabul edilmesi, anayasaya mülkiyet hakkının korunması kapsamında hüküm eklenmesine öncülük etmiştir.<sup>396</sup>

Petersmann'ın ifadesi ile “liberal uluslararası ticaret kuralları, hükümetlerin kendi vatandaşlarına karşı liberal anayasal yükümlülüklerinin çerçevesini çizmektedir.”<sup>397</sup> Buradan hareketle sınırötesi anayasalcılık çerçevesinde, uluslararası ticaretin kurallarının yerel hukuk üzerinde etkisi kabul edilebilir, fakat bu etkiye devletlerin nasıl tepki verdiği ise değişebilir. Örneğin İsviçre'de olduğu gibi uluslararası ticaret kuralları, yerel anayasal sisteme göre, doğrudan kanun gücüne sahip olabilir ya da yerel anayasaların kendilerinin uluslararası entegrasyonun taleplerine uyması söz konusu olabilir.<sup>398</sup> Buna karşın, Alman Anayasa Mahkemesi ise, Maastricht Andlaşması'nın anayasaya uygunluğu konusundaki kararında bahsi geçen yerel etkilerle uğraşmak zorunda kalmıştır.<sup>399</sup> Bu konuda Maastricht Andlaşması'nın geçerliliğine ilişkin yaptığı hukuki düzenlemeler ve anayasa değişiklikleri, Alman Temel Kanunu'ndaki üst ilkeler olarak kabul edilen demokrasi ve egemenlik ile tutarsızlık teşkil ettiği gerekçesi ile sorgulanmıştır. Mahkeme ise, bu

<sup>393</sup> Matthias HERDEGEN 2014a, age. s.300.

<sup>394</sup> Bkz. 1996 Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası, Madde 24(b)iii.

<sup>395</sup> L. MHLONGO (2019), “A critical analysis of the Protection of Investment Act 22 of 2015”, *Southern African Public Law*, Cilt 34, Sayı 1, s. 1-22.

<sup>396</sup> Matthias HERDEGEN 2014a, age. s.300. Çin Halk Cumhuriyeti'nde yabancı yatırımın riskleri hakkında bkz: S. LI, (2007), *The legal environment and risks for foreign investment in China*. Springer Science & Business Media.

<sup>397</sup> E. U. PETERSMANN (1991), *Constitutional functions and constitutional problems of international economic law*, Routledge, s.220.

<sup>398</sup> D. SCHNEIDERMAN (2000), “Investment rules and the new constitutionalism”, *Law & Social Inquiry*, Cilt 25, Sayı 3, s. 764.

<sup>399</sup> BRUNNER v. European Union Treaty, 1 CMLR 57. 1994.

konuda yapılan başvuruları, Avrupa Birliği tarafından tasarlanan devlet egemenliğinin korunmasını vurgulayarak reddetmiştir.<sup>400</sup>

Verilen örneklere benzer şekilde, sınırötesi anayasalcılık kapsamında, değerlendirilebilecek bir diğer örnek ise Meksika olarak karşımıza çıkmaktadır. Santos'un "yerelleştirilmiş küreselleşme (*localized globalism*)"<sup>401</sup> kavramı ile kastettiği, yerel hukuki düzenlemelerin gelişen küresel şartlara uyum sağlamasına örnek olarak, Meksika'nın Kuzey Amerikan Serbest Ticaret Andlaşması'na (NAFTA) katılım sürecinde bir tür yerelleştirilmiş küreselleşmenin tatbiki söz konusu olmuştur. Öyle ki, bu serbest ticaret NAFTA'nın disipline edici etkilerine uyum sağlamak için andlaşmaya taraf olan tüm devletlerin mevcut mevzuatlarında değişiklik yapması gerekmektedir. Meksika Federal Hükümeti de, NAFTA gerekliliklerine uyum sağlamak için, yeni kanunlar ve anayasa değişiklikleri ile kapsamlı bir dizi reform gerçekleştirmiştir.<sup>402</sup>

## **2.6. SINIRÖTESİ ANAYASALCILIĞIN KARŞILAŞTIĞI GÜÇLÜKLER VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ**

Sınırötesi anayasalcılık yaklaşımı, yirminci yüzyılın getirdiği yeni koşullar ve gelişmeler ile birlikte, yeni bir kavram olarak anayasa hukukunda yerini almıştır. Temel aldığı argümanlar açısından değerlendirildiğinde, sınırötesi anayasalcılığa getirilen farklı perspektiflerin mevcut olduğu, taraftarlarının olduğu gibi aynı zamanda bu yaklaşımı eleştirenlerin de olduğu görülmektedir. Bu kapsamda, sınırötesi anayasalcılığa getirilen farklı perspektiflere değindikten sonra, bu anayasalcılığın karşılaştığı güçlükler ele alınacak ve ardından bunları aşabilmesi için öneriler getirilecektir.

### **2.6.1. Sınırötesi Anayasalcılığa Farklı Perspektiflerden Bakış**

Nispeten yeni bir kavram olmakla birlikte, sınırötesi anayasalcılığın yükselişi, işlevi ve değerleri konusunda birçok tartışma yaşanmıştır. Bu tartışmalarda bir taraf, sınırötesi anayasalcılığın uluslararası hukukun geliştirildiği dönemde zaten ortaya

<sup>400</sup> M. HERDEGEN (1994), "Maastricht and the German Constitutional Court: Constitutional Restraints for an "Ever Closer Union" and Document "Extracts from: Brunner v. The European Union", *Common Market Law Review*, Cilt 31, Sayı 2, s. 252.

<sup>401</sup> B. de Sousa SANTOS (1995), *Toward a new common sense: Law, science and politics in the paradigmatic transition*, Routledge: New York. s. 263'den aktaran D. SCHNEIDERMAN, (2000), "Investment rules and the new constitutionalism", *Law & Social Inquiry*, Cilt 25, Sayı 3, s. 765.

<sup>402</sup> agm. s. 765.



çıkması gerektiğini savunmakta ve bunun da sınırötesi normatif hukuk düzeninin yaygınlaşması olarak takdir etmektedir.<sup>403</sup> Öte yandan diğer bir grup ise, sınırötesi anayasalcılığı küreselleşme ile güç kazanmış uluslararası aktörlerin dünya düzeni üzerinde etkili olmak için geliştirdiği bir strateji ve geleneksel anayasalcılık için esasen bir tehdit unsuru olarak kabul etmektedir.<sup>404</sup> Yeh ve Chang, sınırötesi anayasalcılık üzerinde farklı perspektifleri üç başlıkta toplamaktadır. Bunlar, temelcilik (*foundationalism*), yansımacılık (*reflectionalism*) ve yapılandırmacılık (*constructivism*) olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>405</sup>

Bunlardan ilk görüş olan temelcilik kapsamında; siyasetin yüksek ahlaki normatif bir düzene dönüştürülmesi esasında olduğu gibi, sınırötesi anayasalcılığın da gelişimi, normatif düzenin tam olarak kurulması olarak görülmektedir. Bu süreç, yerel yönetmeliklerle başlamakta, ardından ulusal kanunlarla bağlantı kurmakta ve son olarak, alt düzey normların yerini alması beklenen sınırötesi normlarla tamamlanmaktadır. Bunun sonucu olarak, eğer yerel ve ulusal hukuk düzeni sorunlu siyasi aktörlerin eylemlerine tanık oluyorsa, sınırötesi anayasalcılık, ulus devletlerin adil ve eşitlikçi olmayan hukuki düzenlemelerine karşı ahlaki bir emniyet mekanizması işlevi görebilmektedir. Temelcilik görüşüne göre, sınırötesi anayasalcılığın ortaya çıkışı, vatandaşların devlet ve devlet dışı aktörler tarafından sömürülmesini önleyen asil bir eylem olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, geleneksel uluslararası anlaşmaların anayasalar gibi işlemesinin, sınırötesi hukuk düzenine uygun olduğu ve bunun sonucunda da dünya genelinde ülkelerin anayasal düzenlemelerinin benzeşmesi, sınırötesi anayasalcılığın bütünleştirici etkisi olarak görülmektedir. İkinci perspektif olan yansımacılık kapsamında, bu görüşün taraftarları, sınırötesi anayasalcılığın gelişimini yerel ve uluslararası aktörler tarafından yapılan siyasi pazarlıklar ve faydacı hesapların bir neticesi olarak algılamaktadır. Buna ek olarak yansımacı perspektifini savunanlar, yerel karar vericilerin kendi karar verme kapasitelerini ulusüstü kurumlara ve aktörlere teslim edilmesine ve yerel iç politikaları oluşturma özgürlüklerinin azalmasına sebep olacak

---

<sup>403</sup> Bkz: D. GIANNINO (2019), “Are we looking up or are we looking out? The transnational constitutionalism of the Inter-American Court of Human Rights: conventionality control and the fight against impunity”, *Transnational Legal Theory*, Cilt 10, Sayı 1, 6-29.; P. ZUMBANSEN (2011), “Comparative, global and transnational constitutionalism: The emergence of a transnational legal-pluralist order”, *Osgoode CLPE Research Paper24/2011*, Cilt 7, Sayı 6, s. 1-34.

<sup>404</sup> Bkz.: P. LEGRAND (2006), “Comparative legal studies and the matter of authenticity”, *J. Comp. L.*, Cilt 1, s. 365.

<sup>405</sup> Jiunn-Rong YEH ve Wen-Chen CHANG 2008, agm. s. 108.

anayasal düzenlemelere karşı çıkmaktadır. Çünkü onlara göre, herhangi bir ulus, uluslararası bir andlaşmanın veya uluslararası teamül hukukunun kendi anayasasını doğrudan etkilemesine izin verdiğinde veya benzer şekilde, kendi anayasasını yorumlamaya yardımcı olması için bir yabancı yasaya adli referansa izin verdiğinde, o ulusun haklar bildirgesi dış etki yoluyla sınırlandırabilmektedir. Fakat onların sınırötesi anayasalcılık kapsamında dikkate almadığı bazı hususlar bulunmaktadır. Örneğin, sınırötesi yasal çerçevelerle işbirliği, beraberinde sadece yükümlülükler değil fakat aynı zamanda faydalar da getirebilmektedir. Bundan ötürü de, daha fazla uluslararası kaynak veya küresel pazarlara ulaşmak isteyen bir devletin, uluslararası ticareti geliştirebilmek adına, sınırötesi aktörlerle daha fazla işbirliği yapma niyeti ve sınırötesi anayasalcılık kapsamında insan haklarına daha fazla önem verebilmektedir. Bunlara ilave olarak, yansımacılık kapsamında, yeni demokrasilerin sınırötesi anayasalcılığa daha sıcak bakmalarının sebepleri vardır. Öncelikle, yeni demokrasiler sınırötesi gelişmelere daha açık olma eğilimindedirler çünkü onlar, uluslararası itibar elde etmek istemektedirler. Ayrıca, ülke içinde oldukça kırılğan geçiş koşullarıyla karşı karşıya kalan yeni ve baskın siyasi partiler, yerel yönetimi istikrara kavuşturmak için uluslararası meşruiyetin yardımına ihtiyaç duymaktadırlar.<sup>406</sup>

Şu ana kadar anlatılan temelcilik ve yansımacılık perspektifleri, anlaşıldığı üzere birbirleri ile karşıtlık ilişkisi içerisindedirler. Temelcilik görüşünü savunanlar, sınırötesi anayasalcılığın daha geniş bir siyasi alanda yaşaması ve hakların korunmasını daha geniş kapsamda sağlayabileceği görüşü ile sınırötesi anayasalcılığın dünya genelinde daha fazla kabul edilebilir olmasını beklemektedirler. Buna karşılık, yansımacı görüşünü savunanlar ise, sınırötesi anayasalcılığın yükselişini kabul etmekle birlikte, bunun altta yatan nedeninin, yerel siyasi çıkarlar olduğu görüşünü kabul etmektedirler.<sup>407</sup>

Bu görüşlerin yanı sıra, üçüncü perspektif olan yapılandırmacı görüş ise, sınırötesi anayasalcılığın tek seferlik bir olgudan ziyade bir süreç gerektirdiğini, bu süreç içinde ise, sınırötesi anayasalcılık faaliyetleri, ulusal ve uluslararası anayasal çerçeveler arasında etkileşimler sayesinde gelişecek ve ilerlemeye devam edecektir.<sup>408</sup>

---

<sup>406</sup> agm. s. 108-110.

<sup>407</sup> Detaylı bilgi için bkz. V. JACKSON (2013), *Constitutional engagement in a transnational era*, Oxford University Press.

<sup>408</sup> Jiunn-Rong YEH ve Wen-Chen CHANG 2008, agm. s. 110-111.

Son olarak yapılandırmacılık perspektifi, “demokratik geçiş (*democratic transition*)” sürecindeki anayasa değişikliğini sürekli ve yapıcı bir süreç olarak değerlendirmektedir. Buna göre, anayasal değişiklikler ve demokratik geçişler sırasında yapılan yeni bir anayasa değişime tabi olacaktır. Bunlara ilaveten, yapılandırmacılık perspektifi, söz konusu demokratik geçişler sırasındaki anayasal gelişmelerin sürekli olarak dönüşümünün her aşamasına katıldığını, erken aşamalarda fikir birliğini pekiştirdiğini ve sonraki aşamaların gerçekleşmesini de teşvik ettiğini savunmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, geçiş dönemi anayasalcılığı ne sadece normatif bir girişim ne de sadece siyasi bir manipülasyondur. Doğası gereği, hem pratik özellikleri hem de normatif düzeni ortaya koyan bir özelliği bulunmaktadır. Geçiş dönemi anayasalcılığın bu yapılandırmacı karakteristiğinin kendisini gösterdiği Güney Afrika örneğinde<sup>409</sup> olduğu gibi, ülkelerin çalkantılı siyasi geçiş dönemlerinde yeni bir anayasa tek seferde yapılamasa da zaman içinde yapılacak değişiklikler ile hem geçicilik özelliğini sergilemekte hem de yapılandırmacı bakış açısı ile bu süreçte daha fazla dönüşüm öngörmektedir.<sup>410</sup>

### 2.6.2. Sınırötesi Anayasalcılığın Karşılaştığı Güçlükler

Önceden de belirtildiği üzere, çeşitli ülke anayasa mahkemelerinin vermiş olduğu kararlarda, diğer ülkelerin ve hem ulusüstü hem de uluslararası mahkemelerin içtihatlarının etkisi gözlemlenmektedir. Bunlara ek olarak, ulusüstü ve uluslararası oluşumların da, yerel hukuki düzenlemelerin faydalanacağı normlar ve standartlar kabul ettiği bilinmektedir. İşte bu noktada, sınırötesi anayasalcılık kapsamında, yerel hukuki düzenlemeler ile sınırötesi standartlar ve hukuki düzenlemelerin etkileşimi süreci üzerine bazı itirazlar ve kaygılar bulunmaktadır.

Sınırötesi anayasalcılığın karşılaştığı güçlüklerin sınıflandırılmasında, Kontacı'nın yargısal karşılaştırmacılığa yönelik itirazları ve Yeh ve Chang'ın sınırötesi anayasalcılığın sorunları olarak belirttiği hususlar kullanılabilir. Kontacı'nın taksonomisinde bu itirazlar, siyasi ve hukuki olmak üzere iki ana grup halinde incelenmektedir. Siyasi itirazlar kapsamında, “anayasaların ulusların tarih ve

<sup>409</sup> Bkz: N. ALEXANDER (2003), *An ordinary country: Issues in the transition from apartheid to democracy in South Africa*, Berghahn Books.; H. CORDER (1994), “Towards a South African Constitution”, *The Modern Law Review*, Cilt 57, Sayı 4, ss. 491-533.; A. M. GROSS (2004), “The constitution, reconciliation, and transitional justice: lessons from South Africa and Israel”, *Stan. J. Int'l L.*, Cilt 40, s. 47.

<sup>410</sup> J. R. YEH ve W. C. CHANG (2009), “The Changing Landscapes of Modern Constitutionalism: Transnational Perspective”, *NTU L. Rev.*, Cilt 4, Sayı 1, 161-162.

karakteriyle özdeş olduğu iddiası”, “yargısal karşılaştırmacılığın yeni bir tür emperyalizm olduğu iddiası” yer almaktadır. İkinci grup olan hukuki itirazlar kapsamında ise, “yabancı içtihatların kullanılmasının anti demokratik bir yetki aşımı olduğu iddiası” ile “yabancı içtihatların kullanılmasının belli sonuçlara yönelik seçimleri yansıttığı iddiası” yer almaktadır.<sup>411</sup>

Bu itirazlar kapsamında, Friedrich ve Brzezinski'nin<sup>412</sup> altını çizdiği husus olarak anayasaların siyasi manifesto olma özelliği ile, ait oldukları toplumun sahip olduğu sosyal ve kültürel bir ideolojiyi yansıtmaları söz konusudur.<sup>413</sup> Duchacek'in de kastettiği gibi, anayasaların ait oldukları ülkede yaşayan toplumun tercih ve değerlerini yansıtmaları gibi bir özelliği bulunmaktadır.<sup>414</sup> Dolayısıyla, sınırötesin anayasalcılığın yerel anayasaların bu topluma özgü karakterini değiştirme tehdidine yönelik eleştiriler bulunmaktadır. Bununla birlikte, küreselleşmenin de etkisiyle, ekonomisi daha güçlü olan ülkelerin ekonomisi daha zayıf olan ülkeleri tesirleri altına alma amacıyla çeşitli ulusüstü ya da uluslararası ekonomik standartlar oluşturabileceği hususu, sınırötesi anayasalcılığa yöneltilen bir başka eleştiri olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>415</sup> Hukuki itirazlar kapsamında da sınırötesi anayasalcılığa kimi zaman uluslararası yargı içtihatlarının kullanılmasının yerel demokrasilerde zayıflatıcı etkisi olduğu kabullenmesi ile eleştiriler yöneltilmektedir. Ancak bu noktada uluslararası normlar ve/veya yargı içtihatlarının yasama organı (anayasal tasarım) veya yargı organı (anayasal yargı) tarafından kullanılması arasında fark bulunmaktadır. Kontacı'ya göre, anayasa yargısında uluslararası yargı içtihatlarının kullanılması durumunda, o topluma “*demokratik onay vermediği bir norm grubunun uygulanması*” şeklinde yorumlanabilmektedir.<sup>416</sup>

Sınırötesi anayasalcılığa yöneltilen kaygıların Yeh ve Chang tarafından sınıflandırıldığı hali ise üç başlıkta toplanabilir. Bunlar, “hesap verilebilirlik (*accountability*)”, “demokrasi açığı (*democratic deficit*)” ve “hukuk devleti (*rule of*

<sup>411</sup> A. E. KONTACI (2021), *Anayasa Yargısında Yargısal Karşılaştırmacılık ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Seçkin Kitabevi: Ankara.s. 60-79.

<sup>412</sup> Detaylı bilgi için bkz: C. J., FRIEDRICH ve BRZEZINSKI, Z. K. (1965), *Totalitarian dictatorship and autocracy*, Harvard University Press.

<sup>413</sup> L. GÖNENÇ (2002), *Prospects for constitutionalism in post-communist countries*, Martinus Nijhoff Publishers, the Netherlands. s. 9.

<sup>414</sup> I. D. DUCHÁČEK (1991), “Constitution/Constitutionalism”, *İçinde The Blackwell Encyclopedia of Political Science*, Ed. Vernon Bogdanor, Blackwell Publishing, London, s.142.

<sup>415</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: J. TULLY (2008), “Modern constitutional democracy and imperialism”, *Osgoode Hall LJ*, Cilt 46, 461.

<sup>416</sup> Ali Ersoy KONTACI 2021, age. s. 79.

law)” olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>417</sup> Hesap verilebilirlik ilkesi esasen modern anayasacılıkta, verilen herhangi bir kararın net bir şekilde sonuçlarından sorumlu tutulması esası olarak anlaşılabilir.<sup>418</sup> Bundan ötürü de, karar vericilerin güçlerini kötüye kullanma kapasiteleri azalmaktadır. Fakat, sınırötesi anayasalcılığa hesap verilebilirlik bağlamında getirilen eleştiri, yerel hukuka tesirinin ne ölçüde olacağını kestirimi yapılmaksızın uluslararası anlaşmaların kabul edilmesinden sonra, bu bakımdan uluslararası düzeyde hesap verilebilirliği sağlamanın oldukça güç olabilmesidir.<sup>419</sup> Ancak, şu ana kadar anlatıldığı hali ile, sınırötesi anayasacılık kabul ettiği üstün normlar kapsamında, yerel hukuka insan hakları ve demokrasi kapsamında olumlu etkiler sağlamaya çalışmaktadır.

Tam da bu noktada, karşımıza çıkan bir diğer eleştiri konusu ise, demokrasi açığı konusudur. Sınırötesi anayasalcılığa getirilen demokrasi açığı eleştirisi, burada etkilenen tüm tarafların norm oluşturma sürecine katılmadığı fikrinden doğmaktadır. Fakat aksine, sınırötesi anayasacılık, yerel ve sınırötesi anayasa hukukunun bir etkileşimi sonucu ortaya çıktığı için, sahip olduğu değerler ve normlar kapsamında demokrasiyi güçlendirme amacı taşımaktadır. Geçmişte AB’nde Anayasa yapım sürecinde yaşanan tartışmalar demokrasi açığı konusuna önemli bir örnek teşkil etmektedir.<sup>420</sup>

Son olarak, sınırötesi anayasalcılığa karşı geliştirilen argüman olarak karşımıza “hukuk devleti”nin yaralanmasına yol açma ihtimali çıkmaktadır. Bunun sebebi ise, günümüzde artan sayıda uluslararası norm veya uygulamaların yerel bağlamlara doğrudan uygulanabilir olmasıdır. Bu durumda ise, bu normlardan etkilenen tarafların kesin yasaları ve kuralları önceden bilmesinin zorluğu söz konusu olmakta ve bu durumda da yasal açıklık (legal clarity) bağlamında hukuk devleti yara alabilmektedir.<sup>421</sup> Fakat, bu durumun önüne hukuk devletinin, yargı denetimi ve anayasal ilkeler ile güçlendirilmesi ile geçilebilecektir. Örneğin ABD Yüksek

<sup>417</sup> Jiunn-Rong YEH ve Wen-Chen CHANG 2008, agm. s. 112-114.

<sup>418</sup> Detaylı bilgi için bkz: N. BAMFORTH ve P. LEYLAN (Eds.) (2013). *Accountability in the contemporary constitution*. Oxford University Press.; R. L. BROWN (1998), “Accountability, liberty, and the Constitution”, *Columbia Law Review*, Cilt 98, Sayı 3, s. 531-579.

<sup>419</sup> Jiunn-Rong YEH ve Wen-Chen CHANG 2008, agm. s. 112.

<sup>420</sup> Detaylı bilgi için bkz: S. C. SIEBERSON (2003). “The proposed European Union Constitution-will it eliminate the EU's democratic deficit”, *Colum. J. Eur. L.*, Cilt 10, s. 173.; A. FOLLESDAL ve S. HIX (2006), “Why there is a democratic deficit in the EU: A response to Majone and Moravcsik”, *JCMS: Journal of Common Market Studies*, Cilt 44, Sayı 3, ss. 533-562.; T. JENSEN (2009), “The Democratic Deficit of the European Union”, *Living Reviews in Democracy*, Center for Comparative and International Studies, ETH Zurich and University of Zurich, s. 1-8.

<sup>421</sup> Jiunn-Rong YEH ve Wen-Chen CHANG 2008, agm. s. 114.

Mahkemesi hukuk devleti ilkesini uluslararası insan hakları andlaşmalarına atıflar vererek güçlendirme yoluna gitmektedir.<sup>422</sup>

### 2.6.3. Sınırötesi Anayasalcılığı Güçlendirmek İçin Öneriler

Sınırötesi anayasalcılığın karşılaştığı eleştiriler ve güçlükler kapsamında ele alındığında, öncelikle bunun bir küresel emperyalizm enstrümanı olarak ekonomik kapsamda az gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkelere dayatıldığı iddiaları,<sup>423</sup> daha önce de belirtildiği gibi esasen sınırötesi anayasalcılık çalışmalarına daha fazla gönüllü olan genç demokrasilerin gelişmesine sağladığı katkılar kapsamında değerlendirildiğinde ve iddiaların temeli olan siyasi ve ekonomik tartışmalara girmeksizin, bunun hukuki kapsamda değerlendirilmesi yapıldığında, önermenin geçerli olamayacağı anlaşılmaktadır. Bunun sebebi ülkelerin geliştirdiği küresel yargı diyalogu ve ulusötesi üstün normlar kapsamında, yerel demokrasilerin önermenin aksine daha da güçlenmesidir. Anılan güçlükler kapsamında, demokrasi açığı sorununun da üstesinden gelebilmek açısından konu ele alındığında ise, önerimiz yerel hukukun sınırötesi anayasalcılık ile işbirliği kapsamında etkileşime girmesidir. Buradan anlaşılması gereken şudur ki; literatüre hakim olan bir diğer kavram olan “yönetişim” ile halkın ve diğer paydaşların mümkün olan azami düzeyde yönetime katılmasının sağlanması faaliyetleridir. Yani, örneğin gerektiği durumlarda stratejik değere sahip uluslararası andlaşmaların yerel düzeyde tanınması, genel itibari ile parlamentonun onayı gibi araçlar dışında, halkoylaması yolu ile de değerlendirilebilir.

Sınırötesi anayasalcılığın karşılaştığı güçlükleri aşabilmesi adına, yerel demokratik kurumların halk ve uluslararası üstün normlar arasında etkin aracılık yapması gerekmektedir. Öyle ki, burada önem arz eden demokratik rızanın sağlanması ve aynı zamanda da yerel bağlamda eksik olan üstün norm uygulamalarının iyileştirilmesi gerekmektedir. Bunları uygularken de, halk egemenliği ve demokrasi zedelenmemeli bilakis amaca uygun şekilde güçlendirilmelidir.

<sup>422</sup> Bkz: S. CHESTERMAN (2008), “An international rule of law?”, *The American Journal of Comparative Law*, Cilt 56, Sayı 2, ss. 331-362.; W. M. CARTER JR (2009), “Treaties as Law and the Rule of Law: The Judicial Power to Compel Domestic Treaty Implementation”, *Md. L. Rev.*, Cilt 69, s. 344.; Jiunn-Rong YEH ve Wen-Chen CHANG 2008, agm. s. 114.

<sup>423</sup> Detaylı bilgi için bakınız: James TULLY 2008, agm. s. 461.; Ali Ersoy KONTACI 2021, *age*.

Ducháček'in de belirttiği gibi, uluslararası birliktelikler ya da bir devletin uluslararası örgütlere üye olması, birbirlerinin egemenliği pahasına değil fakat karşılıklı bir gelişime imkan verebilmektedir<sup>424</sup>. Öyle ki, mevcut koşullarda uluslararası arenada etkileşime giren ülkeler, temelde aynı şeyi yaptığı varsayılan diğer ülkelerle işbirliği yapma yoluna gitmekte ve böylece hem kendi ulusal çıkarlarını gözetmekte hem de dünya genelinde diğer ülkelere örnek teşkil edebilecek hususlar ortaya koyabilmektedir. Yerel düzeyde ve halihazırdaki yapıda ihtiyaç duyulduğunda sınırötesi bağlamda, temel hak ve hürriyetlerin korunması ve/veya değişen ve gelişen şartlar karşısında geliştirilmesi çalışmaları, sınırötesi anayasalcılığın karşılaştığı güçlükler ve eleştiriler karşısında, konumunu sağlamlaştırabilmesinin zeminini tesis edeceği görüşündeyiz.

## 2.7. GENEL DEĞERLENDİRME

Temelleri daha öncesine dayanan ve fakat özellikle yirminci yüzyıl ve onun ikinci yarısı ile başlayan siyasi, sosyal ve ekonomik dönüşüm sürecinde, toplumların ve toplumun bireylerinin haklarının ve ödevlerinin, modern toplum anlayışı ile insan onuruna yakışır temelde gelişmesi durumu söz konusu olmuştur. Gelişen iletişim ve bilgi teknolojileri kapsamında devletlerin siyasi sınırlarının belirsizleşmeye başladığı bu dönemde, anayasa hukuku araştırmacılarının da geleneksel perspektife ek olarak yeni yaklaşımlar geliştirmeye yöneldiği gözlemlenmektedir. Bunların içinde yer alan ve şu ana kadar konu edilmiş olan sınırötesi anayasalcılığın bu bölüm kapsamında, ortaya çıkışı ve gelişimi incelenmiş, sınırötesi yargı diyalogu ile bunun küresel düzeyde benzeşmesi ele alındıktan sonra, insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti üzerine dünya genelinde kabul edilen ölçü normlar ile ilişkisi değerlendirilmiş, ardından da sınırötesi anayasalcılığın karşılaştığı güçlükler incelenmiş ve çözüm önerileri getirilmiştir.

Dünya genelinde, yerel mahkemelerin diğer ülke mahkemelerinin içtihatlarından istifade etmesi, yargı diyalogunun gelişmesi ve bu bağlamda kurulan köprüler, anayasa hukukunda çağın gereğine uyma şeklinde yorumlanabilir ve bu açıdan da anayasa hukuku alanında araştırmalara ışık tutabilir. Bu diyalogu tesis ederken ve diğer ülke içtihatlarını uygulama yoluna gidilirken elbette ki, yerel doku

---

<sup>424</sup> I. D. DUCHÁČEK (1975), *Nations and Men: An Introduction to International Politics.*, Third Edition, The Dryden Press, Hinsdale, Illinois, s. 358-359.

ve kimliğe uygun davranılmalıdır. Bütünüyle ölçüsü ve dinamiği farklı bir yapının, kendisine aykırı olan bir sisteme alıştırılması sorun teşkil edebileceği için, mevcut yerel hassasiyetlere dikkat edilmesi gereği bulunmaktadır.

Aynı hassasiyet ve özenli çalışma devletlerin taraf oldukları, ulusüstü organizasyonların getirdiği ölçü normlar için de yerel düzeyde gösterilebilir. Bu noktada genel bir çıkarım yapmanın zor olduğu kabul edilmeli ve dolayısıyla, bölüm genelinde de değinildiği örnekler gibi, taraf ülke ve söz konusu örgütlerin ayrı ayrı ele alınması daha sağlıklı sonuçlar ortaya çıkarabilecektir. Bu hususlar şayet kültürel ve sosyal değerleri azami ölçüde birbirine yakınsayan toplumlar için söz konusu olduğunda sınırötesi anayasalcılıkta daha net ve belirgin bir durum ortaya çıkabilecek ve bu yaklaşımın da karşılaştığı demokrasi açığı gibi güçlükler asgari düzeye indirilebilecektir.

Dolayısıyla, hukuki, sosyal ve ekonomik farklı birçok perspektiften ele aldığımız sınırötesi anayalcılık kapsamında, ortaya konulan ölçü normlarının da yine bir çok perspektifi bulunduğu altına çizmiş bulunmaktayız. Bize göre, sınırötesi anayasalcılıkta karşılaşılan durumlarda çözüm üretebilmek için, temel haklar ve özgürlükler ile demokrasi ve hukuk devleti ilkeleri ön planda tutulmalıdır. Bunun sebebi de, basit bir şekilde ifade etmek gerekirse, en temelinde anayasaların insan haklarına dayanmasıdır. Anayasalar, siyasi iktidar yapılarını ortaya koyup, bunları tanımlama ile birlikte, yine bu yapıların temelini teşkil eden hakların tanımını ve bunların teminat altına alınmasını sağlamaktadır.

Bu noktada, sınırötesi anayasalcılığın faydaları arasında sayılabilecek bir husus da, hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası ölçü normların henüz bunların yeteri kadar gelişmediği ya da teminat altına alınmadığı ülkelerdeki olumlu etkileridir. Bu olumlu etkiler arasında, esasen o ülkede yaşayan toplumun bireylerinin hak ve özgürlüklerinin korunması ve ayrıca demokrasinin korunması ve geliştirilmesi gösterilebilir. Yine her ne kadar, halk egemenliği üzerine eleştiriler olsa da, bu eleştiriler sınırötesi anayasalcılığın küçük bir bölümüne isabet etmektedir.

Daha büyük bir çerçeveden değerlendirildiği durumda ise, sınırötesi anayasalcılık, halk egemenliğini desteklemektedir. Dünya genelindeki, genç demokrasilerin yararlanabileceği birçok referans noktası oluşturması bakımından sınırötesi anayasalcılık, esasları itibarı ile, rehber olma fonksiyonu da taşımaktadır. Dolayısıyla genel olarak ifade etmek gerekirse, sınırötesi anayasalcılık, güçler



ayrılığı, özgürlük ve eşitlik gibi kavramları anlamlandırma ve ülkeler bazında konumlandırma ve yorumlama bağlamında, bu kavramların hem yerel açıdan hem de uluslararası açıdan kapsamının genişletilmesine yarar sağlamaktadır.

Bu yönü ile sınırötesi anayasalcılık, hem modern anayasalcılık çalışmalarının gelişmesine katkıda bulunmakta, hem de sınırötesi anayasalcılığa dahil olan ülkelerin gerek kendi aralarında ve gerekse üye oldukları uluslararası organizasyonlar ile hak ve hürriyetlerin kapsamını geliştirme çabası içine girmeleri sağlanmaktadır.



### BÖLÜM III

## TÜRKİYE'DE ANAYASAYA AYKIRI ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN İNCELENMESİ VE SINIRÖTESİ ANAYASALCILIK BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Dünya genelinde incelendiğinde, özellikle yirminci yüzyılda anayasalcılık çalışmaları daha önce hiç olmadığı kadar önem kazanmış ve anayasa yargısı çağdaş demokrasilerde yaygınlaşmaya başlamıştır. Bu kapsamda İkinci Dünya Savaşı'nın ardından yaşanan gelişmelerle, modern toplumlarda temel hak ve hürriyetlerin korunmasına atfedilen önem ve öncelik artmıştır. Bu perspektiften değerlendirildiğinde, çağdaş demokrasilerde söz konusu temel hak ve hürriyetlerin muhafaza edilmesinin en etkili yolunun anayasa yargısı ve bunun yanında kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi olarak kabul edilmektedir.

Anayasa yargısı, daha önceden büyük oranda Amerika Birleşik Devletleri'ne has bir uygulama olarak atfedilmekte iken, önceden belirtildiği gibi özellikle İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesini takiben, Alman, İtalyan ve Avusturya Anayasaları ile Amerika'dan sonra Avrupa'da da uygulanmaya başlamıştır. Bu ülkelerin ardından Avrupa'da 1958 Anayasası ile kurulan Fransız Anayasa Konseyi ve 1961 Anayasası ile kurulan Türk Anayasa Mahkemesi takip etmiştir. Bunların ardından başlangıcı 1974 Portekiz Devrimi'ne dayandığı kabul edilen üçüncü demokratikleşme dalgası kapsamında, ilk olarak Güney Avrupa ülkeleri, bunların ardından Merkez Avrupa ülkeleri ve son olarak da Doğu Avrupa ülkelerinin tamamı anayasa yargısı sistemini kabul etmişlerdir. Avrupa'da karma bir sistemi kabul eden Yunanistan dışında, merkezi bir anayasa yargısı sistemine geçilmiş ve bu kapsamda da, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini genel mahkemelere değil fakat özellikle Anayasa Mahkemeleri'ne bırakılmıştır.<sup>425</sup>

---

<sup>425</sup> Ergun ÖZBUDUN (2014), *Türkiye'de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul. s. 117.

Anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin incelendiği ilk bölümün ve sınırötesi anayasalcılığın anlatılıp değerlendirildiği ikinci bölümün ardından tezin bu son bölümünde, Türkiye’de anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri incelenecek ve sınırötesi anayasalcılık bağlamında değerlendirilecektir. Bu kapsamda, öncelikle detaylı olarak, Türkiye’de anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi incelenecektir. Daha sonra, 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası döneminde anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri denetimi kararlar temelinde detaylı bir şekilde değerlendirilecektir. Son olarak ise, söz konusu anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri, sınırötesi anayasalcılık ve önceki bölümde belirtilen normlar kapsamında tartışılacaktır.

### **3.1. TÜRKİYE’DE ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ**

Türkiye’de anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi, iki ayrı dönemde, yani 1961 Anayasası’nda ve 1982 Anayasası’nda olmak üzere, Anayasa Mahkemesi Kararlarını değerlendirmek suretiyle ele alınacaktır.

#### **3.1.1. 1961 Anayasasında Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi**

1961 Anayasası, Anayasa Mahkemesi’nin görev ve yetkilerinin çerçevesini çizerken, kanunların ve TBMM İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetleyebileceğini belirtmekteydi.<sup>426</sup> Fakat anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesi’nin denetimine tabi olup olmadığı hususunda bir hüküm içermemekteydi.<sup>427</sup> Buna rağmen, Anayasa Mahkemesi bu zaman zarfında, Anayasa değişikliklerini bir kanun olarak kabul edilmesinden ötürü ve kanunların da Anayasaya uygunluğunu denetlemeye yetkili olmasından dolayı, kendisinde anayasa değişikliklerinin de Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini görmüştür. Buna ek olarak, Anayasa Mahkemesi’nin kanunları ve TBMM İç Tüzükleri üzerinde yapacağı anayasaya uygunluk denetiminde, şekil veya esas yönünden herhangi bir ayırım da hüküm altına alınmamıştır. Bu kapsamda, 1961 Anayasasında anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin yargısal denetimini iki dönem şeklinde inceleyebiliriz. Bu iki dönemi birbirinden ayıran çizgi ise, tali kurucu iktidarın 1971 yılında 1488 sayılı

<sup>426</sup> Erdal ONAR 1993, age. s.135.

<sup>427</sup> İlhan ARSEL (1962), *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, s.434.; Ali Rıza ÇOBAN (2011), *Anayasayı Değiştirme Yetkisi*, Adalet Yayınevi, Ankara. s.276.

Kanun ile Anayasa'nın 147. maddesini değiştirmek suretiyle Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişiklikleri üzerinde yapabileceği denetim usulünü kısıtlamasına dair yaşanan anayasal gelişme gösterilebilir.

### **3.1.1.1. 1971 Değişikliklerinden Önce Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi**

Anayasa Mahkemesi, o ana kadar kanunlar üzerinde olmak kaydıyla, 1965 yılında aldığı bir kararda,<sup>428</sup> kanunların şekil bakımından denetlenmesini öngörmüş ve bu şekilde şekil ve esas ayrımını ortaya koymuştur. Buna benzer şekilde Anayasa Mahkemesi bir başka kararında<sup>429</sup> kendisini esas denetimi yapmaya yetkili bulmakta ve anayasa değişikliğinin hukuken geçerli sayılabilmesi için, bunun sadece usulüne uygun yapılmasını yeterli görmeyip, “Anayasanın ruhuna uygun” olması ve aynı zamanda “Anayasanın özünü ortadan kaldıracı” etkide bulunmaması gerektiğini belirtmiştir.<sup>430</sup>

1961 Anayasa döneminde Anayasa Mahkemesi'nin incelediği ilk Anayasa değişikliğinin denetimine ilişkin kararını 1970 yılında almıştır.<sup>431</sup> 1961 Anayasası'nın milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen 68. maddesinin ikinci fıkrasında bulunan “affa uğramış olsalar da” ibaresinin maddenin metninden çıkarılması kapsamında 06 Kasım 1969 tarih ve 1188 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin şekil ve esas açısından Anayasaya aykırı olduğu iddiası ile yapılan başvuru üzerine aldığı kararında, yapılan anayasa değişikliğini şekil bakımından anayasaya aykırı olarak tespit etmiş ve bu değişikliği iptal etmiştir.<sup>432</sup> Bu kararında önemli bir husus olarak karşımıza çıkan konu, Mahkeme'nin karar gerekçesinde, anayasa değişikliklerini hem şekil hem de esas bakımından denetleyebileceğinin altını çizmesidir. Mahkeme kararının bir diğer önemli noktası ise, 1961 Anayasası'nın 9. maddesi ile koyduğu değişmezlik ilkesinin, yalnızca “Cumhuriyet” kelimesi değil fakat, Cumhuriyetin Anayasa'nın 1. ve 2. maddeleri ile 2. maddenin atıfta bulunduğu Anayasanın başlangıç kısmında bulunan temel ilkeler çerçevesinde değerlendirilmek suretiyle Cumhuriyet rejiminin bir bütün halinde ele alınması

<sup>428</sup> AYMK. E.1964/38, K.1965/59, K.T.16.11.1965. AMKD, Sayı 3, s.284.

<sup>429</sup> AYMK. E.1963/173, K.1965/40, K.T.26.09.1965. AMKD, Sayı 4, s.329.'den aktaran ONAR, age.,s.138.

<sup>430</sup> Erdal ONAR 1993, age. s.137.

<sup>431</sup> AYMK. E.1970/1, K.1970/31, K.T.16.06.1970. AMKD, Sayı 8, s.323.

<sup>432</sup> Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s.276.

gerekliliğini ortaya koymasıdır. Anayasa Mahkemesi verdiği bu kararda açıkça, söz konusu olan temel ilkelerde değişmeye neden olacak Anayasa değişikliği veya kanun değişikliğinin Anayasaya aykırı olacağını belirtmiştir.<sup>433</sup>

### **3.1.1.2. 1971 Değişikliklerinden Sonra Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi**

O ana kadar yaşanan gelişmeler üzerine, tali kurucu iktidar, 1971 yılında, 1488 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 147. maddesini değiştirmek suretiyle, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişiklikleri üzerinde sadece şekli denetim yapabileceğini hüküm altına almış ve bu şekli denetimin kapsamını da, Anayasa'da belirtilen şekil şartlarına uygunluk olarak belirtmiştir.<sup>434</sup> Dolayısıyla, yasama organı Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini şekil ile sınırlı tutma amacını benimsemiş ve uygulamaya koymayı planlamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin ilerleyen dönemlerde verdiği kararlarda esas denetimi yapmaya devam ettiği gözlemlenmektedir.

Bu sürece ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin tutumunun ve geliştirdiği içtihadın incelenerek, dönemin anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi bakımından fikir sahibi olunabilir. Bu kapsamda bakıldığında, 1971 değişikliklerinden sonra Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda denetiminin kapsamını şekil olarak belirtmekte fakat esas denetimi kapsamına giren bir usul ile gerçekleştirildiği gözlemlenmektedir. Bunun yansımaları ise, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi sürecinden anlaşılmaktadır.

Öyle ki, 1961 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya aykırı bulduğu ikinci kararda<sup>435</sup> konu edilen 15 Mart 1973 tarihli 1699 sayılı kanun ile anayasada yapılan değişiklikler kapsamında, mevzuat gereği esas bakımından anayasa aykırılık iddialarını yetkisizlik sebebi ile reddetmiş fakat, söz konusu değişikliklerin anayasaya uygunluğunu şekil bakımından denetlemiştir. Bunu yaparken de diğer kararlarında da görüleceği üzere bir içtihat geliştirmiştir. Bunun kapsamı Cumhuriyetin değişmezliği ilkesine dönük Anayasa'nın 9. maddesinin kapsamını anayasal rejimin temel kuralları çerçevesinde genişletmesine dayanmaktadır. Buna göre, Cumhuriyetin değişmezliği ilkesi ile sadece kelime

<sup>433</sup> AYMK. E.1970/1, K.1970/31, K.T.16.06.1970. AMKD, Sayı 8, s.313.

<sup>434</sup> Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s.278.

<sup>435</sup> AYMK. E.1973/19, K.1975/87, K.T.15.04.1975.

olarak “Cumhuriyet” değil fakat aynı zamanda, Anayasa’da nitelikleri sayılan çerçevede Cumhuriyet rejimini korumak olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda da, Anayasa Mahkemesi kararında

*“anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümleri birer biçim kuralı olduklarına göre, bunu yasaklayan bir kuralın dahi bir biçim kuralı olduğunda hiç kuşku yoktur”*<sup>436</sup>

ifadesi ile teklif yasağını sadece Cumhuriyet niteliklerine dayandırmakla sınırlı kalmayıp, bu niteliklerle ilgili olan Anayasa’nın diğer hükümlerini de değiştirme yasağı kapsamına almıştır.<sup>437</sup> Böylece, denetimin kapsamı genişletilerek, değiştirilemez maddelere ek olarak Anayasa’nın tümüyle ilgili değişikliklerin değiştirilme yasağı kapsamında ele alınması gerek görülen hüküm veya ilkelere uygunluğunun denetim ile ilişkilendirilmiştir. Dolayısıyla, Türk Anayasa Mahkemesi’nin geliştirdiği bu içtihat, aynı dönemde Hindistan Yüksek Mahkemesi’nin oluşturduğu doktrin<sup>438</sup> ile benzerlikler arz etmektedir.<sup>439</sup>

Anayasa Mahkemesi, 15.04.1975 tarihli kararında,<sup>440</sup> benzer bir yol ile şekil denetimi yaptığı askeri mahkemelerin teşekkülüne yönelik anayasa değişikliğinde Anayasa’nın 138. maddesinin 4. fıkrasına eklenen “...Ancak savaş halinde bu şart aranmaz” ifadesini Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Bunun gerekçesi olarak, askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun savaş sırasında hakimlik niteliğine sahip olmayan kişilerden teşekkül etmesinin teklif edilmesinin anayasanın temel yapısına ve esasen de mahkemelerin bağımsızlığını ve hakimlik teminatı ilkelerinin kaynağını Cumhuriyetin Anayasa’da belirtilen insan haklarına ve temel ilkelere dayalı, demokratik ve özgürlükçü bir hukuk devleti olması esasına aykırılık durumu teşkil etmesi olarak ifade etmiştir.<sup>441</sup>

Bu kararını takiben Anayasa Mahkemesi, Elazığ 1. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin Anayasa’nın 38. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının iptaline ilişkin başvurusunu incelemiş ve anayasa değişikliğinin iptal istemini reddetmiştir.<sup>442</sup> Anayasa’nın 38. maddesinin 2. ve 3. fıkraları, kamulaştırma halinde mülk sahibine ödenecek bedelin yükümlünün emlak vergisi için bildirmiş olduğu vergi değerinden

<sup>436</sup> AYMK. E.1973/19, K.1975/87, K.T.15.04.1975, AMKD, Sayı: 13, s.430.

<sup>437</sup> Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s.279-280.

<sup>438</sup> Kesavananda Bharati v. State of Kerela, AIR 1973 SC 1461

<sup>439</sup> Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s.279-280.

<sup>440</sup> AYMK. E.1973/19, K.1975/87, K.T.15.04.1975.

<sup>441</sup> AYMK. E.1973/19, K.1975/87, K.T.15.04.1975.

<sup>442</sup> AYMK. E.1975/167, K.1976/19, K.T.23.03.1976.

daha yüksek olamayacağını öngörmekteydi. Anayasa Mahkemesi iptal başvurusunu reddederken, gerekçe olarak, 1488 sayılı Kanun ile Anayasa'ya eklenen 2. fıkranın, Anayasa'nın başlangıç bölümünde ve 2. maddesinde bulunan ilkelerle örtüştüğünü ve 9. maddesindeki Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna ilişkin Anayasa hükmünün değiştirilemeyeceğine veya değişiklik teklif edilemeyeceğine yönelik şekil şartına aykırı olmadığını belirtmiştir.<sup>443</sup>

Fakat bu karara karşı Antalya 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin itiraz başvurusu üzerine, Anayasa Mahkemesi yaptığı yeniden inceleme üzerine bu kez, Anayasa'nın 38. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının Anayasa'nın 9. maddesine aykırılık teşkil ettiği sebebiyle, 12.10.1976 tarihinde bu anayasa değişikliğinin iptali kararına varmıştır.<sup>444</sup> Bunun nedeni ise, kamulaştırma işleminin Anayasa Mahkemesi'ne göre mülkiyet hakkının özüne tesir eden bir işlem olmasıdır. İlaveten kamulaştırmaya ancak kamu yararı amacı çerçevesinde başvurulabileceği ve bu durumda da kişilerin kamulaştırılan mallarının tamamen karşılığının alınması sağlanmalıdır. Ancak bu şekilde kişilerin mülkiyet hakkının özüne dokunulmamış olacak ve Anayasa'nın 11. ve 36. maddelerindeki temel ilkelere ve Cumhuriyetin niteliği olarak Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletine aykırılık teşkil etmeyecektir.<sup>445</sup> Anayasanın 38. maddesinin 2. ve 3. fıkraları taşınmazları kamulaştırılan malların gerçek bedelini ödemeyerek; kamulaştırma görmeyen kişilerden fazla oranda kamu hizmetlerini yerine getirmeye zorlanmakta ve dolayısıyla da bu durum Anayasanın 12. maddesindeki eşitlik ilkesine ters düşmektedir. Bunlara ek olarak, Anayasanın 39. maddesinde yer alan Devletleştirme ile özel girişimlerin gerçek bedeli ödenmekte, fakat 38. maddede vergi değeri ödenmesi hüküm altına alındığı ve kamu yararına esas teşkil eden bu benzer iki işlemin farklı usullere ve çözümlere dayanması işlemi, Cumhuriyetin demokratik hukuk devleti ilkesine ters düşmektedir.<sup>446</sup>

Anayasa Mahkemesi, bir başka anayasaya aykırı anayasa değişikliği kararını, 27.01.1977 tarihinde vermiştir. Bu kararı, Danıştay'ın itiraz yoluyla yaptığı iki başvuru sonucu ortaya çıkmıştır.<sup>447</sup> Danıştay 5. Dairesinin başvurusunun konusu, 1488 sayılı Kanunla Anayasa'nın 144. maddesine eklenmiş olan Yüksek Hakimler Kurulu kararları aleyhine başka mercilere başvurulamayacağını belirten ibareden

<sup>443</sup> AYMK. E.1975/167, K.1976/19, K.T.23.03.1976.

<sup>444</sup> AYMK. E.1976/38, K.1976/46, K.T.12.10.1976.

<sup>445</sup> AYMK. E.1976/38, K.1976/46, K.T.12.10.1976.

<sup>446</sup> Mehmet TURHAN 1976, agm. s. 90.-91.

<sup>447</sup> Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s.285.

ötürü bu değişikliğin iptal edilmesidir.<sup>448</sup> Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliğinin öncelikle, Anayasanın başlangıç kısmı ile 1. ve 2. maddelerinde yer alan ilkelerden vazgeçilmeyeceğini ve bunlara ilişkin bir değişiklik kabul edemeyeceğini belirtilerek, Cumhuriyetin temel ilkelerinden uzaklaşma ve onlara ters düşme anlamına gelen bu değişikliği iptal etme yoluna gitmiştir.<sup>449</sup> Ayrıca, Anayasa Mahkemesi, 27.09.1977 tarihinde verdiği kararla, yine 1488 sayılı Kanunla Anayasanın 137. maddesine eklenen Yüksek Savcılar Kurulu kararları aleyhine başka mercilere başvuru yasağı öngören hükmü de iptal etmiştir.<sup>450</sup> Anayasa Mahkemesi verdiği bu iki kararda, yargı yolunun kapatılmasını, “hak arama özgürlüğü”nü düzenleyen 31. maddeye ve “yargı denetimi”ni öngören 114. maddeye aykırı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca bunların anayasaya aykırılığının nedenini, “insan hakları”na, “hukuk devleti ilkesi”ne ve “eşitlik ilkesi”ne aykırılık teşkil etmesi sebebiyle anayasanın değişmezlik ilkesine karşı geldiği kararına varmıştır.<sup>451</sup>

1961 Anayasası’nda yapılan değişiklikler karşısında Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararlarına ilişkin genel bir değerlendirme yapılacak olursa, Anayasa Mahkemesi, yetkisi dahilinde sadece şekil denetimi olmasından ötürü, verdiği kararlarda şekil denetimi yaptığını savunarak, esas bakımından denetim de yapmış olduğu anlaşılmaktadır. Bunun sebebi de, genellikle verdiği kararlarda Cumhuriyetin temel niteliklerine aykırılık olup olmadığını tespiti şeklinde bir denetim yapıldığını belirtmekte ve bu şekilde yapılan bir anayasaya uygunluk denetimi de, aslında esas bakımından denetim kapsamına girmektedir. Özbudun’a göre bu denetim şekli, Anayasa Mahkemesi’ne sınırsız bir takdir yetkisi sunmaktadır.<sup>452</sup> Bunun yanı sıra, Yayla’nın da belirttiği gibi, Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluk denetiminde, esas denetime giren şekil denetimi yapmaktadır.<sup>453</sup> Anlatılanlar ışığında, 1961 Anayasası döneminde anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri Tablo 4.’te özetlenmiştir.

<sup>448</sup> AYMK. E.1976/43, K.1977/4, K.T.27.01.1977.

<sup>449</sup> Mehmet TURHAN 1976, agm. s.92.

<sup>450</sup> AYMK. E.1977/82, K.1977/117, K.T.27.09.1977.

<sup>451</sup> Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s.285.; Mehmet TURHAN 1976, agm. s.92-93.

<sup>452</sup> Ergun ÖZBUDUN 2014, age. s.173.

<sup>453</sup> Yıldızhan YAYLA (1979), *Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü*, Hıfzı Timur’un Anısına Armağan, İstanbul, s.980’dan aktaran: Erdal ONAR 1993, age. s.148.



**Tablo 4.** 1961 Anayasası Döneminde Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri

Sıra	Esas No.	Karar No.	Karar Tarihi	Şekil/Esas	Konu
1.	1970/1	1970/31	16.06.1970	Şekil	1188 Sayılı Kanunla 1961 Anayasası md. 68- 2.fıkra “affa uğramış olsalar da” hükmünün çıkarılması
2.	1973/19	1975/87	15.04.1975	Şekil*	1699 sayılı Kanunla yapılan 1961 Anayasası md.138- 4. fıkra “ancak savaş halinde bu şart aranmaz” hükmünün eklenmesi
3.	1976/38	1976/46	12.10.1976	Şekil*	1488 Sayılı Kanunla yapılan 1961 Anayasası md. 38- 2. ve 3. fıkra değişikliği
4.	1976/43	1977/4	27.01.1977	Şekil*	1488 Sayılı Kanunla 1961 Anayasası md. 144’e Yüksek Hakimler Kurulu’na ilişkin hüküm
5.	1977/82	1977/117	27.09.1977	Şekil*	1488 Sayılı Kanunla yapılan 1961 Anayasası md. 137’e Yüksek Savcılar Kurulu’na ilişkin hüküm

Kaynak: AYMK. E.1970/1, K.1970/31, K.T.16.06.1970.; AYMK. E.1973/19, K.1975/87, K.T.15.04.1975.; AYMK. E.1976/38, K.1976/46, K.T.12.10.1976; AYMK. E.1976/43, K.1977/4, K.T.27.01.1977.

\*:Anayasa Mahkemesi esas denetimi yapması için yetkisi olmadığı için şekil denetimi kapsamında esas denetimi yapmıştır.

Ayrıca, verdiği kararlarda Anayasa Mahkemesi, Cumhuriyet rejiminin dayandığı temel ilkelere örneğin, insan hakları, demokrasi, hukuk devleti, eşitlik gibi ilkeleri referans alması bakımından oldukça önem arz etmektedir. Sınırdışı anayasalcılık bağlamı ile yakından ilgili olan bu kavramlar, ilerleyen bölümde sınırdışı anayasalcılık ile ilişkilendirilen bölümde tartışılacaktır.

### **3.1.2. 1982 Anayasasında Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi**

Anayasa Mahkemesi’nin 1961 Anayasası döneminde, 1971 yılı değişikliklerinden sonra anayasaya değişikliklerinin anayasaya uygunluğunda şekil denetimi adı altında, esas denetimini de yapması ve bu yönde kararlar vermesini takiben, 1982 Anayasası oluşturulurken Anayasa koyucu, öncelikle Anayasa Mahkemesi’nin esas denetimi yaptığı ve iptal ettiği anayasa değişikliklerinin büyük

bir bölümüne 1982 Anayasası'nda tekrar yer vermiştir.<sup>454</sup> Bunlara ilaveten asıl vurgulanması gereken nokta; Anayasa koyucu, 1982 Anayasası'nda 148. maddede, artık Anayasa Mahkemesi'ne anayasa değişikliklerini sadece şekil denetimi için yetkilendirmiş ve bu yetkisini açık bir şekilde tanımlamış ve tanımladığı bu yetkiyi de sınırlandırmıştır.<sup>455</sup> Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin şekil denetimi kapsamında esas denetimi yapmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.<sup>456</sup> Anayasa Mahkemesi'nin şekil denetimi, teklif çoğunluğuna, oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartları bakımından yapılması ile sınırlandırılmıştır.<sup>457</sup>

Verdiği kararlardan anlaşılacağı üzere, Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerine ilişkin 1982 Anayasası'nda kendine verilen yetkileri, 1961 Anayasası dönemindeki gibi değil fakat sadece Anayasa'da gösterildiği hali ile şekil bakımından denetleyebileceğini kabul etmekte ve bunu kararlarında ifade etmektedir. Buna örnek olarak, 17 Mayıs 1987 tarih ve 3361 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu hakkında Anayasa Mahkemesi'nde açılan iptal davasına ilişkin kararında Mahkeme, kendisinin sadece teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı kapsamında şekil bakımından denetim yapabileceğini ifade etmesi gösterilebilir.<sup>458</sup> Bunların dışında ise, Teziç'in ve Onar'ın vurguladığı üzere, 1982 Anayasası'nda şekil denetiminin kapsamı anayasa değişiklikleri ve kanunlar için sınırlandırmayı öngörmeyi içine almakta ve fakat Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasında yer aldığı üzere, şekil ve esas bakımlarından kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM iç tüzüğü'nün şekil denetimi için herhangi bir sınırlandırma öngörülmemiştir.<sup>459</sup>

### **3.1.2.1. 1982 Anayasasında Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetiminin Kapsamı**

Bu şartlarda 1982 Anayasası kapsamında, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun belirlenebilmesi için yapabildiği şekil

<sup>454</sup> Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s.287.

<sup>455</sup> Erdal ONAR 1993, age. s.149.

<sup>456</sup> Erdoğan TEZİÇ (1982), 1982 Anayasasına Göre Anayasaya Uygunluğun Denetimi. *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1-3, s. 199-208.

<sup>457</sup> Bkz. 30.03.2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, Resmi Gazete. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6216.pdf>

<sup>458</sup> AYMK. E.1987/9, K.1987/15, K.T.16.06.1987. AYMKD Sayı 23, s.285-287.

<sup>459</sup> Erdoğan TEZİÇ (1991), Anayasa Hukuku, İstanbul, s.182'den aktaran Erdal ONAR 1993, age. s.151.

denetiminin sınırları içinde yer alan, teklif çoğunluğu, oylama çoğunluğu, ivedilikle görüşme yasağı incelenecek ve ardından da diğer hususlar değerlendirilecektir.

### 3.1.2.1.1. Teklif Çoğunluğu

1982 Anayasası kapsamında, anayasa değişikliklerinin şekil denetimi kapsamında, Anayasa Mahkemesi'nin değerlendireceği ölçütlerden birincisi, teklif çoğunluğu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi'nin inceleyeceği husus, TBMM üye tam sayısının en az üçte biri tarafından söz konusu anayasa değişikliğinin teklif edilip edilmediğidir. Bu oran anayasa değişikliği işlemlerini başlatmak için geçerli olduğundan, sürecin devamında örneğin komisyon incelemesi ya da Genel Kurul görüşmeleri esnasında, değişiklik teklifinin de üzerinde yapılması teklif edilen değişiklikler için ise, belirtilen oran şart koşulmamaktadır. Fakat daha sonradan teklif çoğunluğu şartı kapsamında anayasa değişikliğinin anayasaya aykırılığı iddiasının göndeme gelmesini önlemek adına teklif edilip, komisyon ve Genel Kurul'a intikal eden anayasa değişiklikleri üzerinde önerilecek diğer anayasa değişikliklerinin ise, doğal olarak en başta TBMM üye tamsayısının üçte birinin imzası ile teklif edilen anayasa değişikliği ile ilgili olması gerekmektedir.<sup>460</sup>

Ayrıca, örneğin Cumhurbaşkanı tarafından tekrar görüşülmesi için TBMM'ye gönderilen bir anayasa değişikliğinde, orijinal değişiklik teklif metninde bulunmayan ve tamamen yeni konular üzerinde yapılması önerilen ya da öngörülen değişikliklerin anayasa değişikliği teklifinin ilk haline dahil edilmesi istenirse, haliyle bu durumun da teklif çoğunluğu oranı aranmadan sürecin bu ayağına sonradan katılmasından ötürü, teklif çoğunluğu açısından şekil denetimine tabi olması hususu gündeme gelecektir.

Teklif çoğunluğu şartının Anayasa Mahkemesi tarafından sadece şekil bakımından denetimde kullanıldığına ilişkin örnek olara 2010 yılında 5982 sayılı Kanun ile yapılan anayasa değişiklikleri verilebilir. Dava konusu yapılan bu değişiklikler hakkında, Bakanlar Kurulu üyeleri tarafından imzalanmak suretiyle teklif şeklinde değil fakat tasarı yoluyla anayasa değişikliği yapıldığı yönünde itiraz edilmiştir.<sup>461</sup> Anayasa Mahkemesi bunun üzerine, ifade edildiği gibi, tasarı şeklinde

<sup>460</sup> Erdal ONAR 1993, age. s.151.

<sup>461</sup> Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s. 291.

bir anayasa değişikliği yapılamayacağı fakat, anayasa değişikliği teklifinde TBMM üye tamsayısının üçte birinin imza koşulu yerine getirildikten sonra, bu imza sahibi milletvekillerinin aynı zamanda Bakanlar Kurulu üyesi olmasının şekil açısından bir aykırılık oluşturmadığı kararına varmıştır. Bu karardan da Anayasa Mahkemesi'nin sadece şekil bakımından denetim yapmaya devam ettiğini görmekteyiz.

### 3.1.2.1.2. Oylama Çoğunluğu

1982 Anayasası'nda Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetlenmesine esas oluşturan ikinci ölçüt ise oylama çoğunluğu olarak karşımıza gelmektedir. Öyle ki; Anayasa'nın 175. maddesinde düzenlenen oylama çoğunluğu ile belirlenen ölçüt, TBMM üye tamsayısının en az beşte üç çoğunluğu ile kabul edilmesi zorunluluğudur. Bununla birlikte, TBMM İçtüzüğü'nde yapılan 1996 değişiklikliği kapsamında 93. ve 94. madde ile 2001 yılında değiştirilen 81. madde uyarınca, anayasa değişikliklerinin görüşülmesinde, “teklif maddelerine geçilmesinin oylanması”, “birinci görüşmede maddelerin oylanması”, “ikinci görüşmede maddelerin oylanması” ve “teklifin tümünün oylanması” şeklinde dört oylama aşaması geçerli hale gelmiştir. Bu noktada ise, Anayasa'da belirtilen oylama çoğunluğunun hangi aşama veya aşamalarda geçerli olacağı sorusu gündeme gelmiştir. Bu konuya Anayasa Mahkemesi kararları<sup>462</sup> ışığında bakıldığında Anayasa Mahkemesi, ilk görüşmede teklifin maddelerine geçilmesi için yapılacak oylamada nitelikli çoğunluk gerekmeyeceği ve bunun için Anayasa'nın 96. maddesinde yer alan olağan çoğunluğun yeterli olacağını belirtmektedir. Bu kapsamda, TBMM iç tüzüğünde ilk görüşmede alınan oy oranının red sebebi doğurmayacağı, ikinci görüşmeye geçilmesine olanak tanıyacağı belirtilmekte ve buna benzer bir yaklaşım da Anayasa Mahkemesi tarafından 05.07.2007 tarihli kararında, birinci görüşme esnasında yapılan oylamada bir maddenin aldığı oy oranının denetim kapsamında olmadığı şeklinde benimsenmiştir. Fakat ikinci tur görüşmelerinde ise, Anayasa'nın 175. maddesinde düzenlenen beşte üç oylama çoğunluğu, hem maddelerin tek tek oylanması için hem de teklifin tamamının oylanmasında şart koşulmaktadır.<sup>463</sup>

Bunlara ek olarak, Cumhurbaşkanı tarafından tekrar görüşülmek üzere, geri gönderilen Anayasa değişikliklerinin TBMM tarafından tekrar görüşülmesi sürecinde

<sup>462</sup> AYMK. E.2007/72, K.2007/68, K.T.05.07.2007.

<sup>463</sup> Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s. 293-295.

de yine Anayasa'da belirtilen beşte üç çoğunluk oranı ile kabul edilebilecektir. Doktrinde geçen “zorlaştırıcı veto” ve Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilen anayasa değişikliğinin üçte iki çoğunlukla kabul edileceği görüşünü, Anayasa Mahkemesi yine 05.07.2007 tarihli kararında kabul etmemiştir.<sup>464</sup>

### 3.1.2.1.3. İvedilikle Görüşme Yasağı

1982 Anayasası 175. maddesinin 1987 yılında değişikliğe uğramadan önceki halinde “*Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler ivedikle görüşülemez*” hükmü yer alırken, yapılan değişiklik sonrası mevcut durumda “*Anayasa'nın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür*” halini almıştır.<sup>465</sup> Buradan hareketle, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerinin şekil denetimi kapsamında, anayasa değişiklik tekliflerinin TBMM Genel Kurulu'nda iki defa görüşülüp, görüşülmediğini inceleyebileceği anlaşılmaktadır.

Bu durumda anayasa değişikliği teklifinin iki defa görüşülmesinin usulüne ilişkin değerlendirme yapılacak olursa, anayasa değişikliklerinin görüşülmesi usulünü düzenleyen Meclis iç tüzüğü'nün 93. maddesinde belirtildiği üzere, ikinci görüşmeye başlanması için, birinci görüşmenin nihayete ermesini takip eden kırksekiz saat geçmesini beklemek gerekmektedir. Buna ek olarak, ikinci görüşme kapsamında sadece maddeler üzerinde verilen değişiklik önerileri görüşülmesi ve ilk görüşmede teklif bulunmayan herhangi bir madde için ikinci görüşmede önerge verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu madde uyarınca, önce anayasa değişikliğine ilişkin teklifin tamamı görüşülmekte ve görüşme sonrasında maddelerin değerlendirilmesine geçilecek ya da geçilmeyecektir. Şayet maddelere geçilmesi kabul edilmezse, anayasa değişikliği teklifi reddedilecek ve diğer adımlara geçilmeyecektir. Eğer maddelere geçilirse de, bunlar ayrı ayrı görüşülecek ve oylamanın ertesinde birinci görüşme tamamlanmış olacaktır. Birinci görüşmenin ardından kırksekiz saat geçmesi ile başlanacak olan ikinci görüşmede bu kez, anayasa değişikliği teklifinin tamamı için görüşme yapılmayacak ve görüşmenin kapsamı ise maddeler üzerinde verilen değişiklik önerilerinin oylanması olacaktır. İkinci görüşmede hiçbir değişiklik önergesi bulunmadığı takdirde, sadece maddelere ilişkin ikinci oylama yeterli olacaktır. Tüm bu süreçlerin ardından da Genel Kurul

<sup>464</sup> AYMK. E.2007/72, K.2007/68, K.T.05.07.2007.; Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s. 295.

<sup>465</sup> Erdal ONAR 1993, age. s.153.

oylamaları tamamlanmış olacaktır.<sup>466</sup> Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi anayasa değişiklik teklifine ilişkin anlatılan süreçlere uygun hareket edilip, edilmediğini denetleme yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır.

Bu noktada, değinilebilecek bir Anayasa Mahkemesi kararında,<sup>467</sup> Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 175. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen iki defa görüşme usulünün nasıl olacağı hususunu Meclis iç tüzüğü'nün 81. maddesinde değil fakat 93. maddesinde düzenlendiği belirtilerek, 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Kanununun ikinci görüşmelerinin İçtüzüğü'nün 93. maddesine uygun bir şekilde gerçekleştirilmiş olduğu kanaatine varmıştır.

#### **3.1.2.1.4. Diğer Hususların Değerlendirilmesi**

Anayasa Mahkemesi, verdiği kararlarda anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğu denetiminde, kendisinin şekil bakımından denetleme yetkisinin bulunduğunu belirtmesine rağmen, zaman zaman anayasaya aykırılık arz ettiği iddiası ile diğer hususlar kapsamında değerlendirilmesi talep edilen iptal istemli davalara tanık olmaktadır. Bunlara karşılık aldığı kararlarda Anayasa Mahkemesi'nin tutumu önem arz etmektedir.

Öyle ki, bu duruma örnek olarak 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı T.C. Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Meclis Komisyonu aşamasında yapılan bir takım eylemden ötürü anayasaya aykırılığın denetimi talebiyle açılan davada, Anayasa Mahkemesi, komisyon aşamalarındaki işlemlerin Mahkeme'nin yetkisi dahilinde olmadığı kararını vermiştir.<sup>468</sup> Bunun aksine bir durum ise, aynı davada aynı kanun hakkında oylamanın gizliliğinin ihlal edilmesinden ötürü şekil bakımından anayasaya aykırılık iddiaları karşısında Anayasa Mahkemesi, bu sefer yetkisiz olduğunu değil fakat bu iddialara yönelik yeterli delil bulunmamasını öne sürerek reddetmiştir.<sup>469</sup> Burada görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi, oylamada gizliliğin ihlaline yönelik yeterli delil bulunsaydı, iptal edebileceğine yönelik sinyal verdiği algısı yaratmıştır.

<sup>466</sup> Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s. 297.

<sup>467</sup> AYMK. E.2010/49, K.2010/87, K.T.07.07.2010.

<sup>468</sup> AYMK. E.2010/49, K.2010/87, K.T.07.07.2010.

<sup>469</sup> AYMK. E.2010/49, K.2010/87, K.T.07.07.2010.; Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s. 300-301.

### 3.1.2.2. Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetim Yolları

1982 Anayasası'nda, kanunların ve anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, iki şekilde yapılmaktadır. Bunlar Anayasa Mahkemesi'ne başvurma usulüne göre farklılaşmaktadır. Öyleyse, bunlardan ilki dava (actio)<sup>470</sup> yolu, ikinci ise itiraz (defi)<sup>471</sup> yoludur.<sup>472</sup>

#### 3.1.2.2.1. İptal Davası (Soyut Norm Denetimi)

Soyut norm denetimi olarak da adlandırılan, Anayasa'da ifade edilen kimi organların bir kanun veya anayasa değişikliği aleyhinde Anayasa Mahkemesi'ne dava açmak için başvurmaları üzerine gerçekleşen bu denetim yolu, 1961 ve 1982 Anayasalarında iptal davası olarak adlandırılmaktadır.<sup>473</sup> Bu denetim yolunda öngörüldüğü şekilde, kanunların uygulandığı somut bir olay bulunmamaktadır.<sup>474</sup> Bu denetimin soyut norm denetimi olarak adlandırılmasının sebebi de anayasaya aykırılık iddiasının ve bunun da denetiminin soyut bir şekilde gerçekleşmesinden ötürüdür.<sup>475</sup> 1982 Anayasası'nda kanunların, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin, TBMM iç tüzüğünün iptal davası 150. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, iptal davası açma hakkı “Cumhurbaşkanı'na”, “TBMM'de en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna” ve “TBMM üye tamsayısının en az beşte biri sayıdaki üyelere” tanınmaktadır. Dava açma yetkisi bakımından incelendiğinde, 1961 Anayasası daha geniş bir perspektif ile, “kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda”, Yüksek Hakimler Kurulu, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve üniversitelere iptal davası açma yetkisi tanımaktaydı. 1982 Anayasası'nda ise, yukarıda da belirtildiği gibi iptal davası açabilecek organlar sınırlandırılmıştır.<sup>476</sup> Anayasa değişikliklerine ilişkin iptal davasında ise, 1982 Anayasasının 148. maddesinde şekil bakımından denetlemenin istenebilmesi hakkını, Cumhurbaşkanı'na ve TBMM üyelerinin beşte birine vermektedir. Buradan görüldüğü üzere, Onar'ın da belirttiği gibi,<sup>477</sup> kanunlar ve anayasa değişikliklerinin iptal davasını açabilecek olanlarda, her ikisi bakımından farklılık görülmektedir. Bunun sebebi, şekil ve esas denetimi açısından iptal davası

<sup>470</sup> Erdoğan TEZİÇ 2018, age. s.252.

<sup>471</sup> Erdal ONAR 1993, age. s. 175.

<sup>472</sup> Erdoğan TEZİÇ 2018, age. s.245.

<sup>473</sup> Ergun ÖZBUDUN 2018, age. s.395.

<sup>474</sup> Kemal GÖZLER 2018, age. s.1063.

<sup>475</sup> Ergun ÖZBUDUN 2018, age. s.395.

<sup>476</sup> age. s.396.

<sup>477</sup> Erdal ONAR 1993, age. s.165.

açma hakkının koşularının farklılaşmasıdır. Anayasa değişikliklerine karşı sadece şekil bakımından dava açılması yönüyle, doğal olarak kanun ve anayasa değişikliği arasında farklılık doğmaktadır.

1982 Anayasası'nda iptal davası açma süresi açısından bakıldığında, 148. maddede kanunların ve anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetlemesi için açılan iptal davası, kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün içinde yapılmalıdır. Bununla birlikte, anayasa değişikliklerine karşı esasa ilişkin iptal davası açılmadığı için, farklılaşan bir diğer husus ise, Anayasa'nın 151. maddesinde kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya İçtüzüğü'nün yayımlanmasının ardından iptal davasının 60 gün içinde açılma zorunluluğudur.

### 3.1.2.2.2. İtiraz Yolu (Somut Norm Denetimi)

1982 Anayasası'nda anayasa değişiklikleri ile kanunların şekil denetimi ile ilgili olarak ortaya koyduğu bir diğer farklılık ise, bu husus üzerindeki iddianın devam eden bir dava sürecinde mahkemelerde ileri sürülemeyeceğidir.<sup>478</sup> Literatürde bu usul için, itiraz yolu,<sup>479</sup> defî yolu<sup>480</sup> ve somut norm denetimi<sup>481</sup> kavramları kullanılmaktadır.

İtiraz yolu, 1982 Anayasası'nda 152. madde<sup>482</sup> kapsamında değerlendirilebilir. Buna göre, itiraz yolu kapsamında değerlendirilebilecek konunun içeriği; kanunlar ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleridir. Bu bağlamda, kanunların şekil açısından anayasaya aykırılığı itiraz yolu ile yapılamayacağı anlaşılmaktadır. Burada önemli olarak karşımıza çıkan, Anayasa'nın 148. maddesinden anlaşıldığı üzere ve anayasa değişikliklerinin anayasa aykırılığı iddiası ile sadece şekil bakımından denetim yapılabilmesinden ötürü, anayasa değişikliklerinin itiraz yolu ile somut norm denetimine konu olması mümkün değildir. Dolayısıyla çalışmanın kapsamı dışında olmasından ötürü, anayasa değişikliklerinin değil fakat kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin somut norm denetimi kapsamında olması

<sup>478</sup> age. s.175.

<sup>479</sup> M. KIRATLI (1966), *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara. s.35.

<sup>480</sup> Erdal ONAR 1993, age. s.175.

<sup>481</sup> Ergun ÖZBUDUN 2018, age. s.398.

<sup>482</sup> Anayasa'nın 152. maddesinde, geçen "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır." hükmü ile itiraz yolu (somut norm denetimi) nde anayasa aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesine ilişkin çerçeve çizilmektedir.



sebebiyle, somut norm denetiminin diğer detaylarına girilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır.

### **3.1.2.3. 1982 Anayasası Döneminde Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Değişikliklerinin Denetimine İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi**

1982 Anayasası'nda anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine ilişkin kapsam ve içerik tartışıldıktan sonra, önceden yeri geldiğinde bazı kararları tartışılmış olsa da, Anayasa Mahkemesi'nin kararları bir bütünlük arz edecek şekilde ardarda değerlendirilebiliriz.

Bu amaçla, ilk olarak, 17 Mayıs 1987 tarih ve 3361 sayılı Kanun ile yapılan anayasa değişikliğinin usulüne uygun bir şekilde yapılmadığı gerekçesi ile iptal davası açılmıştır. Açılan iptal davasında, özetle yapılan anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesi için zorunlu halkoylamasını öngören 3361 sayılı Anayasa değişikliği Kanunu'nun anayasa aykırı olduğu iddia ediliyordu. Anayasa Mahkemesi 16 Haziran 1987 tarihli kararında,<sup>483</sup> kendi görev ve yetkilerinin Anayasa'nın 148. maddesinde belirtildiğini ve buna göre anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun denetiminin şekil bakımından ve bunun da teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşme yasağı kapsamında değerlendirilemeyeceği ve bu yüzden de davanın reddine karar vermiştir. Bu kararda Gözler'e göre şekil bakımından sorunlar olduğu, fakat 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin şekil denetimi adı altında esas denetimi yapmasından ötürü, genişlettiği denetimin kapsamını bu kez de şekil denetiminin kapsamını daraltmak suretiyle yerine getirmemektedir.<sup>484</sup> Kanaatimizce, Anayasa'nın 148. maddesinde ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 21. maddesinde anılan şekil kapsamına girmediğinden ötürü, Anayasa Mahkemesinin bu kararı diğerleri ile tutarlılık arz etmektedir.

31 Mayıs 2007 tarih ve 5678 sayılı Kanun ile yapılan anayasa değişikliğinin, anayasa aykırı olduğu iddiası ile açılan iptal davasında, ilgili Kanunun bir maddesini Cumhurbaşkanı'nın TBMM'ye geri göndermesini takiben oylama çoğunluğu olarak üçte iki değil beşte üç kullanıldığı gerekçesi ile, anayasa değişikliğinin iptal edilmesi

<sup>483</sup> AYMK. E.1987/9, K.1987/15, K.T.16.06.1987, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 23, s.282-294.

<sup>484</sup> Kemal GÖZLER 2018, age. s.1222.

talep edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 05 Temmuz 2007 tarihli kararında,<sup>485</sup> konunun şekil denetimi kapsamına girdiğini kabul etmekte fakat Cumhurbaşkanı'nın geri göndermesi üzerine, TBMM'de beşte üç çoğunlukla değişiklik teklifinin kabul edilmesinin anayasaya aykırılık teşkil etmediği sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı bu şekil bakımından denetim, tamamen kendisine Anayasa tarafından verilen yetki kapsamında değerlendirilmektedir.

Buna benzer şekilde Anayasa Mahkemesi'nin 27 Kasım 2007 tarihli kararında,<sup>486</sup> 16 Ekim 2007 tarih ve 5697 sayılı Kanun'un Anayasanın 2., 6. ve 175. maddelerine aykırı olduğu iddiasını, Anayasanın 148. maddesindeki teklif çoğunluğu, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına ters düşen bir durumun söz konusu olmamasından ötürü iptal başvurusunu reddetmiştir.

1982 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesi'nin şu ana kadar verdiği kararlar arasında en çok tartışılanı ise, 05 Haziran 2008 tarihinde verdiği karardır.<sup>487</sup> TBMM tarafından, 09 Şubat 2008 tarihli ve 5735 sayılı Kanun ile Anayasanın 10. ve 42. maddelerinde değişiklik yapılması yönünde kabul edilen Kanun, teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşülmeme şartlarını karşılamak suretiyle şekil bakımından anayasaya aykırılık teşkil etmeksizin Anayasa değişikliğini öngörmüştür. Bu anayasa değişikliğinin iptaline yönelik açılan davada, Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde o zamana kadar taşıdığı tutumunu farklı bir şekilde uygulama yoluna gitmiştir. Bu anayasa değişikliği, üniversitelerde başörtüsü serbestliğine yönelik olduğu için, Anayasa Mahkemesi ilgili değişikliği Anayasanın değişmez maddesi arasında yer alan 2. maddesindeki laiklik ilkesine ters düşmesi bakımından iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi verdiği kararında, bu anayasa değişikliğinin Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerini değiştirmesi bakımından Anayasanın 4. maddesinde yer alan değiştirme ve değişikliği teklif etme yasağına aykırı bulmuş ve bundan dolayı da, Anayasa'nın 148. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen teklif koşulunu sağlamadığını belirtmiştir. Bu şekilde yapılan bir denetim, literatürde teklif ve oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşmeme yasağı kapsamında olmamasından ötürü şekil denetimi kapsamında yorumlanamamakta, Cumhuriyetin niteliklerinin değerlendirilmesine yönelik esas denetimi kapsamında değerlendirilebilen tartışmalı bir karar olarak kabul edilmiştir.

<sup>485</sup> AYMK. E.2007/72, K.2007/68, K.T.05.07.2007.

<sup>486</sup> AYMK. E.2007/99, K.2007/86, K.T.27.11.2007.

<sup>487</sup> AYMK. E.2008/16, K.2008/116, K.T.05.06.2008.

Gözler'e göre, "geçerli teklif koşulunun aranması esas bakımından denetimin kapsamında değerlendirilmeli ve Anayasa Mahkemesi ise, esas bakımından denetime yetkili değildir.<sup>488</sup> Buna benzer şekilde, Roznai ve Yolcu da, Anayasa Mahkemesi'nin sadece şekil bakımından denetime sahip olduğunu ve bu kararında esas bakımından denetime dönük bir inceleme yaptığını değerlendirmektedir.<sup>489</sup> Kanaatimizce de, teklif şartı açısından yapılan bir değerlendirme, anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetiminin kapsamını genişletme ve esas denetimine girme şeklinde yorumlanabilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 07 Temmuz 2010 tarihinde verdiği karar doğrultusunda<sup>490</sup> 07 Mayıs 2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun ile yapılan anayasa değişikliğinin bazı hükümlerini iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararda da, yapılan anayasa değişikliğinin, Anayasanın 2. maddesinde yer alan Cumhuriyetin niteliklerini değiştirme kapsamında değerlendirebileceğini belirtmektedir. Bir önceki kararda da altı çizildiği gibi, Anayasa Mahkemesi'nin bu incelemesi de kendisine Anayasa ile tanınmış olan şekil bakımından denetleme yetkisinin, içerik incelemesi yoluyla esas denetime taşması şeklinde yorumlanabilmektedir.

### **3.2. ANAYASANIN DEĞİŞTİRİLEMEZ HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Önceden kısaca 1924 ve 1961 Anayasalarındaki maddelere değinmek suretiyle açıklanan anayasanın değiştirilemez hükümleri literatürde genellikle değiştirme yasağı<sup>491</sup> veya *normatif maddi sınırlamalar*<sup>492</sup> olarak da adlandırılabilir. Bu kapsamda, öncelikle genel olarak normatif maddi sınırlamalar konusuna değinip, ardından da 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası'ndaki değiştirilemez hükümlere, önceden değinildiği çerçeveden daha geniş bir perspektif ile yaklaşılacaktır.

<sup>488</sup> Kemal GÖZLER 2018, age. s.1225.

<sup>489</sup> Y. ROZNAI ve S. YOLCU (2012), "An unconstitutional constitutional amendment- the Turkish perspective: a comment on the Turkish constitutional court's headscarf decision", *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 10, Sayı 1, s.206.

<sup>490</sup> AYMK. E.2010/49, K.2010/87, K.T.07.07.2010.

<sup>491</sup> Erdal ONAR 1993, age. s.7.

<sup>492</sup> Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s.200.

### 3.2.1. Genel Olarak Normatif Maddi Sınırlamaların Değerlendirilmesi

Anayasalarda, değiştirilemez maddelerin yer almasına yönelik düzenlemeler genel anlamda, anayalcılık açısından genel kabul görmüş bir kural niteliğinde bulunmamaktadır. Dünya geneline bakıldığında, anayasaların birçoğunda bu şekilde değiştirilemez maddelerin yer aldığını söylemek oldukça güç olsa da yine de çeşitli ülke anayasalarında rastlanmaktadır. Bu anlayış çerçevesinde Venedik Komisyonu'na göre, değiştirilemez madde yerine önemli kabul edilen kural ve prensiplerin değiştirilmesinin güçleştirilmesi yolu tercih edilebilir.<sup>493</sup> Çoban'a göre, değiştirilemez hükümleri kabul ederek kimi kuralları sabitlemek isteyen anayasalarda ya anayasanın ruhu ve özü gibi soyut ya da belirli bazı somut hükümler bu sınıflandırmada yer almaktadır. Genellikle, değiştirilemez özellik atfedilen en soyut ilkelere biri olarak karşımıza anayasanın ruhu hususu çıkmaktadır. Örneğin, 1814 Norveç Anayasası<sup>494</sup> yalnızca anayasanın ruhunu değiştirmeyen değişiklik tekliflerine izin vermektedir. Benzer şekilde, 1990 Nepal Anayasası'nda,<sup>495</sup> Anayasanın Başlangıcının ruhuna karşı gelmeyen değişiklik teklifleri yapılabilmekte ve 1831 Belçika Anayasası,<sup>496</sup> 1861 Ekvador Anayasası<sup>497</sup> ile 1864 Yunanistan Anayasası'nda<sup>498</sup> da buna benzeyen hükümler ile karşılaşmaktayız.<sup>499</sup>

Bu anayasalara ek olarak not düşülmesi gereken bir başka anayasa ise Hindistan Anayasası'dır. Her ne kadar, Hindistan Anayasası'nda tali kurucu iktidarın her çeşit anayasa değişikliğini yapabilmesine dönük düzenlemeler yer alsada buna karşın Hindistan Yüksek Mahkemesi, Hindistan Anayasası'nın temel yapısını ve karakterini değiştiren nitelikteki anayasa değişikliklerini kabul etmemiştir.<sup>500</sup>

<sup>493</sup> VENICE COMMISSION (2010), Report on Constitutional Amendment CDL-AD (2010)001, prgf .208 [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad(2010)001-e), Erişim Tarihi: 21.09.2021

<sup>494</sup> E. SMITH (2011). "Old and Protected? On the "Supra-Constitutional" Clause in the Constitution of Norway", *Israel Law Review*, Cilt 44, Sayı 3, s. 369-388.

<sup>495</sup> J. COLÓN-RÍOS (2013). Beyond parliamentary sovereignty and judicial supremacy: the doctrine of implicit limits to constitutional reform in Latin America. *Victoria U. Wellington L. Rev.*, Cilt 44, s. 521.

<sup>496</sup> M. N. S. SELLERS (2021), "Formal and Informal Constitutional Amendment". *İçinde General Reports of the XXth General Congress of the International Academy of Comparative Law-Rapports* (ss. 493-506). Springer, Cham.

<sup>497</sup> D. LANDAU, ve R. DIXON (2015), "Constraining Constitutional Change". *Wake Forest L. Rev.*, Cilt 50, s. 859.

<sup>498</sup> R. ALBERT (2016) "Temporal Limitations in Constitutional Amendment", *Rev. Const. Stud.*, Cilt 21, s. 37.

<sup>499</sup> Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s.201-202.

<sup>500</sup> Kesavananda Bharati v. State of Kerela, AIR 1973 SC 1461.

Bunların dışında, değiştirilemez hükümleri içeren anayasalarda bu hükümlerin kaydadeğer bir kısmının devletin yönetim şekline ilişkin olduğu gözlemlenmektedir. Bunların içinde anayasalarda, cumhuriyet veya monarşiye ilişkin değiştirilemez maddelere yer verildiği görülmektedir. Anayasalarında cumhuriyete ilişkin değişmez maddelere yer veren ülkelere örnek olarak; Türkiye, Portekiz Fransa, Tunus, İtalya, Yunanistan, Kamerun, Dominik Cumhuriyeti gösterebilirken, monarşiye ilişkin değişmez maddelere yer veren ülkeler örnek olarak ise; Kuveyt, Katar, Fas, Kamboçya ve Bahreyn gösterilebilir.<sup>501</sup> Bu çalışmanın kapsamında Türkiye değerlendirildiği için, takip eden bölümde, Türkiye’de anayasalarda değişmez hükümlere ilişkin incelemeler ele alınmaktadır.

### **3.2.2. 1961 Anayasasında Değiştirilemez Hükümlerinin Değerlendirilmesi**

Önceden üzerinde durulduğu üzere, 1924 Anayasası’nın değiştirilme usulünü düzenleyen 102. maddesinde, devletin şeklinin Cumhuriyet olduğunu belirten Anayasanın birinci maddesi hakkında değişiklik önerisinin verilemeyeceği belirtilmektedir. Bunun nedeni olarak uzun sayılabilecek bir süredir, devletin yönetim şeklinin monarşi olması ve dolayısıyla henüz yeni olan Cumhuriyet’i koruma gâyesinin güdülmesi gösterilebilir. Yine benzer şekilde, bu değiştirilme yasağına ilişkin madde, 1961 Anayasasında da yerini almıştır. 1961 Anayasası’nın 9. maddesi bu defa herhangi bir madde numarası vermeksizin devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna ilişkin anayasa hükmünün değiştirilemeyeceğini ve hatta değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceğini düzenlemekteydi<sup>502</sup>.

1961 Anayasasında bu değişmezlik hükmünün yer almasının nedenini Temsilciler Meclisi’nde Komisyon Sözcüsü Muammer Aksoy’un ifadelerinden ilgili maddenin Atatürk tarafından 1924 Anayasası’na değişmez madde olarak konulduğunu ve bu sebepten ötürü 1961 Anayasasında da bu durumun korunacağını belirtmesinden anlamaktayız.<sup>503</sup> Bununla birlikte, o zamanlarda Anayasa Mahkemesi bir kararında Anayasanın 9. maddesinde değiştirilmesi yasaklanan Cumhuriyet şeklini, 2. Madde ve bu maddenin gönderme yaptığı başlangıç kısmındaki

<sup>501</sup> Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s.203.

<sup>502</sup> 1961 Anayasası tasarısının Temsilciler Meclisi görüşmeleri esnasında, üyelerin içinden Necip Bilge’nin önerisi, Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hükmün değişmezliğinin yanı sıra, Cumhuriyetimizin özelliklerinden olan demokratik ve laik olduğu şeklindeki ilkenin de değişmezliği şeklinde bir hüküm konulmasına yöneliktir. Fakat bu öneri kabul edilmemiştir: Kazım ÖZTÜRK (1966), *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, Cilt II, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları: Ankara s.1208.

<sup>503</sup> Kazım ÖZTÜRK 1966, age. s.1210.

Cumhuriyetin temel niteliklerini de kapsayacak şekilde yani, insan haklarına dayanan, milli, demokratik, laik ve sosyal hukuk devletini kapsayacak şekilde genişletmiştir<sup>504</sup>. Onar'a göre Anayasa Mahkemesi bu kararıyla değiştirilmesi önlenen Cumhuriyet şeklinin kapsamını olması gerekenden daha geniş tutmuştur çünkü eğer istenseydi zaten Temsilciler Meclisi'nde gündeme gelen bu konular geniş kapsamlı şekliyle de kabul edilebilirdi.<sup>505</sup>

### 3.2.3. 1982 Anayasasında Değiştirilemez Hükümlerinin Değerlendirilmesi

1982 Anayasası'nı hazırlayan Danışma Meclisi, aynı şekilde 1924 ve 1961 Anayasalarında olduğu gibi, sadece Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna ilişkin hükme (md.1) değişmezlik statüsü kazandırma geleneğini sürdürmüştür. Fakat Milli Güvenlik Konseyi, daha sonra 1982 Anayasası'nda değiştirilemez hükümler arasına 2. ve 3. maddeleri de eklemek suretiyle değiştirilemezlik kapsamını genişletmiştir.<sup>506</sup> Dolayısıyla, 1982 Anayasası'nın "Değiştirilemeyecek Hükümler" başlıklı 4. Maddesi, anayasanın 1. Maddesindeki Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna ilişkin hükmün yanı sıra, 2. Maddedeki Cumhuriyet'in niteliklerini ve Devletin bütünlüğünü, resmi dili, bayrağı, milli marşı ve başkenti belirleyen 3. maddeyi de kapsamına alarak değiştirilemez hükümlerin çerçevesini çizmiştir.<sup>507</sup>

1982 Anayasasının değiştirme yasağının kapsamı dahilinde yer alan 2. maddedeki Cumhuriyet'in niteliklerinin atıf yaptığı ilkeler üzerinde doktrinde tartışma yürütülmüştür. Bu kapsamda, genellikle "insan haklarına saygılı olma, Atatürk milliyetçiliğine bağlılık, Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanmak, demokratiklik, laiklik ve sosyal bir hukuk devleti olmak" gibi ifadelerin işaret ettiği nitelikler değiştirilemezlik çerçevesinde kabul edilebilirken, maddede geçen "toplumun huzuru, Milli dayanışma ve adalet anlayışı" ifadeleri nitelik arz etmekte sorunlu karşılanan konular olmuştur.<sup>508</sup> Takip eden bölümde ele alınacak Anayasa Mahkemesi kararlarında bu temel ilkeler daha detaylı ele alınacaktır.

<sup>504</sup> AYMK, E.1976/43, K.1977/4, K.T. 27.01.1977,AMKD, Sayı 15, s.115.

<sup>505</sup> Erdal ONAR 1993, age. s. 9. Temsilciler Meclisi'nde Muammer Aksoy'un konuşmaları için bkz: Kazım ÖZTÜRK 1966, age. s.1209. Muammer Aksoy Temsilciler Meclisi'nde bu şekilde kapsam genişletilmesine karşı çıkmakla birlikte, daha sonra yayımladığı bir eserinde ise, kapsamın belirtildiği şekilde genişletilmesini savunmuştur: Erdal ONAR 1993, age. s. 11. Dipnot 7.

<sup>506</sup> Kazım ÖZTÜRK 1966, age. s.209.

<sup>507</sup> Erdal ONAR 1993, age. s. 12.

<sup>508</sup> age. s. 13.

Bununla birlikte, 1982 Anayasası'nın 2. maddesinin atıfta bulunduğu Anayasa'nın Başlangıcı'nın değiştirilemezlik kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususları da doktrinde tartışma yaratmıştır. Buna göre, kimi yazarlar Başlangıç'ın tümünün olmasa da savunduğu temel ilkelerin değişmezlik kapsamında kabul edilmesi gerekliliğini savunmaktadır. Fakat bir yandan da Özbudun, bu temel ilkeleri değiştirmeksizin Başlangıç metnine olumlu yönde değişiklikler ve düzeltmelerin eklenebileceğini öne sürmektedir.<sup>509</sup> Bunun üzerine, 1995 ve 2001 yıllarında Anayasanın Başlangıcı'nın değiştiğini de dikkate almakta fayda bulunmaktadır.<sup>510</sup> Kimi yazarlara göre de, Anayasaların Başlangıç bölümlerinin bağlayıcı hukuki normlar tesis etmek gibi amaçları da bulunmamaktadır.<sup>511</sup> Fakat yine de, 1982 Anayasası'nda 2. maddenin dayandığı temel ilkelerin değiştirilemeyeceği anlaşılmakta, bu temel ilkelerin de aslında Anayasanın Başlangıcı'nda önemli bir metinsel hacme sahip olduğu göz önünde tutulursa, maddedeki ifade ile 1982 Anayasası'nın Başlangıcı'nın temel ilkelere yönelik kısımlarının da değiştirilme yasağı kapsamına girmesi gerekebilir.

### **3.3. Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliklerinde Ölçü Normlar Tanımı**

Anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinde “ölçü normlar”, anayasaya uygunluk denetimi yapılırken, denetim yapılmasına konu teşkil eden normun, referans olarak uygun görülmesi gereken norm ya da normların kendisi ya da kendileri olarak tanımlanabilir. Anayasa uygunluk denetimine ilişkin literatür incelendiğinde bu ölçü normların neler olduğu ya da olması gerektiğine ilişkin bir fikir birliği bulunmamaktadır. İleride ele alınacağı üzere, bu konuda bizlere yol gösteren hususlar, kimi yazarların fikirleri ve önerileri olarak karşımıza çıkarken bazen de ülke anayasalarının ölçü normlar belirlemesi ya da kimi ülkelerde yargı organlarının kararları ile oluşturulabildiğini görmekteyiz.

Örneğin, Macaristan, Çekya, Bulgaristan Anayasaları kanunların yalnızca anayasanın kendisine değil fakat ülkelerin taraf olduğu milletlerarası andlaşmalara da uygun olup olmadığını denetleme yetkisini Anayasa Mahkemelerine vermektedir. Adı anılan her üç ülkede de, anayasalar kendilerine ek olarak, milletlerarası

<sup>509</sup> Ergun ÖZBUDUN (2003), *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, s.158'den aktaran Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s.210.

<sup>510</sup> age. s.210.

<sup>511</sup> Cem EROĞUL (2000), *Anatüzeeye Giriş*, İmaj Kitapevi, Ankara, s.311.

andlaşmaları ölçü norm olarak belirlemişlerdir.<sup>512</sup> İlaveten, Anayasaların kendileri dışında gönderme yaptığı ölçü normlara örnek olarak, Beşinci Fransız Cumhuriyeti Anayasası da gösterilebilir.<sup>513</sup> Beşinci Fransız Cumhuriyeti Anayasası, başlangıç kısmında 1789 İnsan Hakları Bildirisi'ne ve 1946 Anayasası'nın başlangıç kısmına atıflarda bulunmak suretiyle, kendisi dışında ölçü normlar tesis etmiştir. 29 Eylül 1946 tarihinde kabul edilen ve 13 Ekim 1946 tarihinde referandum ile onaylanan Fransız Anayasası'nda Başlangıç kısmında yer alan "...1789 tarihli haklar bildirgesinde yazılı insan ve vatandaş hak ve hürriyetleri ile Cumhuriyet kanunlarınca tanımlanmış bulunan ana prensipleri resmen teyid eder"<sup>514</sup> ifadesi ile ölçü normları oluşturmaktadır. Tesis edilen bu ölçü normlar, 1789 İnsan Hakları Bildirisi, 1946 Anayasası'nın Başlangıç Bölümü ve yine 1946 Anayasası'nın atıf yaptığı, "*Cumhuriyet kanunlarınca tanınan temel ilkeler*" ve aynı kısımda anılan "*Çağımız için özellikle gerekli olan siyasal, ekonomik ve sosyal ilkeler*" olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca, anılan bu ölçü normların Fransız Anayasa Konseyi tarafından 1971 yılından itibaren kullanılması söz konusudur.<sup>515</sup> Uygulamada, sonradan Fransız Anayasa Mahkemesi otonom olarak, herhangi bir anayasal metne gönderme yapmaksızın, "anayasal değerde genel ilkeler" kavramını ortaya atarak, ölçü normlarını tamamıyla içtihadi usulü kullanmak suretiyle, genişletme yolunu tercih etmiştir. Bahsi geçtiği şekli ile, hem Anayasa'nın kendisi ile sınırlı olmak suretiyle, hem de kendisine yine Anayasa veya yargı kararları ile eklenmiş olan ilke ve kuralları da kapsayan anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminde kullanılan ölçü normlarına "anayasallık bloku (*bloc de constitutionnalité*)" adı da verilebilmektedir.<sup>516</sup> Türkiye'de anayasallık bloğu

<sup>512</sup> Bu durumu gözlemek için, örneğin 2011 Macar Anayasası incelenebilir. 2011 Macar Anayasası'nın Anayasa Mahkemesi Kısmında, 24. Maddenin 3. Fıkrasının c bendinde "Anayasa Mahkemesi, paragraf (2)'de belirtilen yetkileri dahilinde, uluslararası bir anlaşmayla çelişen herhangi bir yasayı veya kurucu hükmü iptal edebilir ve yasal sonuçlarını belirler." hükmü ile herhangi bir kanunun anayasaya uygunluğunun yanı sıra, milletlerarası andlaşmalara da uygunluğunu denetleme yetkisi vermesi durumu söz konusudur. Bkz. 2011 Macar Anayasası'nın İngilizce çevirisi için; [https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary\\_2011.pdf](https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2011.pdf) Erişim Tarihi: 14.02.2021.

<sup>513</sup> Ergun ÖZBUDUN 2018, age. s.382.

<sup>514</sup> Bülent Nuri ESEN (1948), "Fransa Cumhuriyeti Anayasası", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, s.1.

<sup>515</sup> Ergun ÖZBUDUN 2018, age. s.382.; F. L. MORTON (1988), "Judicial Review in France: A Comparative Analysis", *The American Journal of Comparative Law*, Cilt 36, Sayı 1, s. 89-110.; D. BARANGER (2011), "The language of eternity: judicial review of the amending power in France (or the absence thereof)", *Israel Law Review*, Cilt 44, Sayı 3, s.389-428.; B. NEUBORNE (1982), "Judicial Review and Separation of Powers in France and the United States", *NYUL Rev.*, Cilt 57, s. 363-442.

<sup>516</sup> Ergun ÖZBUDUN 2018, age. s.382.



üzerinde detaylı araştırmalar da bulunan Yüzbaşıoğlu (1993), bu kavramın “Anayasa’nın Başlangıç kısmında yer alan ilkeleri” ve “Cumhuriyet’in niteliklerine yönelik ilkeler” ile “Atatürk İlke ve İnkılapları”, “hukukun genel ilkeleri” ve son olarak da “uluslararası hukuk kuralları”ndan teşekkül ettiğini ifade etmiştir.<sup>517</sup> Benzer şekilde, bahsi geçen ölçü normları Lavroff, “referans normlar (*normes de référence*)” olarak adlandırmıştır.<sup>518</sup> Gözler’in de kavram farkına değindiği “ölçü norm” ve “anayasallık bloğu” kavramlarından anayasallık bloğu; Favoreu tarafından “yasama organının uymak zorunda olduğu anayasal değerde kurallar ve ilkelerin bütünü” olarak tanımlanmış ve bileşenleri ise, 1958 Fransız Anayasası’nın maddeleri, 1958 Fransız Anayasası’nın Başlangıç kısmı, 1946 Fransız Anayasası’nın Başlangıç Kısmı, 1789 İnsan ve Yurttař Hakları Bildirgesi ve Cumhuriyet kanunları tarafından tanınan temel ilkeler olarak belirlenmiştir.<sup>519</sup> Burada Gözler, Favoreu tarafından adlandırılan anayasallık bloğu kavramının Fransa’ya has bir terim olduğunu yaptığı literatüre taraması ile desteklemekte ve biz de, belirlenen normlara verilen adlara değindikten sonra, bu yönde anılan normları ölçü normlar olarak adlandırmaktayız.

### **3.4. ANAYASA MAHKEMESİ’NİN ANAYASAYA AYKIRI ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ BAKIMINDAN AKTİVİST TUTUMUNUN DEğerLENDİRİLMESİ VE YARGISAL AKTİVİZM TARTIŞMALARI**

Türk Anayasa Mahkemesi’nin aktivist tutumu değerlendirilmeden önce, genel anlamda yargısal aktivizm ve taraf olduğu tartışmaları değerlendirmek gerekmektedir.

#### **3.4.1. Yargısal Aktivizm Kavramının İncelenmesi**

Türk anayasa yargısında, şu ana dek incelenen anayasa değerikliğinin denetlenmesine ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarında görülen yargısal aktivizm (*judicial activism*),<sup>520</sup> yeni bir kavram olmamakla birlikte, farklı demokrasilerde

<sup>517</sup> Necmi YÜZBAŞIOĞLU (1993), *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, s. 18, 25, 81, 116, 131.

<sup>518</sup> Dimitri Georges LAVROFF (1995), *Le droit constitutionnel de la Ve République* (Paris: Dalloz)’dan aktaran: Kemal GÖZLER (2000), “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 55, Sayı 3. s. 82.

<sup>519</sup> agm. s. 83.

<sup>520</sup> Yargısal aktivizm kavramı, ilk defa Arthur Schlesinger Jr.’nin 1947 yılı Ocak ayında Fortune Magazin’de yer alan bir makalesinde ortaya atılmıştır. Schlesinger’in makalesi o sırada Yüksek

uygulamalarına rastlanmaktadır.<sup>521</sup> Başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere, yirminci yüzyılın başlarından itibaren dünyada örneklerine rastlanır bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>522</sup> Yargısal aktivizm literatüründe kavramın, kavramın Amerikan modeli anayasa yargısında da görülmesine rağmen, daha çok Anayasa Mahkemeleri ile ilintilendirildiği gözlemlenmektedir.<sup>523</sup>

Dolayısıyla genel olarak incelendiğinde yargısal aktivizm, Anayasa Mahkemelerinin, yasama organının kabul etmiş olduğu yasaların veya anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi sürecinde ortaya çıkmaktadır. Bu yargısal denetim sürecinde, anayasaya açık bir aykırılığın mevcut olmaması durumunda dahi, yasama organının kanunun veya anayasa değişikliğinin anayasaya uygun olduğu iradesine karşı, mahkemelerin kendi iradelerini ön plana çıkarmak suretiyle müdahalede bulunması söz konusu olmaktadır.<sup>524</sup> Böylece, anlaşılmaktadır ki, yargısal aktivizm ile mahkemeler, yasama organının kabul ettiği kanunların ve anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminde, anayasal hüküm ve ilkelerin, kendi oluşturdukları perspektif çerçevesinde ele alınmasını sağlamakta ve yasama organının kabul ettiği kuralları hükümsüz kılma yoluna gidebilmektedirler.

### 3.4.2. Yargısal Aktivizm ve Demokrasi İlişkisinin İncelenmesi

İşte bu noktada, ortaya çıkan tartışmalardan birisi de yargıçlar hükümeti (*governing with judges*)<sup>525</sup> kavramıdır. Bu kavramın işaret ettiği hususların başında, anayasa yargıçlarının siyasi iradenin kabul ettiği ilke ve politikaların yerine kendi

---

Mahkeme'deki dokuz yargıcın profilini ortaya koymuş ve aralarındaki ittifakları ve çatışmaları ele almıştır. Schlesinger makalesinde Yargıçlar Black, Douglas, Murphy ve Rutledge'yi "yargı aktivistleri", Yargıçlar Frankfurter, Jackson ve Burton'ı "Kendini Kısıtlamanın Şampiyonları (*The Champions of Self-Restraint*) ve Yargıç Reed ve Baş Yargıç Vinsin'i ise ortada kalan grup olarak sınıflandırıyordu.: Arthur M. SCHLESINGER JR. (1947), "The Supreme Court: 1947", *Fortune*, Jan.1947 s.202 ve s.208'den aktaran K. D. KMIEC, (2004), "The origin and current meanings of judicial activism", *Calif. L. Rev.*, Cilt 92, s.1441.

<sup>521</sup> E. A. YOUNG (2002), "Judicial activism and conservative politics", *U. colo. L. rev.*, Cilt 73, s. 1139.

<sup>522</sup> C. GREEN (2008), "An intellectual history of judicial activism", *Emory LJ*, Cilt 58, s. 1195.

<sup>523</sup> Bkz: C. BOULANGER (2006), "Europeanization Through Judicial Activism? The Hungarian Constitutional Court's Legitimacy and the "Return to Europe", *İçinde Spreading Democracy and the Rule of Law?*, Eds. W. Sadurski, A. Czarnota ve M. Krygier, ss. 263-280, Springer, Dordrecht.; K. M. BUMIN (2017), "Judicial Institutionalization and Judicial Activism of the Post-Communist Constitutional Courts", *J. Pol. & L.*, Cilt 10, s. 54.; S. I., SMITHEY ve Ishiyama, J. (2002), "Judicial activism in post-communist politics", *Law & Soc'Y Rev.*, Cilt 36, s. 719.

<sup>524</sup> Yusuf Şevki HAKYEMEZ (2009), *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin Yayınları, Ankara, s.34-35.

<sup>525</sup> A. S. SWEET (2000), *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. OUP Oxford., s.102.

kararlarını hakim kılma eğilimi gelmektedir. Bu tartışma, Avrupa ve Amerika görüşü ekseninde iki boyut altında incelenebilir. Avrupa modeli merkezi anayasal denetim sisteminde ve esasen de Kelsen'in bakış açısında, herhangi bir kanunun iptal edilmesi, onun yapılması ile aynı niteliği haizdir. Bu durumda, bir kanunu iptal eden bir mahkeme, yasama yetkisini kullanan bir organ vasfını almaktadır. Bundan ötürü, Kelsen anayasa mahkemelerini pozitif kanun koyucu yasama organlarından ayırmakta ve negatif kanun koyucu olarak konumlandırmaktadır. Tartışmanın diğer boyutu olan Amerika Birleşik Devletlerinde'de Ely'nin öne sürdüğü yaklaşım çerçevesinde, yargıçlar yürüttükleri denetimleri meşru sonuçlar üzerinde değil fakat meşru süreçler üzerinde gerçekleştirirlerse, anayasal denetim demokratik özelliğe kavuşmaktadır.<sup>526</sup> Yani, anayasa yargıçları “rakip değerler” ve “siyasal anlayışlar” arasında seçim yapmaksızın, bunları seçimle göreve gelmiş siyasi otoritenin inisiyatifine bırakır ve kendisi de demokratik sürecin işlerliğini denetlerse, demokrasinin güçlenmesine katkıda bulunacaktır.<sup>527</sup> Dolayısıyla, anayasa yargıçları normalden daha pasif bir tutum izlemeleri halinde, siyasi otorite güçlenmekte, bunun karşısında ise, anayasa denetiminde yoğun bir aktivizm yaşanırsa da demokratik temeller zayıflamaktadır. Her ikisinin dengeli olduğu bir ortam tesis edilmesi, demokrasi ve anayasal süreçlerin etkin işleyişi lehine sonuçlar tesis edeceği şüphesizdir.

Buradan hareketle Hakyemez'e göre, liberal anayasalcılık açısından bakıldığında, anayasa hükümlerinin anlamlandırılmasında, insan hakları ile ilişkili hususlarda özgürlük lehine karar almada veya özgürlükleri genişletme şeklinde sergilenen bir yargısal aktivizm yaklaşımı eleştirilmemektedir. Bunun nedeni, ortaya konulan içtihatın demokrasiyi güçlendirmesidir. Hatta bu durum kapsamında, insan haklarıyla ilgili kurallar bakımından anayasaların çağın gerekleri ve modern yaşam koşulları çerçevesinde yorumlanması için yargısal aktivizme ihtiyaç duyulduğunu belirten görüşler de mevcuttur.<sup>528</sup> Örneğin az gelişmiş kimi ülkelerde, demokratik

---

<sup>526</sup> John Hart ELY (1980), *Democracy and distrust: A theory of judicial review*, Harvard University Press.'ten aktaran ÖZBUDUN, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, s.49.

<sup>527</sup> E. ÖZBUDUN (2017), *Anayasalcılık ve Demokrasi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul. s.49.

<sup>528</sup> Yusuf Şevki HAKYEMEZ 2009, age. s.37.

olmayan siyasi otoriteye karşı yargısal aktivizme ihtiyaç duyulduğunu savunan görüşler bulunmaktadır.<sup>529</sup>

Bunların yanı sıra, insan haklarını savunan türde aktivizmin kabul görmesinin de bir sınırı bulunmaktadır. Öyle ki, siyasal iktidarın hak ve özgürlüklerle direkt ilişkili olmayan temel kamusal politikalarının denetlenmesi halinde, iptal kararı çıkarmaya yönelik sergilenen tutum ve aktivist davranış yine olumsuz bir yaklaşım olarak kabul edilmelidir. Bunun nedeni ise, anayasanın üstünlüğünü muhafaza etmeye çalışan anayasa mahkemelerinin, tarafsız hakem rolünü aşması ve böylece siyaset belirleyici bir rol üstlenmesi ihtimalinin demokratik süreçleri zedelemesidir.<sup>530</sup> Sonuç olarak, anayasa mahkemelerinin siyasi iradenin ortaya koyduğu temel hak ve özgürlükler ile demokrasiyi tesis eden veya güçlendiren yaklaşımını, kendi tutumu ile şekillendirmemeli fakat, anayasal açıdan da sessizliğe bürünmemelidir. Çünkü bu durumda da, kendi görevini etkin bir şekilde yerine getirmemiş olma durumu ortaya çıkabilecektir. Dolayısıyla anayasa mahkemeleri, kendisine yine anayasa ile tanınan yetkileri aşmaksızın, temel hak ve hürriyetleri savunucu, demokratik, hukuk devletini destekleyici yargısal denetimini yerine getirmelidir.

### **3.4.3. Türk Anayasa Mahkemesi'nin Aktivist Tutumunun Değerlendirilmesi**

Çalışmanın amacı ve konusu açısından değerlendirildiğinde, Türk Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tutumunun kapsamı anayasa değişikliklerinin anayasa uygunluğu denetimi olarak alınması gerekmektedir. Bu bakımdan, Anayasa Mahkemesi'nin 1961 ve 1982 Anayasası döneminde verdiği kararların da detaylı bir şekilde önceden incelenmiş olmasından ötürü, aktivist tutumu gösteren örnek kararlara değinmek yerinde olacaktır.

Türk Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tutumunun örnekleri hem 1961 Anayasası döneminde hem de 1982 Anayasası döneminde görülmektedir. 1961 Anayasası'nda 1971 yılı değişikliği öncesinde Anayasa Mahkemesi'nin kanunların ve TBMM iç tüzüklerinin anayasaya uygunluğunu denetleyebileceğine ilişkin hüküm

---

<sup>529</sup> R. HOQUE (2011), *Judicial activism in Bangladesh: a golden mean approach*. Cambridge Scholars Publishing.; S. SHERRY (2016), "Why We Need More Judicial Activism", *İçinde Constitutionalism, Executive Power, and the Spirit of Moderation*, Ed. Giorgi Areshidze, Paul O. Carrese ve Suzanna Sherry, Murray P. Dry and the Nexus of Liberal Education and Politics Publication, s.11.

<sup>530</sup> Yusuf Şevki HAKYEMEZ 2009, age. s.38.

bulunmaktayken anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Fakat buna rağmen Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerinin de bir kanun olarak kabul edilmesinden ötürü, aktivist bir tutum sergilemiştir. Örneğin 1970 yılında aldığı kararda, 1961 Anayasası'nın milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen 68. maddesinin ikinci fıkrasındaki "affa uğramış olsalar da" ibaresinin çıkarılmasına yönelik anayasa değişikliğinde hem şekil hem de esas bakımından yaptığı denetim yargısal aktivizme örnektir.<sup>531</sup> Bununla birlikte, Türk Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı önceden işaret edildiği üzere, milletvekili seçilme yeterliliğini genişletmesi bakımından yargısal aktivizmin lehine ve aleyhine görüşler kapsamında, hak ve özgürlükleri genişletici bir niyet olarak da alınabilir.

1971 yılında yapılan anayasa değişikliği ile, Anayasa Mahkemesi'nin sadece şekil bakımından denetim yapabileceğinin düzenlenmesi üzerine, aktivist tutumundan vazgeçmek yerine, aksine şekil denetimi adı altında anayasa değişikliklerinin esas denetimini yapmaya başlamıştır. Bu dönemde Mahkeme, verdiği tüm iptal kararlarında esas denetimi yapmıştır. Örneğin 1977 yılında verdiği bir kararda,<sup>532</sup> yine aktivist bir tutum sergilemiş ve Yüksek Hakimler Kurulu kararları aleyhine başka mercilere başvurulamayacağını belirten ibareden ötürü bu değişikliği iptal etmiştir. Buna neden olarak ise insan haklarına, hukuk devleti ilkesine ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmesi sebebiyle anayasanın değişmezlik ilkesine karşı geldiği hususunu belirtmiştir.

1982 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tutumunu sınırlandırma amacıyla, anayasa değişikliklerinin şekil denetimini ancak teklif çoğunluğu, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartları bakımından yapılması ile sınırlandırılması hüküm altına alınmıştır. 1982 Anayasası döneminde çoğunlukla kendisine verilen yetki kapsamında ve sınırlandırılan ölçülerde, şekil denetimi yapan Türk Anayasa Mahkemesi, 2008 ve 2010 yıllarındaki kararlarında esas denetimi yapmıştır. Özellikle 2008 yılında verdiği kararda,<sup>533</sup> Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliğinin Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerini değiştirmesinden ötürü, Anayasa'nın 4. maddesinde yer alan değiştirme ve değişikliği teklif etme yasağına aykırı bulmuş ve bundan dolayı da, Anayasa'nın 148. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen teklif koşulunu

<sup>531</sup> AYMK. E.1970/1, K.1970/31, K.T.16.06.1970. AMKD, Sayı 8, s.323.

<sup>532</sup> AYMK. E.1976/43, K.1977/4, K.T.27.01.1977.

<sup>533</sup> AYMK. E.2008/16, K.2008/116, K.T.05.06.2008.

sağlamadığını belirtmiştir. Bu kararı ile 1982 Anayasası döneminde de Anayasa Mahkemesi laiklik ilkesi ekseninde aktivist bir tutum izlemiştir. Bu kararı takip eden ve önceden ele aldığımız 2010 yılındaki aktivist tutumunun da ardından, 2016 yılında verdiği kararında,<sup>534</sup> Anayasa Mahkemesi'nin sadece şekil bakımından denetimin ve bunun da anayasada sayılan sınırları çerçevesinde mümkün olduğunu belirterek, 2008 ve 2010 yıllarında geliştirdiği içtihadten vazgeçtiği şeklinde anlaşılan ifadelerde bulunmuştur.

### **3.5. TÜRKİYE'DE ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN DENETLENMESİNİN SINIRÖTESİ ANAYASALCILIK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerine yönelik bugüne kadar yapmış olduğu şekil ve esas bakımından denetimlerde geliştirdiği içtihatların temelinde nelerin etkisi olduğunun değerlendirilmesi hususu önem arz etmektedir. Hem çalışmanın amacına yönelik olması ve hem de Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliği denetimlerinde dikkate aldığı ilke ve normların niteliği açısından, konunun sınırötesi anayasalcılık bağlamında incelenmesi ve tartışılması ihtiyacı bulunmaktadır. Bu kapsamda, öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin oluşturduğu doktrinin diğer ülkelerin anayasa yargısında geliştirilen doktrinlerden etkilenip etkilenmediği incelenecek ve ardından da Türkiye'de anayasa değişikliklerinin denetlenmesinde referans alınan sınırötesi anayasalcılık normları değerlendirilecektir.

#### **3.5.1. Türk Anayasa Mahkemesi'nin Oluşturduğu Doktrinin Sınırötesi Anayasalcılık Açısından İncelenmesi**

Anayasa Mahkemesi, anayasa hükümleri arasında birbirleri arasında herhangi bir derece üstünlüğü öngörmemiştir. Örneğin, Turhan'ın işaret ettiği gibi ölüm cezasının yaşama hakkının özüne dokunduğu gerekçesi ile<sup>535</sup> 1963 yılında verdiği bir kararda<sup>536</sup> 1961 Anayasası'nın 11. maddesi<sup>537</sup> ile 64. maddesi<sup>538</sup> arasında bir üstünlük öngörmemiş ve ikisinin birlikte değerlendirilmesini öngörmüştür.

<sup>534</sup> AYMK. E.2016/54, K.2016/117, K.T.03.06.2016.

<sup>535</sup> Mehmet TURHAN 1976, agm. s. 83.

<sup>536</sup> AYMK. E.1963/207, K.1963/175, K.T.01.07.1963., AMKD, S.1., s. 364.

<sup>537</sup> "MADDE 11. Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.: T.C. 1961 Anayasası :Ahmet

### 3.5.1.1. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Örneği

Anayasa Mahkemesi, 1971 değişikliklerinden önce, 1961 Anayasası döneminde artık yukarıdaki karardan sonra oluşturduğu kararlarda, hukuk kuralları içerisinde bir üstünlük sırası olmasını benimsemiş ve bunu da kanun, anayasa ve hukukun temel ilkeleri olarak ortaya koymuştur.<sup>539</sup> Anayasa Mahkemesi artık doğal hukuka dayanan bir doktrin çerçevesinde temel hukuk prensiplerinin anayasa ile birlikte kanunların üzerinde tutulması gerektiğini, 1963 yılında verdiği bir başka kararda belirtmekte ve özetle bu kararında yasama organının eğer bu temel hukuk prensiplerine uymaması durumunda geçerli olmayan bir tasarrufta bulunacağını belirtmiştir.<sup>540</sup> Türk Anayasa Mahkemesi'nin doktrini ile Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin oluşturduğu doktrin, hukukun temel ilkelerine verilen hiyerarşi temelinde benzerlikler göstermektedir. Türk Anayasa Mahkemesi, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin “supra pozitif temel normlar”, “tabi adalet”, “adaletin temel postülaları”, “objektif ahlak normları” ölçütlerini referans göstermektedir. Hatta, bu ilkelerin üzerine ayrıca, “tüm çağdaş ülkelerde kabul edilen ilkeleri”<sup>541</sup> de kabul etmektedir.<sup>542</sup> Bunlara ek olarak, Türk Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerini denetleyebileceğine ilişkin verdiği ilk karar ile başlayan anayasa yargısı süreci esasen 1949 Alman Anayasası ve 1961 Anayasası arasındaki benzeşmenin de bir göstergesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki; 1949 Alman Anayasası, 1961 Anayasası'na rehberlik etmiş ve her iki anayasada da anayasa değişikliklerinin denetimi bakımından Anayasa Mahkemeleri yetkilendirilmemiştir. Tam da bu noktada, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin değiştirilemez hükümlere aykırılık temelinde anayasa değişikliklerini denetlemeye başlamasının ardından Türk Anayasa Mahkemesi de bu yönde tasarrufta bulunmaya başlamıştır.<sup>543</sup>

---

NOHUTÇU ve Ali ZİYREK (2020), *Osmanlı Türk Anayasa Metinleri*, Savaş Yayınevi: Ankara, s.102.

<sup>538</sup> MADDDE 64. Kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak, Devletin bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek, para basılmasına, genel ve özel af ilanına, mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek, Türkiye Büyük Millet Meclisinin yetkisindedir.: T.C. 1961 Anayasası: Nohutçu ve Ziyrek (2020), age., s.123.

<sup>539</sup> Mehmet TURHAN 1976, agm. s. 83.

<sup>540</sup> AYMK. E.1963/124, K.1963/243, K.T.11.10.1963., AMKD, S.1., s.429.

<sup>541</sup> Anayasa Mahkemesi, E.1963/166, K.1964/76, K.T.22.12.1964 kararında, şöyle bir cümle yer almaktadır: “Kanunlarımızın, anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır.” :TURHAN (1976), agm., s. 83. Bkz: AYMK. E.1963/166, K.1964/76, K.T.22.12.1964 AMKD, S.2., s.291.

<sup>542</sup> Mehmet TURHAN 1976, agm. s. 83.

<sup>543</sup> Osman CAN (2007), “Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 62, Sayı 3, s.115.

Buradan anlaşıldığı üzere, her ne kadar anayasada açık bir şekilde ifade edilmemiş olsa da, Türk Anayasa Mahkemesi'nin doktrinin kapsamında anayasanın üstünde bazı hukuk ilkelerinin bulunduğu ve bunların da kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde kullanılabileceği görülmektedir. Sınırötesi anayasalcılık bağlamında bu hususlar iki boyutta incelenebilir. Birinci boyut açısından değerlendirildiğinde, Türk Anayasa Mahkemesi ile Alman Federal Anayasa Mahkemesi arasında açık ve resmi bir iletişim kanalı olmamakla birlikte, bir etkileşim olduğu yadsınmamaktadır. Sınırötesi anayasalcılık, bu ilk boyutu ile yargı diyalogu ve yargı referanslarını icra etmiş olmaktadır. Sınırötesi anayasalcılığın ikinci boyutu ise, dünya genelinde çağdaş demokrasilerde kabul edilen ilke ve normların, yerel hukukta kabul edilmesi ve hatta bu ilke ve normlara hiyerarşik açıdan üstünlük tanınabilme imkanının ortaya çıkmasıdır.

### **3.5.1.2. Hindistan Yüksek Mahkemesi Örneği**

Anayasa Mahkemesi, 1971 değişikliklerinden sonra Anayasanın 1. maddesinde yer alan “devlet şeklinin Cumhuriyet” olduğuna ilişkin hükümden geçen “Cumhuriyet”in sadece kelime olarak ele alınmaması gerekliliğini benimsemiştir. Bu kapsamda oluşturduğu doktrinde, Cumhuriyet'in ancak ve ancak Anayasa'nın 2. maddesinde geçen “insan haklarına”, Anayasa'nın başlangıç bölümünde anılan “temel ilkelere” dayanan “milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti” olarak kabul edilmesi gerekliliğini benimsemiştir. Böylece, 1961 Anayasası'ndaki değiştirilemezlik yasağının Anayasa'nın 2. maddesinde geçen ilkeleri de kapsadığı ve bu ilkeleri dolaylı yoldan etkileyebilecek diğer maddelerde yapılan değişikliklerin de değiştirilme yasağına girmesini öngörmüştür. Ortaya çıkan tabloda ise, sadece anayasanın değiştirilemez maddelerinin değil, bu ilkelerden etkilenme kaydıyla tüm maddelerin değiştirilmesinin yargı denetimi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği öngörülmüştür.<sup>544</sup>

İşte bu noktada konuya sınırötesi anayasalcılık perspektifinden bakılabilir. Çünkü Anayasa Mahkemesi'nin sözü edilen içtihadı, 1973 yılında Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin Kesavananda kararı ile oluşturduğu doktrin ile benzeşmektedir. Bu karar ile oluşturulan doktrin kapsamında belirlenen temel özellikler ile bireylere anayasa ile teminat altına alınan temel haklar tanınmış ve belli başlı birtakım ilkeler

<sup>544</sup> Ali Rıza ÇOBAN 2011, age. s.280.



kabul edilmiştir. Bunların arasında örneğin, “eşitlik ilkesi”, “laiklik”, “hukuk devleti”, “demokratik cumhuriyetçi yapı” gibi ilkeler yer almakta ve Anayasamızın da bazı maddelerinde atıf yaptığı, benzer şekilde “Hindistan Anayasasının başlangıç bölümünde belirtilen hedefler” yer almaktadır.<sup>545</sup> Hindistan Yüksek Mahkemesi’nin Kesavananda kararı ile oluşturduğu doktrin, Türk Anayasa Mahkemesi’nin sınırötesi anayasalcılık çerçevesinde benzeştigiine dönük hususlar içermektedir.

### 3.5.1.3. Türk Anayasa Mahkemesi’nin Laiklik Doktrini

1982 Anayasası döneminde de Anayasa Mahkemesi, 2008 yılına kadar anayasa değişikliklerinin denetiminde, şekil bakımından sınırlı şekilde olmak üzere sahip olduğu yetkiyi kullanmıştır. Fakat, özellikle 2008 yılında verdiği kararda,<sup>546</sup> kendisine verilen yetki kapsamında şekil denetimi dahilinde teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uymasına karşın, Anayasanın değiştirilemez maddelerinden 2. maddesinde yer alan “laiklik” ilkesine aykırı olan bir anayasa değişikliğinin teklif edilemeyeceği görüşünden ötürü, teklif koşulunun yerine getirilmediği yönündeki tespiti sonucu anayasa değişikliği iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin laiklik vurgusu ile iptal ettiği bu anayasa değişikliği, Kuru’nun yaptığı laiklik taksonomisi ekseninde Türkiye’nin konumuna ilişkin bilgi vermektedir. Öyle ki, Kuru’ya göre laiklik, “pasif laiklik” ve “dışlayıcı laiklik” olarak sınıflandırılabilir. Pasif laiklik, bir devletin herhangi bir dini kendisine devlet dini şeklinde kabul etmeyerek, din seçiminde pasif bir konumda bulunmasını işaret etmektedir. Öte yandan, dışlayıcı laiklik dini kamusal alandan çıkarmakta ve sadece özel alanla sınırlı tutmaktadır. Bu yönüyle ele alındığında, pasif laiklik dinin kamusal alanda görünür olmasını kabul etmekte ve devletin her türlü dine karşı tarafsız olmasını gerektiren bir doktrindir. Bunun aksine dışlayıcı laiklik ise, dini tamamıyla kamusal alandan çıkarmayı, görünürlüğünü ortadan kaldırmayı benimseyen kapsayıcı bir doktrindir.<sup>547</sup>

Bu rasyonel ve bilimsel düşüncenin öncülüğünde bütünüyle bir hayat tarzı olarak kabul edilen kapsayıcı doktrin, sadece din ve devlet işlerinin ayrıldığı pasif yapıdan farklıdır. Kendi aralarında da önemli farklar olmasına karşın dünyada

<sup>545</sup> Kesavananda Bharati v. State of Kerela, AIR 1973 SC 1461.

<sup>546</sup> AYMK. E.2008/16, K.2008/116, K.T.05.06.2008.

<sup>547</sup> A. T. KURU (2007), “Passive and assertive secularism: Historical conditions, ideological struggles, and state policies toward religion”, *World Politics*, Cilt 59, Sayı 4, s. 568.

dışlayıcı laiklik konusunda önde gelen iki ülkeden birisi Türkiye ve bir diğeri ise Fransa'dır.<sup>548</sup> Bu kapsamda da, Türk Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin oluşturmuş olduğu doktrin içinde, cumhuriyetin nitelikleri hayati bir öneme sahipken, bu nitelikler içinde ise laiklik çok önemli bir yerde bulunmakta ve Anayasa Mahkemesi kararlarında kendini göstermektedir.

### 3.5.2. Sınırötesi Anayasalcılığın Demokratik Hukuk Devleti İlkesi Açısından Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi

Demokrasi, halkın tamamıyla siyasi iktidarın gerçek sahibi olduğu öğretisini, Fransız İhtilali'nden itibaren önem kazanan halk egemenliği fikri temelinde önermektedir. Demokrasi ile halkın şahsen siyasi iktidarın taşıyıcısı ve uygulayıcısı olması mümkün hale gelmektedir. Bu bakımdan demokrasi, halkın sadece siyasal düzenin tasarımında değil, onun yönetiminde ve gelişiminde aktif rol oynamasını teminat altına alır. Dolayısıyla demokrasi “nev-i şahsına münhasır”<sup>549</sup> bir siyasi düzen biçimi olduğu gibi bir devlet ve yönetim şeklidir.”<sup>550</sup> Bununla birlikte Dahl'a göre “*poliarşi*” terimi pratikte uygulanması güç olan demokrasi yerine tercih edilmektedir. Dahl'ın demokrasi yerine öngördüğü poliarşilerin muhalefet ve katılma şeklinde iki bileşeni mevcuttur ve bunların sistemde etkin çalışabilmesi için düşünce ve ifade özgürlüğü, örgüt kurma ve üyesi olma hakkı ile bilgi kaynaklarına erişim fırsatlarının tesis edilmesi gereklidir.<sup>551</sup>

Ancak genel anlamda demokrasi temelinde iki teori bulunmaktadır. Bunlar normatif ve ampirik demokrasidir. Normatif teori, demokrasinin kaynağına ve yöneldiği “hürriyet”, “eşitlik”, “ortak iyilik (*common good*)” gibi amaçlara yönelik

<sup>548</sup> Ergun ÖZBUDUN 2014, age. s. 105-106.

<sup>549</sup> Bkz: Hans-D. HORN (2014), “Demokrasi”, *İçinde Anayasa Teorisi (Verfassungstheorie)*, Çev: Hüseyin Yıldız), Eds. Otto Depenheuer ve Cristoph Grabenwartered; Çev. Ed. İlyas Doğan, s.770.: “Demokrasi, anayasalcılığın bir çocuğudur. Ortaçağ düzeninin yıkılmasıyla birlikte kendisinden önceki siyasi iktidarların hukukileşme şekillerine farklı yaklaşan çağdaş anayasalcılığın oluşumuna zemin hazırlamıştır. Bunlardan ilki inanç ve mezhep alanında meydana gelen bölünmeyle birlikte dini bir saike veya diğer aşkın bir meşruiyet temelinde dayanan gerekçeler geçerliliğini yitirdiği için, siyasal düzenin artık sekülerleşmiş insan iradesinin konusu haline gelmesidir. İkincisi ise, şahıs merkezli ve çok başlılığa göre taksim edilmiş iktidar yetkilerinin 16. ve 17. yüzyılda mezhep savaşlarından sonra ortaya çıkan modern devlet tarafından tekel altına alınmasıydı. Yeni bir siyaset iktidar şekli olarak bölünmez bir biçimde yoğunlaşmış, ülke içinde egemen, toplumdaki ayrılmış ve dini açıdan tarafsız kamusal bir (devlet) gücü tesis edilmişti. Ancak bundan sonradır ki, siyasi iktidarın inşası ve kullanımı için kapsamlı ve evrensel bir düzenleme imkanı sundu, böylece ona kaynağı, ölçüsü ve araçsallığa göre nev-i şahsına münhasır damgasını vurabilecekti.”

<sup>550</sup> age. s.762.

<sup>551</sup> R. A. DAHL (1971). *Polyarchy: Participation and opposition*. Yale University Press., s.2.

felsefi düzeyde tartışmaları içermektedir.<sup>552</sup> Normatif demokrasi, demokratik rejimlerin varmayı hedeflediği bir ideal olarak anlaşılabilir.<sup>553</sup> Buna karşılık, ampirik demokrasi kapsamında, demokratik ülkeler birbirleri ile karşılaştırılmakta ve ortak özellikleri belirlenmektedir.<sup>554</sup> Ampirik demokrasi teorisine göre, bir devletin demokratik sayılabilmesi için “etkin siyasal makamlar seçimle iş başına gelmelidir”, “seçimler düzenli aralıklarla tekrarlanmalıdır”, “seçimler serbest olmalıdır”, “birden çok siyasal parti var olmalıdır”, “ muhalefetin iktidar olma şansı mevcut olmalıdır” ve “ temel kamu hakları tanınmış ve güvence altına alınmış olmalıdır” şeklinde minimum özelliklere sahip olması beklenmektedir.<sup>555</sup> 1982 Anayasası da ampirik demokrasinin bu şartlarını kapsayan anayasal hükümler içermektedir.

Bunların yanı sıra, hukuk devleti ilkesi, demokrasi ile çok anlamlı ve güçlü bir ilişki içerisindedir.<sup>556</sup> Hukuk devleti, devletin tüm eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı bulunduğu ve vatandaşların hukuki güvenlik içinde yaşadıkları ortamı ve yapıyı ifade etmektedir.<sup>557</sup> Temel olarak bir ülkenin hukuk devleti olarak tanımlanabilmesi için, o ülkede yasama, yürütme ve yargı organlarının hukuka bağlı olması zorunluluğu bulunmaktadır.<sup>558</sup> Anayasa Mahkemesi de, 12 Kasım 1991 tarihli kararında hukuk devletini “yönetilenlere en güçlü, en etkin ve en kapsamlı biçimde hukuksal güvencenin sağlanması, tüm devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması” şeklinde ifade etmiştir.<sup>559</sup>

<sup>552</sup> Ergun ÖZBUDUN 2017, age. s. 73.

<sup>553</sup> Kemal GÖZLER 2018, age. s.159.

<sup>554</sup> Ergun ÖZBUDUN 2017, age. s. 73.

<sup>555</sup> Kemal GÖZLER 2018, age. s.160-161.

<sup>556</sup> Andreas Von ARNAULD (2014), “Hukuk Devleti”, *İçinde Anayasa Teorisi (Verfassungstheorie)*, Çev. Arslan Topakkaya, Eds. Otto Depenheuer ve Cristoph Grabenwarter, Çev. ed. İlyas Doğan, s. 713-756, Lale Yayıncılık. s. 738.

<sup>557</sup> Ergun ÖZBUDUN 2018, age. s.124.

<sup>558</sup> Kemal GÖZLER 2018, age. s.214-215.

<sup>559</sup> Anayasa Mahkemesi, E.1991/7, K.1991/43, 12.11.1991 tarihli Karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 27, C. 2, s.652. Daha detaylı bir hukuk devleti tanımı için bkz: Anayasa Mahkemesi, E.2011/145, K.2013/70, 06.06.2013 tarihli Karar: “Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletili bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle, kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.”

Çağdaş demokrasilerde kabul edilen demokrasi<sup>560</sup> ve hukuk devletine<sup>561</sup> dönük ilkeler, uluslararası belgelerde sık bir şekilde kullanılmakta ve çalışmanın ikinci bölümünde ele alındığı şekilde, sınırötesi anayasalcılık kapsamında yerel hukuka yön vermekte ve etkisini göstermektedir. Türkiye’de de sınırötesi anayasalcılığın bu ilkelerin, çalışmanın kapsamı gereği, anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinde nasıl tezahür ettiğini incelemek amacıyla, 1961 ve 1982 Anayasaları dönemlerinde ayrı ayrı olacak şekilde değerlendirilmesi yapılacaktır.

### **3.5.2.1. 1961 Anayasa Döneminde Cumhuriyet Rejimi Bağlamında Değerlendirilmesi**

Çağdaş demokrasilerde anayasalcılığın temelinde, insan onurundan kaynaklanan eşitlik ve özgürlük yer almaktadır. Bilindiği üzere, anayasalcılık Montesquieu ve Locke ile başlayarak, siyasal düzenin esas gayesini bireylerin özgürlüklerini tesis etme ve teminat altına alınması olarak tayin etmiştir. Dolayısıyla temelde demokrasinin özünü özgürlük ve eşitlik oluşturmaktadır.<sup>562</sup> 1961 Anayasası da, “temel hakların özü” başlıklı 11. maddesinde “bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunulamayacağını” belirtmektedir. Bununla birlikte de “eşitlik” başlıklı 12. maddede “herkesin kanun önünde eşit” olduğunu ifade etmektedir.

1961 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesinin denetlediği anayasa değişikliklerinin ilkinde ilişkin verdiği 16 Haziran 1970 tarihli kararında; kendisini anayasa değişikliklerini hem şekil hem de esas bakımından incelemeye yetkili gördüğü hususu çalışmanın önceki bölümlerinde tartışılmıştır. Burada ise karar gerekçesinin önceden yürütülmüş tartışmalara tekrar girmeksizin, sınırötesi anayasalcılığın bileşenleri açısından değerlendirmeye alınmasında fayda bulunmaktadır. Öyle ki; Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası’nın milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen 68. maddesinin ikinci fıkrasında bulunan “*affa uğramış olsalar da*” ibaresinin maddenin metninden çıkarılması kapsamında yapılan değişikliğin şekil ve esas açısından Anayasaya aykırı olduğu iddiası ile yapılan

<sup>560</sup> J. BOHMAN (2007), “Institutional reform and democratic legitimacy: deliberative democracy and transnational constitutionalism”, *European Journal of Social Sciences*, Sayı 136, s. 95-110.

<sup>561</sup> M. L. DJELIC (2011), “From the rule of law to the law of rules: The dynamics of transnational governance and their local impact”. *International Studies of Management & Organization*, Cilt 41, Sayı 1, s. 35-61.

<sup>562</sup> Mehmet TURHAN (1991), “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 8, s. 411.

başvuru üzerine aldığı kararında, yapılan anayasa değişikliğini şekil bakımından anayasaya aykırı olarak tespit etmiş ve bu değişikliği iptal etmiştir<sup>563</sup>.

Mahkemenin bu kararına ilişkin gerekçesinde, 1961 Anayasası'nın 9. maddesi<sup>564</sup> ile devlet şeklinin cumhuriyet olduğuna ilişkin hükmün değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesinin teklif edilemeyeceği belirtilmiştir. Burada “*affa uğramış olsalar da*” ibaresinin maddenin metninden çıkarılması kapsamında yapılan değişikliğin cumhuriyet ile ilişkisinin kurulması noktası analizimiz açısından önem arz etmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, yapılan bu anayasa değişikliği, cumhuriyet kelimesi ile değil fakat cumhuriyet rejimi ile birlikte düşünülmesi gerekmektedir. Değişiklik, bu geniş perspektiften ele alındığında, Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasanın 2. maddesinde cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan “insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan”, “milli”, “demokratik”, “laik” ve “sosyal”, “hukuk devleti” özelliklerini değiştirmeye yönelik yorumlanmıştır. Sınırötesi anayasalcılık açısından değerlendirildiğinde ise, iptal edilen değişiklik, Anayasa Mahkemesi'nin insan hakları, demokrasi ve hukuk devletine ilişkin sınırötesi anayasalcılık normlarını dikkate almak suretiyle bunların zedelenmesini önlemeye ilişkin irade gösterdiği, bunu yaparken de değişmez madde olan cumhuriyet rejimi ve onun 1961 Anayasası'nın başlangıç bölümünün atıfta bulunduğu ilkeler ile bağdaştırdığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya aykırı bulduğu ilk anayasa değişikliğinde, demokratik hukuk devleti bakımından sınırötesi anayasalcılığın izleri görülmeye başlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde anayasa değişikliklerini şekil ve esas bakımından denetlemeye başlaması üzerine, 1971 yılında yasama organının yaptığı anayasa değişikliği ile Mahkeme'ye anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından denetleme hususunda yetki verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya aykırı bulduğu ikinci kararda<sup>565</sup> geliştirdiği içtihadın kapsamı Cumhuriyetin değişmezliği ilkesine dönük Anayasa'nın 9. maddesinin kapsamını anayasal rejimin temel kuralları çerçevesinde genişletmeyi içermektedir. Mahkeme içtihadında ilk kararında olduğu gibi Cumhuriyet'in değişmezliği ilkesi ile sadece kelime olarak “Cumhuriyet” değil fakat aynı zamanda, Anayasa'da nitelikleri sayılan

<sup>563</sup> AYMK. E.1970/1, K.1970/31, K.T.16.06.1970. AMKD, Sayı 8, s.323.

<sup>564</sup> MADDE 9. “Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.”: 1961 T.C. Anayasası.

<sup>565</sup> AYMK. E.1973/19, K.1975/87, K.T.15.04.1975.

çerçevede Cumhuriyet rejimini korumak olarak belirtilmiştir. Fakat Mahkeme ek olarak, anayasa değişiklik teklif yasağını sadece Cumhuriyet niteliklerine dayandırmakla sınırlı kalmayıp, bu niteliklerle ilgili olan Anayasa'nın diğer hükümlerini de değiştirme yasağı kapsamına almıştır.<sup>566</sup> Bu şekilde denetimin kapsamı genişletilerek, değiştirilemez maddelere ek olarak Anayasa'nın tümüyle ilgili değişikliklerin “değiştirilme yasağı” kapsamında ele alınması öngörmüştür. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı doktrinde yoğun eleştiriye uğramış, Özbudun tarafından sübjektif davranıldığı,<sup>567</sup> Turhan tarafından da halkın egemenlik alanını daraltması<sup>568</sup> bakımından eleştirilere uğramıştır.

Bu tartışmalara önceden değinildiği için biz burada, konuya sınırlı anayasalcılık açısından bakacak olursak, Türk Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği bu içtihat yargısal referans alma ve yargı diyalogu bağlamında, aynı dönemde Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin oluşturduğu doktrin<sup>569</sup> ile benzerlikler arz etmektedir. Bunun ötesinde ise, “cumhuriyet rejimini” korumak üzere, cumhuriyetin niteliklerine ve onun gönderme yaptığı Anayasa'nın başlangıç bölümünde anılan ilkeler sınırlı anayasalcılığın çağdaş demokrasilerdeki ilkelerini referans alma noktasında değer taşımaktadır. Çünkü burada sınırlı anayasalcılığın bir diğer uygulama alanı olan Anayasanın Başlangıç bölümü önem kazanmaktadır. Anayasal başlangıçlar, günümüzde artan sayıda ülkenin anayasalarında kullanılan ve uluslararası hukuk düzeninde neredeyse artık bir standart haline gelen uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. Önceden de belirttiğimiz gibi, küresel ölçekte anayasaların benzeşmesi kapsamında değerlendirilebilecek anayasal başlangıçlar, 18. ve 19. yüzyıllarda kabul edilen, 1787 Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, 1853 Arjantin Anayasası, 1867 Kanada Anayasası ve 1875 Tonga Anayasası'nda bulunmaktadır. Bunlara ek olarak ise, dünya genelinde 2000'den sonra kabul edilen 44 anayasadan yalnız 3 tanesinde başlangıç bölümü yer almamaktadır.<sup>570</sup> Bunlarla

<sup>566</sup> AYMK. E.1973/19, K.1975/87, K.T.15.04.1975.'de belirtildiği üzere: “Anayasanın değişik 147. maddesiyle “Anayasa değişikliklerinin 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.”

<sup>567</sup> Ergun ÖZBUDUN 2018, age. s.182.

<sup>568</sup> Mehmet TURHAN 2010, agm. s. 39.

<sup>569</sup> Kesavananda Bharati v. State of Kerela, AIR 1973 SC 1461

<sup>570</sup> L. KORKUT (2017), “Başlangıç kısımlarının hukuki etkisi, temel nitelikleri ve 1982 anayasası: Karşılaştırmalı bir analiz”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, s.45.

birlikte, uluslararası hukukta önem arz eden, çok taraflı andlaşmalarda da başlangıç veya önsöz bölümleri bir standart olarak kullanılmaktadır.<sup>571</sup> Bunlara örnek olarak BM Şartı,<sup>572</sup> AB Direktifleri,<sup>573</sup> ve BM İnsan Hakları Bildirgesi<sup>574</sup> gösterilebilir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi, 15 Nisan 1975 tarihinde verdiği kararında “ancak savaş halinde bu şart aranmaz” cümlesini anayasaya aykırı bulmuş ve söz konusu cumhuriyet rejiminin nitelikleri ve diğer ilkelerin sadece barış zamanı geçerli olamayacağını belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi,<sup>575</sup> 12 Ekim 1976 tarihli kararında, dava konusu kamulaştırma işleminin Anayasa Mahkemesi’ne göre mülkiyet hakkının özüne tesir eden bir işlem olması ve Anayasanın 38. maddesinin 2. ve 3. fıkraları taşınmazları kamulaştırılan malların gerçek bedelini ödemeyerek, kamulaştırma görmeyen kişilerden fazla oranda kamu hizmetlerini yerine getirmeye zorlanmakta ve dolayısıyla da bu durum Anayasanın 12. maddesindeki eşitlik ilkesine ters düşmesinden ve Anayasanın 11. maddesindeki temel haklara ilişkin hüküm çerçevesinde mülkiyet hakkının özüne dokunmasından ve özetle belirtilen aykırılıkların, Cumhuriyetin demokratik hukuk devleti ilkesine ters düşmesinden ötürü, anayasa değişikliğini iptal etmiştir. Bu iptalin sebebi de yine sınırötesi anayasalcılık standartları kapsamında değerlendirilen insan hakları ve eşitlik kapsamında, demokrasinin ve hukuk devletinin zedelenmesinin önüne geçmek olarak belirtilmiştir.

Bu kararların ardından 1961 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesi son olarak, 1977 yılında hem Anayasanın 137. maddesine hem de 144. maddesine eklenen Yüksek Hakimler Kuruluna ilişkin “Bu kurulun kararları kesin olup, bunlar aleyhine başka bir mercie başvurulamaz” hükmünü içeren iki anayasa değişikliğini, Anayasa’nın 31. maddesi kapsamında hak arama hürriyetine ve yargı yolunu belirten 114. maddesine aykırılık teşkil ettiği için yine Cumhuriyet rejiminin hukuk devleti ilkesi temelinde iptal etmiştir.<sup>576</sup>

<sup>571</sup> E. A. FARNSWORTH (2002), “The interpretation of international contracts and the use of preambles”, *Int'l Bus. LJ*, Sayı 3-4, s.271.

<sup>572</sup> Bkz: P. SAYRE (1948), “Shelley v. Kraemer and United Nations Law”, *Iowa L. Rev.*, Cilt 34, s. 1.

<sup>573</sup> Bkz: G. de NOVA (1995), “Italian contract law and the European Directive on unfair terms in consumer contracts”, *Eur. Rev. Private L.*, Cilt 3, s. 221.

<sup>574</sup> Bkz: J. Van AGGELEN (1999), “The Preamble of the United Nations Declaration of Human Rights”, *Denv. J. Int'l L. & Pol'y*, Cilt 28, s. 129.

<sup>575</sup> AYMK. E.1976/38, K.1976/46, K.T.12.10.1976.

<sup>576</sup> AYMK. E.1976/43, K.1977/4, K.T.27.01.1977.; AYMK. E.1977/82, K.1977/117, K.T.27.09.1977.

### 3.5.2.2. 1982 Anayasası Döneminde Cumhuriyet Rejimi Bağlamında Değerlendirilmesi

Çalışma kapsamında, önceden tartışıldığı üzere, 1982 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesi'ne anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğuna ilişkin sadece şekil denetimi yetkisi tanınmakla birlikte, bu şekil yetkisi dahilinde, teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşmeme yasağına uyulup uyulmadığı hususları bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi 2008 yılına kadar değerlendirdiği davalarda anayasa değişikliklerini şekil bakımından denetimini gerçekleştirmiştir.

2008 yılında TBMM'nin üniversitelerde başörtüsünü serbest kılmaya yönelik 1982 Anayasası'nın 10. ve 42. maddelerinde değişiklik yapan anayasa değişikliğine karşı açılan iptal davası sonucunda Anayasa Mahkemesi, Anayasa Değişikliği Kanunu'nu iptal etmiştir. Bu kararın gerekçesinde, Anayasa'nın 2. maddesine atıfta bulunarak,<sup>577</sup> söz konusu anayasa değişikliğinin Cumhuriyetin temel niteliklerini dolaylı bir şekilde değiştirdiğini ve bunun da Anayasa'nın 4. maddesinde belirtilen değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırılık sebebiyle teklif koşulunun sağlanmadığı belirtilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu tartışmalı kararının gerekçesinde de görüldüğü üzere, teklif edilen değişikliğin Cumhuriyet rejiminin niteliklerine ve özellikle de laikliğe aykırı olması şeklinde yorumlanmıştır. Şekil ya da esas açısından denetim yapması tartışmasına girmeksizin, konu sınırötesi anayasalcılığın demokratik hukuk devleti standardı açısından değerlendirildiğinde, aslına bakılırsa önceden yürütülen dışlayıcı laiklik tartışmaları kapsamında, Özbudun'un da altını çizdiği gibi,<sup>578</sup> demokrasinin temel ilkeleri ile ters düşen bir içtihat tesis edildiği görülmektedir. Fakat Mahkeme'nin kararında bulunan sınırötesi anayasalcılığın izleri açısından bakıldığında “*çağdaş demokrasilerin ortak değeri*”, “*aydınlanma koşullarının sağlandığı toplumlarda*”, “*çağdaş demokrasiler mutlak hakikat iddialarını reddeder*”<sup>579</sup> şeklindeki ifadelerinde Cumhuriyet rejimine ilişkin geliştirdiği anayasal doktrinin dünya genelinde çağdaş demokrasilerin ve uygar toplumların değerlerinden ve ilkelerinden etkilenildiği gözlemlenmektedir.

<sup>577</sup> 1982 Anayasası MADDE 2: ”Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

<sup>578</sup> Ergun ÖZBUDUN (2008), Türban Kararının Gerekçesi. *Liberal Düşünce Dergisi*, Sayı 52, s. 79.

<sup>579</sup> AYMK. E.2008/16, K.2008/116, K.T.05.06.2008., s.1235.



Bu karardan sonra 2010 yılında Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir kararda,<sup>580</sup> yine benzer şekilde anayasa değişikliğinin bu kez bazı hükümlerini iptal etmesi durumu ortaya çıkmıştır. Bu iptal kararı da incelendiğinde görülmektedir ki, iptal kararının gerekçesinde Anayasa Mahkemesi, kimi yerde

*“...komisyona ait karar yetkisinin, hukuka aykırı olarak Komisyon Başkanı tarafından kullanılmasının hukuk devleti ilkesine aykırılığı... ve 5982 sayılı Kanun'un bir anayasa değişikliği yaptığı için Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti niteliğini değiştirmesi sebebiyle, değişmezlik ilkesine ters düştüğü”<sup>581</sup>*

not düşülmektedir. Bu açıdan bakıldığında ilgili iptal kararında da hukuk devleti temelinde sınırötesi anayasalcılığın izleri görülmektedir. Öyle ki, sınırötesi anayasalcılığın dayandığı önemli bir temel olan hukuk devleti ilkesi, Türk Anayasa Mahkemesi tarafından 2010 yılında verilen kararda işlenmektedir. Bu yönüyle, yukarıda anılan ifadelerden de anlaşılacağı üzere, iptal kararının gerekçesi olarak, karar alma yetkisinin ‘komisyon başkanı’ tarafından kullanılmasının, Anayasamızın 2. maddesinde işaret edilen ‘hukuk devleti’ niteliğine ters düşmesi evrensel düzeyde kabul edilen hukuk devleti ilkesinin bir ihlali şeklinde sınırötesi anayasalcılık kapsamına dahil olmaktadır.

### **3.5.3. Sınırötesi Anayasalcılığın İnsan Hakları İlkeleri Açısından Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi**

Demokrasi ve hukuk devletinin birbirlerini tamamladıkları ve çağdaş demokrasilerde her ikisinin de vazgeçilmez unsur olarak kabul edildiği doktrinde, bireyin hak ve özgürlüklerinin devlet iktidarı karşısında teminat altına alınması gerekmektedir.<sup>582</sup> Bu kapsamda Türkiye Cumhuriyeti'nde de insan hakları Anayasa ile güvence altına alınmış durumdadır. Özellikle, 1961 Anayasası'nda Cumhuriyet'in nitelikleri arasında gösterilen “insan haklarına dayanan devlet” anlayışı, 1982 Anayasası'nda “insan haklarına saygılı devlet” olarak yerini almıştır. Her iki ifade farkı arasında literatürde bir yorum farkı oluşmuştur. Öyle ki; Sosyal, insan haklarına saygılı devletin, insan haklarını devlet anlayışının temelinde koyma gibi bir durumu söz konusu olmadığını ve o yüzden, insan haklarına dayanan devlette insan

<sup>580</sup> AYMK. E.2010/49, K.2010/87, K.T.07.07.2010.

<sup>581</sup> AYMK. E.2010/49, K.2010/87, K.T.07.07.2010.

<sup>582</sup> Yusuf Şevki HAKYEMEZ 2009, age. s .189.

haklarının daha sağlam güvencesi bulunmakta olduğunu belirtmiştir.<sup>583</sup> Buna karşın Özbudun<sup>584</sup> ve Gözler<sup>585</sup> her iki anlayış arasında yaklaşım farkının olmadığını ifade etmektedir.

1961 ve 1982 Anayasalarında, insan hakları, temel hak ve hürriyetler terminolojisi ile Georg Jellinek'in üçlü sınıflandırması şeklinde “negatif statü hakları”, “pozitif statü hakları” ve “aktif statü hakları” şeklinde düzenlenmektedir.<sup>586</sup> Anayasada, temel hak ve hürriyetler ise, “kişinin hakları ve ödevleri”, “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” ve “siyasi haklar ve ödevler” olarak ayrılmaktadır.

Sınırötesi anayasalcılık açısından oldukça önem arz eden insan hakları, 1961 ve 1982 Anayasa döneminde, Anayasa Mahkemesi'nin şekil ve esas denetimi tartışmalarına girmeksizin, sadece anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine nasıl konu olduğuna ilişkin inceleme ve değerlendirmesi yapılacaktır.

### **3.5.3.1. 1961 Anayasası Döneminde Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi Bağlamında Değerlendirilmesi**

1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi, insan haklarına dayanan hukuk devleti açısından, insan onuru kavramına önem vermiştir. Bu kapsamda kanunların anayasaya uygunluğu kapsamında tesis ettiği çeşitli içtihatlarında, Anayasa'nın 2. maddesi kapsamında insan hakları kavramını üstün kural kapsamında da değerlendirmeye gitmiştir.<sup>587</sup> Bununla birlikte, anayasa değişiklikleri açısından değerlendirmek gerekirse; 1961 Anayasası'nın “Cumhuriyetin Temel Kuruluşu” Kısmında, “Yasama” bölümünde milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen 68. maddesinin ikinci fıkrasında bulunan “affa uğramış olsalar da” ibaresinin maddenin metninden çıkarılması kapsamında 06 Kasım 1969 tarih ve 1188 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin şekil ve esas açısından Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile yapılan başvuru üzerine aldığı kararında, yapılan anayasa değişikliğini şekil bakımından Anayasa'ya aykırı olarak tespit etmiş ve bu değişikliği iptal etmiştir.<sup>588</sup> Fakat 16 Nisan 1974 ve 1801 sayılı Kanunla bu iptal edilen değişiklik eski haline

<sup>583</sup> Mümtaz SOYSAL (1987), *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, İstanbul, s.127.

<sup>584</sup> Ergun ÖZBUDUN 2018, age. s.107-108.

<sup>585</sup> Kemal GÖZLER 2018, age. s.148.

<sup>586</sup> Georg JELLINEK (1913), *L'état modern et son droit*, Paris, M. Giard & E. Brière, C. 2. s.51-57.'den aktaran Kemal GÖZLER 2018, age. s. 278.

<sup>587</sup> Örneğin Esas 1963/7, Karar 1965/65,: Zafer GÖREN (1995), *Temel Hak Genel Teorisi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi D.S.İ. Yayınları, No.57. s.21.

<sup>588</sup> AYMK. E.1970/1, K.1970/31, K.T.16.06.1970. AMKD, Sayı 8, s.323.

getirilmiştir.<sup>589</sup> Mahkeme'nin 1970 yılında anayasa değişikliğini iptal kararının sınırötesi anayasalcılığın insan hakları standartları açısından değerlendirmesi yapılacak olursa, kararda bu şekilde geçmemesine rağmen yaygın etkisine bakıldığında, insan haklarının alt bileşenlerinden olan bireylerin siyasi hakları içerisinde yer alan seçme ve seçilme hakkı üzerinde olumlu etkisi sayılabilmektedir. Çünkü 1961 Anayasası'nın 55. maddesinde<sup>590</sup> verilen seçme ve seçilme hakkının kapsamı, 68. maddede anılan suçlardan birisiyle kesin hüküm giyilemeyeceğini hüküm altına alırken, bunlardan affa uğramış olanların da seçilme hakkını vermekteydi. Fakat sonradan yapılan anayasa değişikliği ile mevcut durum eskisine döndürülmüş ve seçilme hakkına tekrar sınır getirilmiştir.

Ayrıca, Anayasa Mahkemesi, 1975 yılında verdiği kararda, “Ancak savaş halinde bu şart aranmaz” hükmüne dair anayasa değişikliğini iptal ederken, “...mahkemelerin bağımsızlığını ve hakimlik teminatı ilkelerinin kaynağının Cumhuriyetin Anayasa'da gösterilen insan haklarına...” ve diğer ilkelere dayalı hukuk devleti olması gerekliliğini ve bu ilkelerin de sadece barış zamanında var olmadığını belirtmektedir.<sup>591</sup> Bu iptal gerekçesinden anlaşıldığı üzere, Cumhuriyetin dayandığı insan hakları savaşta ve barışta teminat altındadır. Bu doktrin, sınırötesi anayasalcılık açısından, Anayasa Mahkemesi'nin insan haklarına ve cumhuriyetin niteliklerine ne denli bağlı olduğunu göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 1976 yılında iptal ettiği anayasa değişikliğinde, kamulaştırma yoluyla özel mülkiyetteki bir taşınmazın, mülkiyet hakkının özüne dokunmasını gerekçe göstermiştir.<sup>592</sup> Burada Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası'nda temel haklar ve ödevler içinde bulunan genel hükümlere dair 11.maddesindeki<sup>593</sup> temel hakların özünü koruması, insan hakları teminatı açısından olumlu değerlendirilmektedir.

1961 Anayasası döneminde son olarak Anayasa Mahkemesi, 1977 yılında Yüksek Hakimler Kurulu kararları aleyhine başka mercilere başvurulamayacağına

---

<sup>589</sup> Ö. TİKVEŞ (1977), “Anayasada Onbeş Yıllık Dönemde (1961—1976) Yapılan Değişiklikler ve Ekler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 34, Sayı 1, s. 22.

<sup>590</sup> 1961 Anayasası Madde 55: “*Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme ve seçilme hakkına sahiptir. Seçimler, serbest, eşit, gizli, tek dereceli genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre yapılır.*”

<sup>591</sup> AYMK. E.1973/19, K.1975/87, K.T.15.04.1975.

<sup>592</sup> AYMK. E.1976/38, K.1976/46, K.T.12.10.1976.

<sup>593</sup> 1961 Anayasası MADDE 11: “*Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.*”

dair hükmü iptal ettiği anayasa değişikliğinde, Anayasanın 31. maddesi kapsamında hak arama hürriyetine, 114. maddesi kapsamında yargı yolunun açık olmasına aykırılık teşkil etmesini gerekçe göstermiştir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin de kabul ettiği gibi, bu koşulların varlığı, çağdaş demokrasilerde kabul edilen eşitlik ilkesi, hukuk devleti ilkesi, demokrasi ve insan hakları gibi referanslara aykırılık teşkil etmektedir.

### **3.5.3.2. 1982 Anayasa Döneminde Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi Bağlamında Değerlendirilmesi**

Bu anayasa döneminde, insan haklarına ilişkin ilk gönderme, 1982 Anayasası'nda Cumhuriyetin niteliklerinin belirtildiği 2. maddede “insan haklarına saygılı ” ibaresi ile başlamaktadır. Bu kapsamda Cumhuriyet rejiminin bireylerin temel hak ve hürriyetlerini teminat altına alacağı anlaşılmaktadır. Bu yaklaşımın temeli önceden de belirttiğimiz şekilde, çok daha öncelere dayanmakla birlikte, insan haklarının gittikçe daha fazla önem kazanmaya başladığı yirminci yüzyılda çağdaş demokrasilerin ve uluslararası belgelerin insan haklarını ön planda tuttuğu bağlamdan kaynaklanmaktadır. Bu noktada, sınırötesi anayasalcılık açısından Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin de çağdaş demokrasiler ve taraf olduğu uluslararası anlaşmalar kapsamında uygar toplumlarla paralel bir yaklaşım sergilediği görülmektedir. Bu çerçevede, 2004 yılında yapılan bir değişiklikle, milletlerarası anlaşmalara temel hak ve özgürlükler kapsamında üstünlük atfetmiştir.<sup>594</sup>

#### **3.5.3.2.1. Uluslararası Belgeler Kapsamında Değerlendirilmesi**

İnsan haklarının uluslararası hukuk bağlamında değerlendirmesi önceki bölümde detaylı bir şekilde yapıldığı için, burada 1982 Anayasası'nın sınırötesi anayasalcılık kapsamında küresel ve bölgesel düzeyde uluslararası yapılardan nasıl etkilendiğine kısaca değinilecektir. Türkiye Cumhuriyeti'nin iç hukuku, küresel düzeyde insan haklarına ilişkin en önemli kuruluş olan Birleşmiş Milletler'in insan haklarına ilişkin düzenlemelerinden ve onların BM Şartı'nda, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde, BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde yer alan

---

<sup>594</sup> 1982 Anayasası Madde 90 Ek Cümle: 7/5/2004-5170/7 md.: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır.”

hükümlerinden etkilenmektedir. Bölgesel düzeyde ise, tarafı olduğu AİHS'nden gerek gördüğü durumlarda yararlanmaktadır.

Uluslararası Belgeler ile 1982 Anayasası arasında sınırötesi anayasalcılığın insan hakları boyutu kapsamında değinilecek örneklerden birisi olarak karşımıza BM Şartı'nın yirminci yüzyılda yaşanan savaşların ardından insan haklarının hakettiği değere kavuşması için yaptığı düzenlemeler ve bununla birlikte, insanın değerine ve insan onuruna verdiği önemi<sup>595</sup> ve bu kapsamda 1982 Anayasası'nda 2. maddede Cumhuriyetin nitelikleri arasında “insan haklarına saygılı” ifadesine yer vermesi ve ayrıca Başlangıç bölümünde de “onurlu bir hayat sürdürme” ifadesine yer vermesi gösterilebilir.

Benzer şekilde, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi şemsiyesi altında, uluslararası birçok sözleşme imzalanmış ve buna taraf olan devletlerin temel hak ve özgürlüklere saygı göstermesi şartı konulmuştur.<sup>596</sup> Bu kapsamda yaptığı anayasal düzenlemeler ile Türkiye Cumhuriyeti de, insan haklarına saygı duyma ve gösterme taahhütünü yerine getirmeye çalışmaktadır. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi de, kanun değişikliklerinin anayasaya uygunluğu kapsamında verdiği kimi kararlarında, insan hakları yaklaşımının sınırötesi anayasalcılık kapsamında “diğer tüm uygar ülkeler tarafından benimsenen ilkeler” ile de uyumlu olması gerekliliğini ifade etmiştir.<sup>597</sup>

Sınırötesi anayasalcılık kapsamında insan hakları bağlamında değerlendirilebilecek bir diğer küresel ölçekli Sözleşme ise “Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (*The International Covenant on Civil and Political Rights*) olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>598</sup> Bu sözleşmenin de başlangıç bölümünde, insan haklarına saygının evrensel düzeyde hakettiği yere gelmesi ve sözleşmeye taraf devletlerin temel hak ve özgürlükleri gözetmesi yükümlülüğünün altı çizilmiştir.<sup>599</sup>

<sup>595</sup> W. J. WAGNER (2005), “Universal Human Rights, the United Nations, and the Telos of Human Dignity”, *Ave Maria L. Rev.*, Cilt 3, s. 197. Ayrıca detaylı bilgi için bakınız: M. NOVAK (1999), “Human dignity, human rights”, *First Things: a Monthly Journal of Religion and Public Life*, Cilt 97, s. 39.

<sup>596</sup> M. G. NAYAR (1978), “Human Rights: The United Nations and United States Foreign Policy: Introduction”, *Harv. Int'l. LJ*, Cilt 19, s. 813.

<sup>597</sup> “Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir.”: AYMK, E.1985/31, K.1986/11, K.T. 27.03.1986, AMKD, S.22, s.119.

<sup>598</sup> Murat YANIK (2008), “1982 Anayasası'nın İnsan Hakları Anlayışının Uluslararası Belgeler ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 1, s.1139.

<sup>599</sup> C. TOMUSCHAT (2008), “International covenant on civil and political rights”, *United Nations Audiovisual Library of International Law, United Nations*, s.1. [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/iccpr/iccpr\\_e.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/iccpr/iccpr_e.pdf) Erişim Tarihi: 10.10.2021 Ayrıca Bkz: L. C. KEITH

1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerin altyapısında bu Sözleşme'nin de normatif izleri görülebilmektedir.

Son olarak, Türkiye'nin de taraf olduğu AİHS, üye devletler ile sınırötesi anayasalcılık kapsamında etkileşimde bulunan bir diğer uluslararası belge olarak kabul edilebilir. Bu Sözleşme'nin başlangıç kısmında, doğrudan BM İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'ne gönderme yapılarak, temel hak ve özgürlüklerin korunmasının ve bunların da adaletin temeli olduğu hususlarına yer vermiştir. Her ne kadar Avusturya, İngiltere, Belçika, Almanya ve Hollanda kadar iç hukukunda değişiklik yapmamış olsa da Türkiye<sup>600</sup>, insan hakları bakımından bu Sözleşme'yi de referans noktasında dikkate almak zorundadır. Çünkü 1982 Anayasası'nın Başlangıç bölümünde de vurgulandığı gibi “çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi” kapsamında temel hak ve hürriyetleri teminat altına almaya ilişkin çalışma kapsamında önceden tartışılan hükümlere yer vermiştir. Ayrıca, belirtmek gerekir ki, Cumhuriyet'in niteliklerinde geçen “insan haklarına saygılı” ibaresi ile AİHS'nin 1. maddesinin “*insan haklarına saygı yükümlülüğü*” başlığı da benzerlik arz etmektedir.

### **3.5.3.2.2. Anayasa Mahkemesinin Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliğine İlişkin Kararları Kapsamında Değerlendirilmesi**

Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya aykırı bulduğu kararlara değinmeden önce, insan hakları ve anayasa yargısı konusunda bazı düşünürlerin yaklaşımları kısaca değerlendirilebilir. Öyle ki, önceden değinildiği üzere, Hirschl'e göre anayasalarda insan haklarına yer verilmesi ile, siyasal seçkinler kendi değer ve çıkarlarını teminat altına alma amacı gütmektedirler.<sup>601</sup> Dworkin'e göre ise, bireylerin temel hak ve hürriyetlerini elde etmede ve eşit düzeyde saygı duymalarına hizmet ettikçe anayasa yargısı meşruiyet kazanmaktadır. Fakat yine de Kelsen bu duruma mesafeli durmakta ve negatif yasa koyuculuğun dezavantajlarını savunmaktadır.<sup>602</sup>

1982 Anayasası'nın dayandığı temel değerlerin sınırötesi anayasalcılık kapsamında ele alınmasında görülmektedir ki, çağdaş medeniyet düzeyine ulaşmış

---

(1999), “The United Nations International Covenant on Civil and Political Rights: Does it make a difference in human rights behavior?”, *Journal of Peace Research*, Cilt 36, Sayı 1, s. 95-118.

<sup>600</sup> Murat YANIK 2008, agm. s. 1145.

<sup>601</sup> R. HIRSCHL (2009), *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard University Press, s.2.

<sup>602</sup> Hasan Tahsin FENDOĞLU (2021a), *Darbeler ve Anayasalar*, Yetkin Yayınları, Ankara., s. 141.

demokrasilerin insan onuru üzerine bina edilmiş özgürlük ve eşitlik anlayışları bulunmaktadır.<sup>603</sup> Üstelik, demokratik bir toplum düzeninin özgürlük ve eşitlik ilkelerine ihtiyaç duyduğu da bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>604</sup> Çağdaş demokrasilerde haklar, birey ile devlet arasındaki ilişkiler olup, esasen birey devlete karşı korunur.<sup>605</sup> 1982 Anayasası'nın insan hakları hususlarında çağdaş demokrasilerin gereklerinden sınırötesi anayasalcılık kapsamında etkilendiği noktaların dışında, genel anlamı ile arzu edilen düzeyde temel hak ve hürriyetlere imkan tanıdığı görüşüne karşı çıkan fikirler de yer almaktadır. Fendoğlu'na göre ise, 1982 Anayasası, batıdaki anayasal gelişmeleri yeteri düzeyde karşılayamayan ve dolayısıyla da bireyi devlete karşı arzu edilen düzeyde koruyamayan bir yapıdadır.<sup>606</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin 1982'den bu yana oluşturduğu doktrinden 2008 yılında farklılaşarak, tekrar 1970'li yıllarda oluşturduğu doktrine dönmesi durumu ortaya çıkmıştır.<sup>607</sup> 05 Haziran 2008 tarihinde iptal ettiği, üniversitelerde başörtüsü ile eğitim almaya yönelik anayasa değişikliğinin<sup>608</sup> gerekçesi önceden tartışılmakla beraber, bu bölümde ilgili karar, sınırötesi anayasalcılık bağlamında insan hakları açısından değerlendirilebilir. Anayasa Mahkemesi ilgili değişikliği üniversitelerde başörtüsü serbestliğine yönelik olduğu için, Anayasanın değişmez maddesi arasında yer alan 2. maddesindeki laiklik ilkesine ters düşmesi bakımından iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi verdiği kararında, bu anayasa değişikliğinin Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerini değiştirmesi bakımından Anayasanın 4. maddesinde yer alan değiştirme ve değişikliği teklif etme yasağına aykırı bulmuş ve bundan dolayı da, Anayasanın 148. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen teklif koşulunu sağlamadığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi bu karardan önce de başörtüsüne ilişkin kanunların denetiminde benzer içtihatlar oluşturmak suretiyle, başörtüsünü kılık kıyafet serbestisinden ziyade laikliğe aykırı bir unsur olarak görmüştür.<sup>609</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 2008 yılında iptal ettiği

<sup>603</sup> Mehmet TURHAN 1991, agm. s. 411.

<sup>604</sup> Hasan Tahsin FENDOĞLU (2020), *Constitution and Human Rights (Articles, Speeches, Critiques and Appendices)*, Yetkin Yayınları: Ankara, s. 40.

<sup>605</sup> Hasan Tahsin FENDOĞLU (2021b), *Türk Anayasa Hukuku Tarihi*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 287.

<sup>606</sup> Hasan Tahsin FENDOĞLU (2002), "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. Md 13", *Anayasa Yargısı*, Cilt 18, Sayı 1, s. 112.

<sup>607</sup> Ergun ÖZBUDUN (2009), "Judicial review of constitutional amendments in Turkey", *European. Public Law*, Cilt 15, Sayı 4, s. 537.

<sup>608</sup> AYMK. E.2008/16, K.2008/116, K.T.05.06.2008.

<sup>609</sup> Bu kararların sıralı listesi için bkz: Hasan Tahsin FENDOĞLU 2021a, age. s. 157-158.

anayasa değişikliği ile işaret ettiği Anayasa'nın ilk üç maddesinin değiştirilememesi denetimi bakımından demokrasiyi zedeleyici içtihatı, Venedik Komisyonu'nun 2009 yılında bir raporunda da kendisine yer edinmiştir.<sup>610</sup> Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği bu anayasa değişikliğinde, başörtüsünü “dinsel bir simge” olarak görmüş ve “herkesin eşit şekilde eğitim hakkından yararlanmasını engelleyici” bir unsur olarak kabul etmiştir. Aslında Anayasa Mahkemesi bu kararıyla, özgürlükçü olmayan ve temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı bir yaklaşım sergilemiştir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin laiklik üzerinden yaptığı vurguda, kendi yorumuyla yerel dinamikleri, sınırötesi anayasalcılık standartlarına tercih ederek tartışmalı bir karara vardığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Son olarak, 2010 yılında Anayasa'nın bazı maddelerinde değişiklik yapılmasına ilişkin kabul edilen anayasa değişikliği kanunu, açılan iptal davası sonucunda bazı maddeleri Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.<sup>611</sup> Bu iptal kararında insan haklarına referans gösterilmese de sınırötesi anayasalcılığın kimi izlerine rastlanmıştır. Öyle ki, Anayasa Mahkemesi'nin bu denetiminde önemli fikir ayrılıkları yaşanmış ve içlerinden bir karşı oyda sınırötesi anayasalcılığın etkileri görülmüştür. Yine de burada özel bir ayırım yapmakta fayda bulunmaktadır ki, bu karşı oy yazısında doğrudan Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin bir içtihadına değil fakat bir yargıcın görüşüne yer verilmiştir.<sup>612</sup> Buna göre, karşı oyda yapılan esas denetiminin hukuki meşruiyeti zedelediği ifade edildikten sonra “...*ABD Yüksek Mahkemesi'nin sahip olduğu müthiş yetkinin azami ihtiyatla kullanılması gerektiği şeklindeki görüşü bize ışık tutmalıdır*”<sup>613</sup> şeklinde bir anlatım kullanılmıştır.

Özetle, Anayasa mahkemelerinin meşruluğu insan haklarına gösterdiği saygı ve atfettiği değer ile ölçülebilmektedir. Bu kapsamda, anayasa yargısının meşruluğunu güçlendirmek için, üyeler yargısal aktivizmi yargıçlar hükümeti

---

<sup>610</sup> “*Anayasanın ilk üç maddesinin Anayasa tarafından korunması, Türkiye Cumhuriyetinin kökeninde ortaya konmuş ilkeleri, barışçı ve demokratik biçimde de olsa sorgulayan siyasal programların ortaya çıkmasını önlemek suretiyle, demokratik siyaset alanını daha da daraltmaktadır.*”: Venedik Komisyonu, “Opinion on the Constitutional and Legal Provisions Relevant to the Prohibition of Political Parties in Turkey”, 13-14 Mart 2009, CDL-AD (2009), 006, paragraf 108'den Aktaran: Ergun ÖZBUDUN (2013), *Türk Anayasa Mahkemesi ve Siyasal Kriz, Türkiye'de Demokrasi, İslam ve Laiklik*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s.172.

<sup>611</sup> AYMK. E.2010/49, K.2010/87, K.T.07.07.2010.

<sup>612</sup> Ali Ersoy KONTACI 2021, age. s.256.

<sup>613</sup> AYMK. E.2010/49, K.2010/87, K.T.07.07.2010. Karşı oy, s.72



boyutuna taşımamalı, anayasaya uygun yorum getirmeli, hak temelli yorum sistemini kabul etmeli<sup>614</sup> ve çağdaş demokratik uygulamaları takip etmelidir.

### 3.6. GENEL DEĞERLENDİRME

Çalışmanın son bölümünde, Türkiye'deki anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri incelenmiş ve sınırötesi anayasalcılık açısından da değerlendirilmiştir. Bu kapsamda, öncelikle, 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası dönemi olmak üzere, iki ayrı dönemde Türkiye'deki anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi araştırılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tutumu ve bu kapsamda oluşturduğu doktrinin değerlendirilmesinin ardından da Anayasa Mahkemesi'nin 1961 ve 1982 Anayasası döneminde iptal kararı verdiği anayasa değişikliklerinin sınırötesi anayasalcılık açısından değerlendirilmesi yapılmıştır.

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası'nın ilk halinde kendisine sadece kanunların ve TBMM iç tüzüklerinin anayasaya uygunluğunu denetleyebileceğine ilişkin yetki verilmesine rağmen, anayasa değişikliklerini de bir kanun olarak kabul ederek, onları da denetleme yoluna gitmiştir. 1971 yılında yapılan Anayasa değişikliklerinden önceki dönemde verdiği kararda Anayasa Mahkemesi hem şekil hem de esas yönünden denetim yapmış ve esas bakımından denetimde Cumhuriyetin niteliklerine aykırılık tespit ederek iptal kararına varmıştır. Bu şekilde yapılan anayasa değişikliği denetiminin üzerine, 1971 yılında yapılan değişiklik ile, Anayasa Mahkemesi'ne sadece anayasa değişikliklerinin şekil denetimi yetkisi verilmiştir. Fakat bunun üzerine Anayasa Mahkemesi, şekil denetimi adı altında esas denetimi yapmaya başlamıştır. Bu esas denetiminin dayanağı da her seferinde değiştirme yasağı olmuştur.

1982 Anayasası ile, hem değiştirme yasağının kapsamı genişletilmiş hem de, Anayasa Mahkemesi'nin şekil denetimi altında esas denetimi yapmasını engellemek adına, bu kez sadece şekil denetimi yetkisi verildiği gibi, bu denetimin kapsamı daraltılmıştır. 1982 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesi 2008 yılına kadar yetkisini sadece şekil bakımından denetim ile sınırlı tutmak koşulu ile denetimlerini yapmış ve esas bakımından denetime dair başvuruları da reddetmiştir. Fakat 2008 ve 2010 yıllarında, anayasa değişikliklerini Cumhuriyet'in niteliklerini değiştirmesi yönünden değiştirme yasağı kapsamında esas denetimi yapmak suretiyle

<sup>614</sup> Hasan Tahsin FENDOĞLU 2021a, age. s. 142.

reddetmiştir. 2008 yılında verdiği kararla üniversitelerde başörtüsü ile eğitime katılmayı serbest kılan anayasa değişikliğini iptal etmiştir. Temel hak ve özgürlüklere sınırlama getirmesi, demokrasiyi zedelemesi gibi yönlerden doktrinde eleştiriye uğramıştır. 2010 yılından bu yana da esas denetimine girecek şekilde bir iptal kararı vermemiştir.

Yargısal aktivizm tartışmaları açısından 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde verdiği iptal kararlarından ötürü, sıkça eleştiriye uğrayan Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tutumunun düzeyinin düşürülmesine duyulan ihtiyaç ortadadır. Verdiği kararla yargıçlar hükümetine yönelik tutum ve davranışlar sergilemesinin demokratik devlet ilkesine ters düştüğü de bir gerçektir. Ne var ki, yargısal aktivist tutumu insan haklarını destekler ve demokrasiyi güçlendirir nitelikte olsa, doktrinde bu kadar eleştiriye uğramak yerine övgüler alabilirdi. 2008 anayasa değişikliği iptali kararında, o zamana kadar geliştirdiği laiklik doktrinini anayasa değişikliği iptali seviyesine çıkararak, dışlayıcı laiklik yaklaşımını azami ölçüde gerçekleştirmiş bulunmaktadır.

Çalışmanın bu bölümü kapsamında, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararlarında sınırötesi anayasalcılığın izleri ve etkileri de araştırılmıştır. Genel itibari ile şekil ve esas bakımından denetim tartışmalarına tekrar girmeksizin incelendiğinde, Anayasa Mahkemesi 1961 ve 1982 Anayasası döneminde verdiği iptal kararlarında, Cumhuriyetin niteliklerinden insan hakları, demokrasi, hukuk devleti gibi sınırötesi anayasalcılık normlarına gönderme yapmış ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde bulunan ilkeleri de dikkate almıştır.

BM Şartı, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve AIHS gibi uluslararası belgelerde geçtiği gibi, insan haklarına saygılılık prensibini benimsemiş, insan onurunu temel almış ve uluslararası bağlayıcılığı olan sözleşmeler kapsamında da temel hak ve hürriyetlere ilişkin düzenlemelere yer vermeye çalışmıştır. Bunlara ek olarak, sınırötesi anayasalcılık kapsamında değerlendirebilecek şekilde, kararlarında uygar toplumları ve çağdaş demokrasileri referans göstermek suretiyle, dünya genelinde diğer ülkelerin de benimsedikleri üstün değerlere göndermeler yapmıştır.

## SONUÇ

Çalışmanın kapsamı çerçevesinde, anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin doktrinde detaylı bir şekilde ele alınarak, hem Türkiye’de hem de dünya genelinde farklı ülkelerde anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin geniş bir perspektif sunulmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda anayasa yargısı literatüründe kendisine geniş yer bulan anayasa değişikliklerinin denetiminde karşılaşılan sorunlara bu tez ile farklı bir perspektif kullanmak suretiyle inceleme yapılmaya çalışılmıştır. Çalışmanın ana amacı olan anayasa değişikliklerinin denetiminde yaşanan sorunlara, sınırötesi anayasalcılık ve onun bileşenlerini kullanılmak suretiyle yeni bir anlayış sunabilmek için neler yapılabileceği ortaya konulmuştur. Bu amaca yönelik kavramsal altyapı oluşturulduktan sonra ise, Türk Anayasa Yargısı özelinde, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğu denetimi ve bu denetimde sınırötesi anayasalcılığın izleri araştırılıp, değerlendirilmiştir.

Esasen bireylerin temel hak ve hürriyetleri anayasa ile güvence altına alınmaktadır. Ancak, yine de bu hak ve özgürlüklere ilişkin kanunları çıkaran ve anayasa değişikliklerini teklif eden parlamento çoğunluğu karşısında, bunların anayasaya uygunluğunu denetlemek suretiyle uygun olup olmadığını ortaya koyan Anayasa Mahkemeleri, temelde yasama sürecine de denetleme aşamasından katılmaktadırlar. Dünya genelinde çağdaş demokrasilere bakıldığında çıkarılan kanunların ve yapılan anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun denetlenmekte olduğu gözlemlenmektedir. Dolayısıyla bu şekilde yapılan bir denetim, temel hak ve hürriyetleri koruma ve geliştirme amacıyla, anayasa yargısı demokrasinin de gelişimine katkıda bulunma idealini taşımaktadır.

Çalışma kapsamında yürütülen tartışmada da görüldüğü üzere, geçmişte ve günümüzde, anayasa yargısında karşılaşılan en önemli sorunlardan birisi, yapılan denetimin sınırlarına yönelik mahkemelerin geliştirdiği tutum olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsan haklarının ve dolayısıyla demokrasinin temelini tesis etme noktasında hayati öneme sahip olan anayasa yargısı kapsamında, mahkemelerin şekil denetimi sınırlarını aşarak, esas denetimine girdikleri kararlarında, tali kurucu

iktidarın takdirine müdahale etme riski ile karşı karşıya kalındığı lehine görüşlerin sayısı oldukça fazladır.

Tali kurucu iktidara karşı bireylerin savunulması ihtiyacı durumu ortaya çıktığı takdirde, bireylerin temel hak ve hürriyetlerini teminat altına almakla yükümlü Anayasa ve onun da koruyucusu konumunda olan Anayasa Mahkemelerinin pasif kalmamaları anlaşılabilir niteliktedir. Fakat, kendilerine Anayasa'nın vermiş olduğu yetkiyi doğrudan ya da sıklıkla dolaylı yoldan aşmaları halinde, siyasi iradeyi zedelemeye ve bu hali ile halk egemenliğini ve demokrasiyi zayıflatmaya sebebiyet verileceği de kuşkusuzdur. Tam da bu konuları içerecek şekilde çalışmada yürütülen tartışma ve değerlendirme kapsamında Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tutumu değerlendirilmiştir.

Bu noktada önerimiz olarak, tartışılması tezin de amaçları arasında yer alan sınırötesi anayasalcılık gündeme gelebilir. Öyle ki, Anayasa Mahkemeleri anayasaların koruyucuları olmakla beraber, sınırötesi anayasalcılık doktrini bu kapsamda ikinci bir koruma zırhı olarak nitelendirilebilir. Anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinde, sınırötesi anayasalcılığın demokrasiyi güçlendiren, mevcut anayasal düzeni zedeleyen eylemleri engelleyen, insan haklarını koruyan bir zırh işlevi görmek kaydıyla kullanılması günümüz dünyasında gerekli ve anayasalcılık açısından olumlu sonuç doğurucu etkilere sahip olabilecek niteliktedir. Ancak bu kurum, Anayasa Mahkemelerinin yetkilerinin çok üzerinde, sanki bir yasama organı gibi davrandığı yargıçlar hükümetine yol açmayacak biçimde kullanılmalıdır. Aksi takdirde Anayasa'yı koruyan Anayasa Mahkemesi anayasaya daha çok zarar veren bir kurum haline dönüşebilir. Bu sebeple, anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin denetiminde ne pasifize olmuş bir Anayasa Mahkemesi ne de gerekli olmayan aktivist bir Anayasa Mahkemesi olmalıdır. Önerimiz kapsamında değerlendirilebilir ki; Anayasa Mahkemesi sınırları çizilen bu çerçevede tam da orta noktada konumlanmalıdır.

Türkiye'de, Anayasa Mahkemesi'nin denetlediği anayasa değişikliklerine ilişkin literatürde yürütülen tartışmaların genel boyutu, Mahkeme'nin verdiği kararları çerçevesinde anlaşıldığı üzere ya 1961 Anayasası döneminde 1971 yılı değişikliklerinden önce olduğu gibi kendisinin esas bakımından denetimini yapmaya yetkili görmesi, ya da aynı Anayasa döneminde 1971 değişiklikleri sonrasında şekil denetimi adı altında esas denetimi yapmaya devam etmesi ile 1982 Anayasası

döneminde Anayasa ile kendisine şekil denetimi yetkisi verilmesi ve bu şekil denetiminin de sınırlandırmasına rağmen yine bazı kararlarında şekil denetimi bakımından esas denetimine girmekten kendini alıkoyamadığı hususlarını kapsamaktadır. Literatürde yer alan soyut tartışmalara, son yıllarda Türk Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlar ışığında yürütülen somut tartışmalar eklenmeye başladığı gözlenmiş, bu çalışma ile de yasaların değil fakat anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi kapsamında somut öneriler getirilmesi amaçlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda da Türk Anayasa Mahkemesi'nin tutumunun nasıl olması gerektiğine ilişkin sınırötesi anayasalcılığın, çağdaş demokrasilerde kabul edilen insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti ilkelerinin yol gösterebileceği kanaatindeyiz.

Bu bağlamda, Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'nin demokratik sistem içinde üstlendiği fonksiyon bakımından, anayasa değişikliklerinin denetlenmesi bakımından kararlı ve tutarlı bir yaklaşım benimseyerek, çağdaş demokrasilerde olduğu gibi ve sınırötesi anayasalcılık kapsamında taraf olduğu uluslararası belgelerde de yol gösterildiği gibi, insan hakları üzerine özgürlük yanlısı içtihatlar geliştirmesi önerilmektedir. Ancak bu şekilde Türkiye, 1982 Anayasası'nın Başlangıç bölümünde yer alan "*çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi*"ni somut adımlarla desteklemiş olacaktır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi üstlendiği bu yönlü görev ve yaklaşım, Türkiye'nin demokratik hukuk devleti olmasını da teminat altına alabilecektir. Bunu yaparken sınırötesi anayasalcılığın katkıları ne olabilir sorusunun cevabını da irdelemekte fayda bulunmaktadır. Çalışmanın Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya aykırı anayasa değişikliklerine ilişkin kararlarının incelendiği bölümlerde de değerlendirildiği gibi, Mahkeme'nin temel savının, değiştirilemez maddeler ve özellikle Cumhuriyet rejiminin nitelikleri olduğu görülmektedir. Bu kapsamda da iki anayasa döneminde, anayasa değişikliği denetimi yaptığı yaklaşık elli yıllık zaman diliminde, kendi oluşturduğu doktrin temelinde kimi zaman şekil kimi zaman da esas bakımından denetimler yapmış ve esas bakımından denetim yaptığı zamanlarda çoğunlukla tali kurucu iktidarın iradesine müdahalede bulunmuş ve bu yönü ile de kendi temel işlevinden uzaklaştığı yönünde eleştirilere uğramıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin Cumhuriyet'i ve onun niteliklerini teminat altına almaya çalışan fakat karar gerekçelerinden gözlendiği üzere kendine has oluşturduğu doktrinde, sınırötesi anayasalcılığın izleri görülmekle birlikte, bunların etkili kullanılıp kullanılmadığı sorusuna olumlu cevap verebilmenin zor olduğu

kanaatindeyiz. Dolayısıyla, buradaki önerimiz; anayasal işlev gereği siyasi ideolojilerden uzak ve insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti bağlamında evrensel standartlar ile uyumlu içtihat geliştirmek suretiyle, anayasa değişikliklerinin denetiminde, elbette ki yerel dinamikleri dikkate alarak, çağdaş demokrasilerde anayasa yargısının sınırötesi yargı diyalogu veya uluslararası belgelerde anlaştığı ortak değerler üzerinden kabul ettiği içtihatlar ile uyumlu bir tutum sergilemesidir.

Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin diğer mahkemelerden ayrıldığı noktalardan birisi de, doğal olarak üstlendiği görev açısından siyaset ile hukuk arasındaki ilişkide dengeyi bulma misyonudur. Burada hukuk ve siyaset arasındaki sorunların temelinde, siyasi iktidarın değişen sosyal ve hukuki koşullara uyum sağlamak adına getirdiği yeni değişiklikler yatmaktadır. Günümüzde yaşanan hem yerel hem küresel düzeydeki gelişmeler bireyin ve toplumun sahip olduğu ihtiyaçları da şekillendirmektedir. Dolayısıyla siyasi iktidarın bu değişimlere uygun getireceği çözümler ile Anayasa Mahkemesi'nin tutumu arasında sorunlar yaşanması ihtimal dahiline girmektedir. Siyasi iktidarın bu iradesi, kanun ve anayasa değişiklikleri şeklinde tezahür ettiğinde, önceden tartıştığımız yönleri ile denetlemesinin yanı sıra, Anayasa Mahkemesi'nin tutumu ile siyasi iktidarın dinamik yaklaşımı arasında ortaya çıkabilecek ihtilafların, sınırötesi anayasalcılık ve onun getirdiği çözümler kullanmak suretiyle aşılabileceği kanaatindeyiz. Çünkü, siyasal ve özellikle sosyolojik anlamda ele alındığında, küreselleşmenin etkisi ile ortadan kalkan sınırlar sebebiyle, dünya toplumları birbirleri ile daha yüksek düzeyde etkileşime girmeye başladığından ötürü, küresel sosyolojik değişimin yerel değişimlerin daha önünde gittiğini kabul etmek gerekmektedir. Bu kabullenme doğrultusunda da, sınırötesi anayasalcılığın önermelerinden olan, anayasa yargısının küresel diyalogu ve referansları ile anayasaların küresel düzeyde benzeşmesi temelinde, Anayasa Mahkemesi'nin diğer mahkemelerle diyalog tesis etmesi değil fakat, özellikle çağdaş demokrasiler önderliğindeki küresel dinamikleri göz önünde bulunduran bir yaklaşım benimsemesi tavsiye edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin tali kurucu iktidar ile ortaya çıkan ihtilaflarına çözüm önerisi olarak ortaya konulan sınırötesi anayasalcılığın kullanımına yönelik son öneri kapsamında, bunun hayata geçirilirken de Anayasa Mahkemesi'nin dikkate alması gereken hususların bulunduğunu belirtmek gerekmektedir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi küresel düzeyde kabul edilen insan hakları, demokrasi, hukuk

devleti, iyi yönetim ilkeleri gibi prensipleri referans alırken, bireyin devlete karşı korunmasını gerektirmeyen durumlarda bu prensiplere başvurur görünerek yine de tali kurucu iktidarın Anayasa ile düzenlenmiş olan hareket sahasına girerek kendi misyonunu aşmaması gerekmektedir. Önceden de altını çizdiğimiz gibi, temel hak ve hürriyetleri teminat altına alması gerektiği şartlarda pasif olmasının beklenmediği Anayasa Mahkemesi'nin, bunun dışındaki durumlarda başvurduğu kendi ideolojilerine karşı, kendini sınırlama yoluna gidebilmesi yararlı olabilir. Ancak sonuç olarak belirtmek gerekiyor ki; Anayasa Mahkemesi'nin karşılaştığı durumların siyasi özellikleri dahi olsa, Mahkeme'nin yaklaşımı hukuki temellere dayanmalıdır. Dworkin'in hak temelli yaklaşımı ekseninde, insan haklarını temel alan, bunu yaparken de sınırötesi anayasalcılık değerlerini gözeten ve yetkisini sınırları dahilinde kullanan bir Anayasa Mahkemesinin, demokratik hukuk devletinin teminat altına alınmasında üzerine düşen görevi yerine getireceği düşünülmektedir.

## KAYNAKÇA

- ACAR A. (2014), *Between Legality and Legitimacy: The Case of Judicial Review of Constitutional Amendments from a Comparative Law Perspective*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), European University Institute, Florence.
- AKTAN C. (2002), İyi Yönetişim Kavramı, <http://www.canaktan.org/politika/yonetisim/tanim.htm>, ET. 25.07.2021.
- ALBERT R. (2009), “Nonconstituional Amendments”, *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Cilt 22, Sayı 1, January 2009, ss.12-21.
- ALBERT, R. (2016), “Temporal Limitations in Constitutional Amendment”. *Rev. Const. Stud.*, Sayı 21, ss.37.
- ALBERT R. (2017), “Four Unconstitutional Constitutions and their Democratic Foundations”. *Cornell International Law Journal*, Sayı 50, ss. 169-198.
- ALBERT, R., NAKASHIDZE, M. and OLCAY, T. (2018), “The Formalist Resistance to Unconstitutional Constitutional Amendments”, *Hastings LJ*, Sayı 70, ss. 639-670.
- ALEXANDER, N. (2003), *An ordinary country: Issues in the transition from apartheid to democracy in South Africa*, Berghahn Books.
- ALFANGE Jr, D. (1993), “Marbury v Madison and Original Understandings of Judicial Review: In Defense of Traditional Wisdom”, *The Supreme Court Review*, 1993, ss. 329-446.
- AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (1969), <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>. ET. 20.01.2021.
- ANDERSON, G. W. (2012). “Beyond ‘constitutionalism beyond the state’”. *Journal of Law and Society*, Cilt 39, Sayı 3, ss. 359-383.
- ARSEL İ. (1962), *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, Ankara.
- ARTICLE V, U.S. Constitution <https://www.archives.gov/federal-register/constitution/article-v.html>, ET. 02.05.2020.



- ATALAY A. H. (1997), *Uluslararası Hukukun Oluşumu*, Göçebe Yayıncılık, İstanbul.
- ATAR Y. (1996), “Türk Anayasa Yargısında Anayasaya Uygunluk Denetiminin Konusu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1-2, (Prof. Dr. M. Şakir BERKİ'ye Armağan), ss. 373-406.
- ATAR Y. (2002), *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Önceki Anayasalar*, Mimoza Yayıncılık, Konya.
- ATAY, E. E. (2008), Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 1, ss. 503-550.
- BAMFORTH, N. and LEYLAND, P. (2013), *Accountability in the contemporary constitution*. Oxford University Press.
- BARANGER, D. (2011), “The language of eternity: judicial review of the amending power in France (or the absence thereof)”, *Israel Law Review*, Cilt 44, Sayı 3, ss. 389-428.
- BERNAL, C. (2013), “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine”. *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 1, Sayı 2, ss.339-357.
- BERTONI, E. A. (2009), “The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: a dialogue on freedom of expression standards”, *European Human Rights Law Review*, Sayı 3, ss. 332-352.
- BEVIR, M. (2010), *Democratic governance*. Princeton University Press.
- BINDER, C. (2011), “The prohibition of amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, *German Law Journal*, Cilt 12, Sayı 5, ss.1203-1230.
- BOHMAN J. (2007), “Institutional reform and democratic legitimacy: deliberative democracy and transnational constitutionalism”, *European Journal of Social Sciences*, Sayı 136, ss. 95-110.
- BOULANGER, C. (2006), “Europeanization Through Judicial Activism? The Hungarian Constitutional Court’s Legitimacy and the “Return to Europe””, *İçinde Spreading Democracy and the Rule of Law?*, Eds. W. Sadurski, A. Czarnota ve M. Krygier, s. 263-280, Springer, Dordrecht.

- BOYD, D. R. (2011), *The environmental rights revolution: a global study of constitutions, human rights, and the environment*. UBC Press.
- BROWN, R. L. (1998), "Accountability, liberty, and the Constitution", *Columbia Law Review*, Cilt 98, Sayı 3, ss. 531-579.
- BRUNNER v. European Union Treaty, 1 CMLR 57. 1994.
- BRYDE Brun-O. (2005), "The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue", Sayı 80, Tul. L. Rev, ss. 203.
- BUMIN, K. M. (2017), "Judicial Institutionalization and Judicial Activism of the Post- Communist Constitutional Courts". *J. Pol. & L.*, Sayı 10, ss. 54
- CAN O. (2007), "Anayasayı değiştirme iktidarı ve denetim sorunu", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 62, Sayı 3, ss.101-139.
- CAN O. (2013), *Kurucu İktidar*, Alfa Yayınları, İstanbul.
- CARTER Jr, W. M. (2009), "Treaties as Law and the Rule of Law: The Judicial Power to Compel Domestic Treaty Implementation", *Md. L. Rev.*, Sayı 69, ss. 344.
- CASTRO, F. C. (2006), "Costa Rica's Constitutional Jurisprudence, Its Political Importance and International Human Rights Law: Examination of Some Decisions", *Duq. L. Rev.*, Sayı 45, ss. 557-576.
- CERNA, C. M. (2009), "Recent OAS Documents on Cuba and Honduras: Democracy and the Inter-American Democratic Charter", *International Legal Materials*, Cilt 48, Sayı 6, ss. 1242-1253.
- CHANG, W. C. (2009), "An isolated nation with global-minded citizens: Bottom-up transnational constitutionalism in Taiwan", *NTU L. Rev.*, Sayı 4, ss. 203.
- CHESTERMAN, S. (2008), "An international rule of law?", *The American Journal of Comparative Law*, Cilt 56, Sayı 2, ss. 331-362.
- CHRISTODOULIDIS, E. (2013), "On the politics of societal constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Cilt 20, Sayı 2, ss. 629-663.
- CLAES, M. (2006), *The national courts' mandate in the European Constitution*. Bloomsbury Publishing.
- CLINTON, R. L. (1994), "Game theory, legal history, and the origins of judicial review: A revisionist analysis of Marbury v. Madison", *American Journal of Political Science*, Sayı 38, ss. 285-302.

- COLEMAN v Miller, 307 U.S. 433 (1939).
- COLÓN-RÍOS, J. (2013), “Beyond parliamentary sovereignty and judicial supremacy: the doctrine of implicit limits to constitutional reform in Latin America”, *Victoria U. Wellington L. Rev.*, Cilt 44, ss. 521-534.
- CORDER, H. (1994), “Towards a South African Constitution”. *The Modern Law Review*, Cilt 57, Sayı 4, ss. 491-533.
- CURRIE, D. P. (1994), “The Constitution in Congress: Substantive Issues in the First Congress, 1789-1791”, *The University of Chicago Law Review*, Cilt 61, Sayı 3, ss. 775-865.
- ÇAĞLAR B. (1984), “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt 5, ss. 3-34.
- ÇAĞLAR B. (1985), “Yeni Anayasacılık Üzerine Notlar”, *İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1-3, ss. 29-42.
- ÇAĞLAR B. (1986), “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara.
- ÇOBAN A. R. (2011), *Anayasayı Değiştirme Yetkisi*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- DAHL, R. A. (2008), *Polyarchy: Participation and opposition*. Yale University Press.
- DAVIS, D. M. (2003), “Constitutional borrowing: The influence of legal culture and local history in the reconstitution of comparative influence: The South African experience”, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 1, Sayı 2, ss. 181-195.
- DERFLER, L. (1966), *The Third French Republic, 1870-1940* (No. 87). Van Nostrand.
- DENK E. (2001), “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 56, Sayı 2, ss. 43-70.
- DE JESUS, L. M. (2014), “The Inter-American Court on Human Rights' Judgment in *Artavia Murillo v. Costa Rica* and Its Implications for the Creation of Abortion Rights in the Inter-American System of Human Rights”, *Or. Rev. Int'l L.*, Sayı 16, ss. 225-249.
- DE NOVA G., (1995), “Italian contract law and the European Directive on unfair terms in consumer contracts”, *Eur. Rev. Private L.*, Sayı 3, ss. 221.

- DE WET, E. (2004), *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council* (Vol. 3). Hart Publishing.
- DJELIC, M. L. (2011), "From the rule of law to the law of rules: The dynamics of transnational governance and their local impact", *International Studies of Management & Organization*, Cilt 41, Sayı 1, ss. 35-61.
- DOLINGER, J. (1990), "The influence of American constitutional law on the Brazilian legal system", *The American Journal of Comparative Law*, Cilt 38, Sayı 4, ss. 803-837.
- DOLZER, R., & SCHREUER, C. (2012), *Principles of international investment law*. Oxford University Press.
- DIXON R. (2011), Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments, Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper, No.349. s.1-17.
- DIXON R. and LANDAU D. (2015), "Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment", *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 13, Sayı 3, ss. 606-638.
- DIXON, R. and POSNER, E. A. (2010), "The limits of constitutional convergence". *Chi. J. Int'l L.*, Sayı 11, ss. 399-423.
- DUCHÁČEK, I. D. (1975), *Nations and Men: An Introduction to International Politics*, Third Edition, The Dryden Press, Hinsdale, Illinois.
- DUCHÁČEK, I. D. (1991), "Constitution/Constitutionalism", *İçinde The Blackwell Encyclopedia of Political Science*, Ed. Vernon Bogdanor, Blackwell Publishing, London.
- DUNOFF, J. L. (2006), "Constitutional Conceits: The WTO's 'Constitution' and the Discipline of International Law", *European Journal of International Law*, Cilt 17, Sayı 3, ss. 647-675.
- DWORKIN R. M. (1998), The Partnership Conception of Democracy, *California Law Review*, Sayı 86, ss. 453-458.
- DWORKIN, R. (1979), "Political Judges and The Rule of-Law" *İçinde Arguing About Law*, (Eds. Aileen Kavanagh and John Oberdiek), Routledge.
- ECHR Protocol No 4. Strasbourg, (1963), [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf) ET. 26.04.2021.

- ECHR Protocol No 13. Vilnius, (2013),  
[https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf) ET. 26.04.2021.
- ELKINS, Z., GINSBURG, T. and SIMMONS, B. (2013). “Getting to rights: Treaty ratification, constitutional convergence, and human rights practice”, *Harv. Int'l LJ*, Sayı 54, ss. 61-95.
- ERDAL M. (2008), Anayasa Kurallarının Kademelendirilmesi Sorunu, *TBB Dergisi*, Sayı 76, ss.165-200.
- EROĞUL C., (1974), *Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi)* Sevinç Matbaası, Ankara.
- EROĞUL C. (2000), *Anatüze Giriş*, İmaj Kitapevi:Ankara.
- ESCAP, U. (2009), *What is Good Governance?* United Nations Economic and Social Commissions for Asia and the Pacific,  
<https://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf> ET. 20.07.2021.
- ESEN, B. N. (1948), “Fransa Cumhuriyeti Anayasası”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, ss. 1-17.
- ESKELINEN, T. and YLÖNEN, M. (2017), “Panama and the WTO: new constitutionalism of trade policy and global tax governance”, *Review of International Political Economy*, Cilt 24, Sayı 4, ss. 629-656.
- EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS, (1950).  
[https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf) ET. 26.04.2021.
- FARNSWORTH, E. A. (2002), “The interpretation of international contracts and the use of preambles”. *Int'l Bus. LJ*, Sayı 3-4, ss. 271-280.
- FAVOREU Louis (1990), “Constitutional Review in Europe”, *İçinde Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad*, Eds. Louis Henkin and Albert J. Rosenthal, Columbia University Press.
- FELDMAN, D. (1999), “Monism, dualism and constitutional legitimacy”. *Aust. YBIL*, Cilt 20, ss. 105-126.
- FENDOĞLU, H. T. (2002), “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. Md 13”. *Anayasa Yargısı*, Cilt 18, Sayı 1, ss. 111-149.

- FENDOĞLU H. T. (2019), *Anayasa Hukuku: Düzeltilmiş ve 2019 Değişikliği Yapılmış Yedinci Baskı*, Yetkin Yayınları, Ankara,
- FENDOĞLU H. T. (2020), *Constitution and Human Rights (Articles, Speeches, Critiques and Appendices)*, Yetkin Yayınları: Ankara.
- FENDOĞLU H. T. (2021a), *Darbeler ve Anayasalar*, Yetkin Yayınları: Ankara.
- FENDOĞLU H. T. (2021b), *Türk Anayasa Hukuku Tarihi*, Yetkin Yayınları: Ankara.
- FEYZİOĞLU T. (1951), *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi: Yabancı Memleketlerde-Türkiye’de*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.
- FOLLESDAL, A. and HIX, S. (2006), “Why there is a democratic deficit in the EU: A response to Majone and Moravcsik”, *JCMS: Journal of Common Market Studies*, Cilt 44, Sayı 3, ss. 533-562.
- FRIEDRICH, C. J. and BRZEZINSKI, Z. K. (1965), *Totalitarian dictatorship and autocracy*, Harvard University Press.
- GARDBAUM, S. (2008), “Human rights as international constitutional rights. *European Journal of International Law*”, Cilt 19, Sayı 4, ss. 749-768.
- GIANNINO, D. (2019), “Are we looking up or are we looking out? The transnational constitutionalism of the Inter-American Court of Human Rights: conventionality control and the fight against impunity”. *Transnational Legal Theory*, Cilt 10, Sayı 1, ss. 6-29.
- GILL, S. (1998a), “New constitutionalism, democratisation and global political economy”, *Global change, Peace & Security*, Cilt 10, Sayı 1, ss. 23-38.
- GILL, S. (1998b), “European governance and new constitutionalism: economic and monetary union and alternatives to disciplinary neoliberalism in Europe”. *New political economy*, Cilt 3, Sayı 1, ss. 5-26.
- GOLDSWORTHY J. (2008), “Unwritten Constitutional Principles, Expounding The Constitution”. *İçinde Essays in Constitutional Theory*, Ed. Grant Huscroft, s.277-312, Cambridge University Press.
- GONZALEZ-OCANTOS, E. (2018), “Communicative Entrepreneurs: The Case of the Inter-American Court of Human Rights’ Dialogue with National Judges”, *International Studies Quarterly*, Cilt 62, Sayı 4, ss. 737-750.

- GORDON, M. (2009), “Don't copy me, Argentina: constitutional borrowing and rhetorical type”. *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, Sayı 8, ss. 487-519.
- GÖNENÇ, L. (2002), *Prospects for constitutionalism in post-communist countries* (Vol. 50). Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands.
- GÖNENÇ L. (2010), *Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı*, TEPAV Yayınları, Ankara  
[https://www.tepav.org.tr/upload/files/1295967249-5.Yasalarin\\_Anayasaya\\_Uygunluğunun\\_Denetimi\\_ve\\_Anayasa\\_Yargisi.pdf](https://www.tepav.org.tr/upload/files/1295967249-5.Yasalarin_Anayasaya_Uygunluğunun_Denetimi_ve_Anayasa_Yargisi.pdf) ET.18.08.2021
- GÖNENÇ L. (2014), *Siyasi İktidarın Denetlenmesi ve Dengelenmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara.TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, s.7.
- GÖREN Z. (1995), *Temel Hak Genel Teorisi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi D.S.İ. Yayınları, No.57.
- GÖZLER K. (2000), “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 55, Sayı 3, ss. 81-103.
- GÖZLER K. (2008a), “Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı”, *Muhafazakar Düşünce*, Yıl 4 Sayı:15, Kış 2008.
- GÖZLER K. (2008b), *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, Ekin Press, Bursa.
- GÖZLER K. (2011a), Türkçeden İngilizce ve Fransızcaya Anayasa Hukuku Terimleri Sözlüğü, <https://www.anayasa.gen.tr/ahgt-sozluk-tr-ing-fr.pdf>
- GÖZLER K. (2011b), *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I*, Ekin Yayıncılık, Bursa.
- GÖZLER, K. (2013), “Yorum İlkeleri”. *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması*, KHP ve TBB Ortak Yayını, Ankara. s.15-119.
- GÖZLER K. (2016a), “Anayasanın Ruhu Sorunu”, *İçinde Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Ed., Kemal Gözler, s.219-238. Ekin Yayınevi, Bursa.
- GÖZLER K. (2016b), *Kurucu İktidar*, Ekin Yayıncılık, Bursa.
- GÖZLER K. (2018), *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayıncılık, Bursa.
- GÖZTEPE, E. (2015). “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt’in “Anayasa Öğretisi”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, Cilt 73, Sayı 1, ss. 129-180.

- GREEN, C. (2009), “An intellectual history of judicial activism”. *Emory LJ*, Cilt 58, Sayı 5, ss.1195.
- GROSS, A. M. (2004), “The constitution, reconciliation, and transitional justice: lessons from South Africa and Israel”. *Stan. J. Int'l L.*, Cilt 40, ss. 47.
- GUILLAUME, G. (1995), “The future of international judicial institutions”. *International & Comparative Law Quarterly*, Cilt 44, Sayı 4, ss. 848-862.
- GÜLGEÇ, Y. B. (2018), *Lex Superior İlkesi: Hukuki Geçerliliği Ve Uygulaması*. Oniki Levha Yayınları.
- GÜNEY AFRİKA CUMHURİYETİ (1996), Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası <https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996> ET. 05.05.2020.
- GÜVEN S. (2008), *Kalkınmada İşbirliğinde Siyasi Koşulluluk: Lomé/Cotonou Ortaklığı-Eleştirel Bakış*, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi No:28, Ankara Üniversitesi Basımevi.
- HAKYEMEZ Y. Ş. (2009), *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- HAS V. (2009), *Anayasayı Değiştirme Süreci*, İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- HEKİMOĞLU M. M. (2004), *Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları*, Detay Yayıncılık, Ankara.
- HERDEGEN M. (1994), “Maastricht and the German Constitutional Court: Constitutional Restraints for an “Ever Closer Union” and Document “Extracts from: Brunner v. The European Union”, *Common Market Law Review*, Cilt 31, Sayı 2, ss. 235-262.
- HERDEGEN, M. (2014a), “Anayasal Düzenin Uluslararasılaşması”, *İçinde Anayasa Teorisi (Verfassungstheorie)*, çev. Gökhan Güneysu, Eds. Otto Depenheuer & Cristoph Grabenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, s.287-302, Lale Yayıncılık.
- HERDEGEN, M. (2014b), “Anayasa Yapımının Sınırları”, *İçinde Anayasa Teorisi (Verfassungstheorie)*, Çev. Naim Demirel, Eds. Otto Depenheuer & Cristoph Grabenwarter; Çev. Ed. İlyas Doğan, s.363-384, Lale Yayıncılık.
- HILBINK, L. (2008), “Assessing the new constitutionalism”, *Comparative Politics*, Cilt 40, Sayı 2, ss. 227-245.



- HIRSCHL, R. (2004), “The political origins of the new constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Cilt 11, Sayı 1, ss. 71-108.
- HIRSCHL, R. (2009), *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press.
- HİNDİSTAN ANAYASASI, (1976), 42 Nolu Değişiklik, <https://legislative.gov.in/constitution-forty-second-amendment-act-1976>. ET. 15.10.2020
- HOEKMAN, B. (2002), “The WTO: functions and basic principles”, *İçinde Development, Trade, and the WTO: A Handbook*, Eds. Bernard Hoekman, Aaditya Matoo and Philip English, s.41-50, *Washington, DC: World Bank Press*.
- HOLLINGSWORTH v Virginia, 3 U.S. (3 Dall.) 378 (1798). 379, 382.
- HOQUE, R. (2011), *Judicial activism in Bangladesh: a golden mean approach*. Cambridge Scholars Publishing.
- HORN Hans-D. (2014), “Demokrasi”, *İçinde Anayasa Teorisi (Verfassungstheorie)*, Çev: Hüseyin Yıldız), Eds. Otto Depenheuer ve Cristoph Grabenwartered; Çev. Ed. İlyas Doğan, s.757-792, Lale yayıncılık.
- INTERNATIONAL JUSTICE RESOURCE CENTER (2021), Central American Court of Justice, <https://ijrcenter.org/regional-communities/central-american-court-of-justice/> ET. 25.06.2021.
- İŞSEVENLER V. (2019), *Kurucu İktidarın Eleştirisi*, Pinhan Yayıncılık.
- JACKSON, V. C. (2004), Constitutional dialogue and human dignity: States and transnational constitutional discourse. *Mont. L. Rev.*, Cilt 65, ss. 15-40.
- JACKSON V. C. (2013), “Unconstitutional Constitutional Amendments (A window into constitutional theory and transnational constitutionalism)”, *İçinde Demokratie-Perspektiven*, Eds. Herausgegeben von Michael Bauerle, Philipp Dann und Astrid Wallrabenstein, s. 47-76, Mohr Siebeck Tübingen.
- JACKSON V. C. (2013), *Constitutional engagement in a transnational era*, oxford University Press.
- JACKSON, V. C. (2015), “The (Myth of Un) amendability of the US Constitution and the Democratic Component of Constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 13, Sayı 3, ss. 575-605.

- JACKSON V. C. and GREENE J. (2011), “Constitutional Interpretation in Comparative Perspective: Comparing Judges or Courts?” *İçinde Comparative Constitutional Law*, Eds, Tom Ginsburg and Rosalind Dixon, s.606-607.
- JENSEN, T. (2009), “The Democratic Deficit of the European Union”. *Living Reviews in Democracy*, Center for Comparative and International Studies, ETH Zurich and University of Zurich ss. 1-8.
- JORDISON, S. M. (2009), “The Central American Court of justice: yesterday, today and tomorrow”, *Conn. J. Int'l L.*, Cilt 25, ss. 183-220.
- KABOĞLU İ. (1991), *Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No:8 s. 291-322.
- KABOĞLU İ. (2007), *Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye*, İmge Kitabevi, Ankara.
- KARA S. (2017), “Hukumumuzda Anayasa Değişikliği Teklifinin İvedilikle Görüşülmesi Yasağı ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında İncelenmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 31, ss. 517-532.
- KEITH, L. C. (1999), “The United Nations International Covenant on Civil and Political Rights: Does it make a difference in human rights behavior?”. *Journal of Peace Research*, Cilt 36, Sayı 1, ss. 95-118.
- KELSEN H. (2016), *Saf Hukuk Kuramı*, (çev. Ertuğrul Uzun), Nora Kitap.
- KELSEY, J. (1997), “Global economic policy-making: A new constitutionalism”, *Otago L. Rev.*, Sayı 9, ss. 535.
- KILIÇ, Y. (2015), “Hobbes, Locke ve Rousseau’da Doğa Durumu Düşüncesi”, *Temaşa Erciyes Üniversitesi Felsefe Bölümü Dergisi*, Cilt 2 Sayı 2, ss.91-117.
- KIRATLI, M. (1966), *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara.
- KIRBY, M. (2008), “Transnational judicial dialogue, internationalisation of law and Australian judges”, *Melb. J. Int'l L.*, Cilt 9, ss. 171.
- KMIEC, K. D. (2004), “The origin and current meanings of judicial activism”. *Calif. L. Rev.*, Cilt 92, Sayı 5, ss. 1441-1477.
- KOLB R. (2015), *Peremptory International Law-Jus Cogens: A General Inventory*, Hart Publishing: Oxford.

- KONTACI A. E. (2021), *Anayasa Yargısında Yargısal Karşılaştırmacılık ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Seçkin Kitabevi: Ankara.
- KORKUT, L. (2017), “Başlangıç kısımlarının hukuki etkisi, temel nitelikleri ve 1982 anayasası: Karşılaştırmalı bir analiz”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, ss. 43-82.
- KORNHAUSER, L. A. (2004), “Governance structures, legal systems, and the concept of law”, *Chi.-Kent L. Rev.*, Cilt 79, Sayı 2, ss. 355-381.
- KRIEBAUM, U., SCHREUER, C., & DOLZER, R. (2022), *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press.
- KUBALI H. N. (1971), *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- KURU, A. T. (2007), “Passive and assertive secularism: Historical conditions, ideological struggles, and state policies toward religion”, *World Politics*, Cilt 59, Sayı 4, ss. 568-594.
- LANDAU, D. and DIXON, R. (2015), “Constraining constitutional change”, *Wake Forest L. Rev.*, Cilt 50, Sayı 4, ss. 859-890.
- LAUREN, P. G. (1983), “First principles of racial equality: History and the politics and diplomacy of human rights provisions in the United Nations Charter”. *Human Rights Quarterly*, Cilt 5, Sayı 1, ss. 1-26.
- LAW, D. S. and CHANG, W. C. (2011), “The limits of global judicial dialogue”. *Washington Law Review*, Cilt 86, ss. 523-577.
- LEGLER, T. (2012), “The Democratic Charter in Action: Reflections on the Honduran Crisis”. *Latin American Policy*, Cilt 3, Sayı 1, ss. 74-87.
- LEGRAND, P. (2006), “Comparative legal studies and the matter of authenticity”. *Journal of Comparative Law*, Cilt 1, Sayı 2, ss. 365-460.
- LEMOS, M. C. and Agrawal, A. (2006), “Environmental governance”, *Annu. Rev. Environ. Resour.*, Sayı 31, 297-325.
- LEVITSKY, S., and WAY, L. A. (2010). *Competitive authoritarianism: Hybrid regimes after the Cold War*. Cambridge University Press.
- LI, S. (2007), *The legal environment and risks for foreign investment in China*. Springer Science & Business Media.
- LINDER D. (1981), “What in the constitution cannot be amended”, *Ariz. L. Rev.*, Sayı 23, ss. 717-734.

- LOUGHLIN, M. and WALKER, N. (2007), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford University Press.
- LOEWENSTEIN, K. (1940), "The Demise of the French Constitution of 1875". *American Political Science Review*, Cilt 34, Sayı 5, ss. 867-895.
- LOWENSTEIN K. (1957), *Political Power and the Government Process*, University of Chicago Press.
- MACAR ANAYASASI (2011), [https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary\\_2011.pdf](https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2011.pdf) ET. 14.02.2021
- MADON, S. (2009), "e-Governance for Development". *İçinde e-Governance for Development*, s. 53-70, Palgrave Macmillan, London.
- MARSHFIELD, J. L. (2016), "Courts and informal constitutional change in the states", *New Eng. L. Rev.*, Cilt 51, ss. 453-511.
- MARTINEZ, J. S. (2003), "Towards an international judicial system", *Stan. L. Rev.*, Sayı 56, ss. 429-457.
- McBRIDE, S. and TEEPLE, G. (2019), "The New Constitutionalism: International and Private Rule in the New Global Order", *İçinde Relations of Global Power: Neoliberal Order and Disorder*, Eds. Gary Teeple and Stephen McBride, s.19- 40, University of Toronto Press.
- MEYER, W. H. and STEFANOVA, B. (2001), "Human rights, the UN Global Compact, and global governance", *Cornell Int'l LJ*, Cilt 34, Sayı 3, ss. 501-521.
- MHLONGO, L. (2019), "A critical analysis of the Protection of Investment Act 22 Of 2015". *Southern African Public Law*, Cilt 34, Sayı 1, ss. 1-22.
- MILLER, J. M. (1996), "The Authority of a Foreign Talisman: A Study of US Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith". *Am. UL Rev.*, Cilt 46, Sayı 5, ss.1483-1572.
- MORTON, F. L. (1988), "Judicial Review in France: A Comparative Analysis", *The American Journal of Comparative Law*, Cilt 36, Sayı 1, ss. 89-110.
- MULLER, J.-W. (2014), "Erdoğan and the paradox of populism", *Project Syndicate*, August 11. [http:// www.project-syndicate.org/commentary/jan-werner-mueller-examines-the-underpinnings-of-the-new-turkish-president-s-political-staying-power](http://www.project-syndicate.org/commentary/jan-werner-mueller-examines-the-underpinnings-of-the-new-turkish-president-s-political-staying-power). ET. 22.12.2020.

- MURPHY Walter F (2007), *Constitutional Democracy; Creating and Maintaining a Just Political Order*, The John Hopkins University Press, Baltimore.
- NAYAR, M. G. (1978), Human Rights: The United Nations and United States Foreign Policy: Introduction. *Harv. Int'l. LJ*, Cilt 19, ss. 813.
- NEUBORNE, B. (1982), Judicial Review and Separation of Powers in France and the United States. *NYUL Rev.*, Cilt 57, ss. 363-442.
- NOHUTÇU A. ve ZİYREK A. (2020), *Osmanlı Türk Anayasa Metinleri*, Savaş Yayınevi, Ankara.
- NOVAK, M. (1999), "Human dignity, human rights", *First Things: a Monthly Journal of Religion and Public Life*, Cilt 97, ss. 39.
- O'KEEFE, T. A. (2000), "The Central American integration system (SICA) at the dawn of a new century: Will the Central American isthmus finally be able to achieve economic and political unity". *Fla. J. Int'l L.*, Cilt 13, Sayı 3, ss. 243-261.
- ONAR E. (1993), *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara.
- ONAR E. (2003), *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, Ankara.
- ORGANIZATION of AMERICAN STATES, (2001), Inter - American Democratic Charter, [https://www.oas.org/charter/docs/resolution1\\_en\\_p4.htm](https://www.oas.org/charter/docs/resolution1_en_p4.htm), ET. 24.06.2021.
- ÖĞÜTÇÜ M. (2005), "Doğal Hukuk ve Pozitif hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Özel sayı, 2005., ss. 555-616.
- ÖZBUDUN, E. (2007), "Türk anayasa mahkemesinin yargısal aktivizmi ve siyasal elitlerin tepkisi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 62, Sayı 3, ss. 257-268.
- ÖZBUDUN, E. (2008), "Türban Kararının Gerekçesi", *Liberal Düşünce Dergisi*, Sayı 51- 52, ss. 79-82.
- ÖZBUDUN, E. (2009), "Judicial review of constitutional amendments in Turkey", *European Public Law*, Cilt 15, Sayı 4, ss. 533-538.
- ÖZBUDUN E. (2012), *1924 Anayasası*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

- ÖZBUDUN, E. (2013), “Türk Anayasa Mahkemesi ve Siyasal Kriz”, *İçinde Türkiye’de Demokrasi, İslam ve Laiklik. İstanbul*, Eds. Ahmet T. Kuru ve Alfred Stepan, s.161-176, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- ÖZBUDUN E. (2014), *Türkiye’de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- ÖZBUDUN E. (2017), *Anayasalcılık ve Demokrasi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- ÖZBUDUN E. (2018), *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 18. Basım.
- ÖZTÜRK Kazım (1966), *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, Cilt II, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara.
- PARTICIPANTS OF THE CONFERENCE ON SECURITY AND CO-OPERATION in EUROPE (1991), “The Charter of Paris on the Conditions of Economic Prosperity”, *The Population and Development Review*, Cilt 17, Sayı 1, ss. 195- 198.
- PETERS, A. (2009), “Supremacy lost: international law meets domestic constitutional law”, *ICL Journal*, Cilt 3, Sayı 3, ss. 170-198.
- PETERSMANN, E. U. (1991), *Constitutional functions and constitutional problems of international economic law*. Routledge.
- PETERSMANN, E. U. (2000), “The WTO constitution and human rights”, *Journal of International Economic Law*, Cilt 3, Sayı 1, ss. 19-25.
- PETERSMANN, E. U. (2006), “Human Rights, Constitutionalism and the World Trade Organization: Challenges for World Trade Organization Jurisprudence and Civil Society”, *Leiden Journal of International Law*, Cilt 19, Sayı 3, ss. 633-667.
- PETERSMANN, O. (2012), “Unconstitutional constitutional amendments: a normativist approach”, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Cilt 67, Sayı 1, ss. 81-113.
- POWELL G. Bingham Jr. (1990), *Çağdaş Demokrasiler: Katılma, İstikrar ve Şiddet*, çev. Mehmet Turhan, Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasi İlimler Derneği Ortak Yayını, Ankara.

- PŘIBÁŇ, J. (2012), "Constitutionalism as fear of the political? A comparative analysis of Teubner's constitutional fragments and Thornhill's A Sociology of Constitutions", *Journal of Law and Society*, Cilt 39, Sayı 3, ss. 441-471.
- ROESLER, S. (2007), "Permutations of judicial Power: the new constitutionalism and the expansion of judicial authority", *Law & Social Inquiry*, Cilt 32, Sayı 2, ss. 545-579.
- ROSENFELD, M. (2006), "Comparing constitutional review by the European Court of Justice and the US Supreme Court", *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 4, Sayı 4, ss. 618-651.
- ROTHSTEIN B. (2012), "Good Governance", *İçinde The Oxford Handbook of Governance*, Ed. David Levi-Faur, s.143-154, Oxford University Press.
- ROUX, T. (2003), "Legitimizing transformation: political resource allocation in the South African Constitutional Court", *Democratization*, Cilt 10, Sayı 4, ss. 92-111.
- ROUX, T. (2013), *The politics of principle: The first South African constitutional court, 1995–2005*, Vol. 6, Cambridge University Press.
- ROZNAI, Y. (2016), "Unconstitutional Constitutional Change by Courts", *New Eng. L. Rev.*, Cilt 51, ss. 557-577.
- ROZNAI, Y. (2017), *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*. Oxford University Press.
- ROZNAI, Y. and YOLCU, S. (2012), "An unconstitutional constitutional amendment- the Turkish perspective: a comment on the Turkish constitutional court's headscarf decision", *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 10, Sayı 1, ss. 175-207.
- SALEP, M. (2019), "Siyasi ve Hukuki Açından 1961 Anayasası'nda Yapılan Değişiklikler (1969-1974)", *Turkish Studies-Historical Analysis*, Cilt 14, Sayı 2, ss. 327-357.
- SAN C. (1974), *Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri*, Ankara İktisadi Ticari Bilimler Akademisi Yayınları No:85.
- SARTORI G. (1962), "Constitutionalism: A Preliminary Discussion", *American Political Science Review* Cilt 56, ss. 853-864.
- SAYRE P. (1948), *Shelley v. Kraemer and United Nations Law*. *Iowa L. Rev.*, 34, 1.

- SCHMITT, C. (2008), *Constitutional theory*. (çev. Jeffrey Seitzer), Duke University Press.
- SCHNEIDERMAN, D. (2000), "Investment rules and the new constitutionalism", *Law & Social Inquiry*, Cilt 25, Sayı 3, ss. 757-787.
- SCHNEIDERMAN, D. (2008), *Constitutionalizing economic globalization: Investment rules and democracy's promise*. Cambridge University Press.
- SCHNEIDERMAN, D. (2011), "A new global constitutional order?", *İçinde Comparative Constitutional Law*, Eds. Tom Ginsburg and Rosalind Dixon s. 189-207, Edward Elgar Publishing.
- SCIULLI, D. (1986), "Voluntaristic action as a distinct concept: Theoretical foundations of societal constitutionalism", *American Sociological Review*, Cilt 51, Sayı 6, ss. 743-766.
- SELLERS, M. N. S. (2021), "Formal and Informal Constitutional Amendment", *İçinde General Reports of the XXth General Congress of the International Academy of Comparative Law-Rapports*, s. 493-506, Springer, Cham.
- SHERRY, S. (2016), "Why We Need More Judicial Activism", *İçinde Constitutionalism, Executive Power, and the Spirit of Moderation*, Eds. Giorgi Areshidze, Paul O. Carrese & Suzanna Sherry, s. 11-31, Murray P. Dry and the Nexus of Liberal Education and Politics Publication.
- SIEBERSON, S. C. (2003), "The proposed European Union Constitution-will it eliminate the EU's democratic deficit", *Colum. J. Eur. L.*, Cilt 10, ss. 173-264.
- SKELTON, A. (2018), "Child Justice in South Africa: Application of International Instruments in the Constitutional Court", *The International Journal of Children's Rights*, Cilt 26, Sayı 3, ss. 391-422.
- SMITH, B. C. (2007), *Good governance and development*. Macmillan International Higher Education.
- SMITH, E. (2011), "Old and Protected? On the "Supra-Constitutional" Clause in the Constitution of Norway", *Israel Law Review*, Cilt 44, Sayı 3, ss. 369-388.
- SMITHEY, S. I. and ISHIYAMA, J. (2002), "Judicial activism in post-communist politics", *Law & Soc'Y Rev.*, Cilt 36, Sayı 4, ss. 719-742.
- SOYSAL, M. (1987), *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi: İstanbul



- STARKE, J. G. (1936), “Monism and dualism in the theory of international law”, *Brit. YB Int'l L.*, Cilt 17, ss. 66-81.
- STATUE of Central American Court of Justice, md.22: <http://portal.ccej.org.ni/ccj/wp-content/uploads/REGLAMEN TOGENERALCCJ.pdf> . ET. 20.03.2021.
- STITH, R. (1996), “Unconstitutional Constitutional Amendments: The Extraordinary Power of Nepal’s Supreme Court”, *Am. U.J.Int'l L. & Pol'y*, Cilt 11, Sayı 1, ss. 47-77.
- SWEET, A. S. (2000), *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. OUP Oxford.
- SWEET, A. S. (2009), “Constitutionalism, legal pluralism, and international regimes”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Cilt 16, Sayı 2, ss. 621-645.
- ŞENTOP M. (2020), “Bir Kanunun Tahlili: 7248 Sayılı Kanun Nedir, Ne Değildir?”, *Yasama Dergisi*, Sayı 42, ss. 97-130.
- TANÖR B. ve YÜZBAŞIOĞLU N. (2020), *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- TATHAM, A. F. (2011), “In the Judicial Steps of Bolivar and Morazan- Supranational Court Conversations between Europe and Latin America”, *Eur. JL Reform*, Cilt 13, Sayı 1, ss.157-171.
- TEBBE, N. and TSAI, R. L. (2009), “Constitutional borrowing”, *Mich. L. Rev.*, Cilt 108, ss. 459-522.
- TEUBNER, G. (2004), Societal constitutionalism: Alternatives to state-centered constitutional theory?, Storrs Lectures 2003/2004 Yale Law School., s. 1-24.
- TEUBNER, G. (2012), *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Oxford University Press.
- TEZİÇ E. (1972), *Türkiye’de 1961 Anayasası’na Göre Kanun Kavramı*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul.
- TEZİÇ E. (1982), “1982 Anayasasına Göre Anayasaya Uygunluğun Denetimi”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1-3, ss. 199-208.
- TEZİÇ E. (2018), *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 22. Basım.

- TİKVEŞ, Ö. (1977), “Anayasada Onbeş Yıllık Dönemde (1961-1976) Yapılan Değişiklikler ve Ekler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 34, Sayı 1, ss.19-60.
- TOMUSCHAT, C. (2008), International covenant on civil and political rights. *United Nations Audiovisual Library of International Law, United Nations*, 1-4, [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/iccpr/iccpr\\_e.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/iccpr/iccpr_e.pdf) ET. 10.10.2021
- TRACHTMAN, J. P. (2006), “The Constitutions of the WTO”, *European Journal of International Law*, Cilt 17, Sayı 3, ss. 623-646.
- TULLY, J. (2008), Modern constitutional democracy and imperialism. *Osgoode Hall LJ*, Cilt 46, ss. 461-493.
- TUNÇ, B. (2020), “Türk Anayasa Tarihinde 1961 Anayasası’nın Yeri Ve Önemi”, *Karadeniz Araştırmaları*, Sayı 67, ss. 657-692.
- TUNÇ H. (1997), *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- TURHAN M. (1976), “Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 33, Sayı 1, ss. 63-103.
- TURHAN, M. (1991), “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 8, ss. 401-420.
- TURHAN M. (1997), *Anayasal Devlet*, Gündoğan Yayıncılık.
- TURHAN M. (2005), *Anayasal Devlet*, Naturel Yayıncılık.
- TURHAN M. (2010), “Halk Egemenliği ve Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi”, *Liberal Düşünce*, Cilt 15 Sayı 57-58, Kış – Bahar 2010, ss. 33-59.
- TURHAN M. ve ULUŞAHİN N. (2009), *Anayasa Hukukuna Liberal Bakışlar*, Naturel Yayınları, Ankara.
- TUSHNET, M. (1998), “Returning with Interest: Observations on Some Putative Benefits of Studying Comparative Constitutional Law”, *U. Pa. J. Const. L.*, Cilt 1, ss. 325-349.
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM (2021), Governance Principles, Institutional Capacity and Quality, <https://www.undp.org>, ET. 30.07.2021., s.280-282.

- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER (1991), Resolution of the Council and of the Member States Meeting in the Council on Human Rights, democracy and development. <https://www.ohchr.org/EN/Issues/RuleOfLaw/CompilationDemocracy/Pages/ResCouncil.aspx> , ET. 01.08.2021.
- VAN AGGELEN, J. (1999), “The Preamble of the United Nations Declaration of Human Rights”, *Denv. J. Int'l L. & Pol'y*, Cilt 28, ss. 129-144.
- VAN DOEVEREN, V. (2011), “Rethinking good governance: Identifying common principles”, *Public Integrity*, Cilt 13, Sayı 4, ss. 301-318.
- VAN HEFFEN, O., Kickert, W. J., and Thomassen, J. J. (2000), “Introduction: Multi- level and Multi-actor Governance” *İçinde Governance in modern society: Effects, change and formation of government institutions* (Vol. 4), Eds. Van Heffen, O., Kickert, W. J., ve Thomassen, J. J., s. 3-11, Kluwer Academic Publishers.
- VON ARNAULD A. (2014), “Hukuk Devleti”, *İçinde Anayasa Teorisi (Verfassungstheorie)*, Çev. Arslan Topakkaya, Eds. Otto Depenheuer ve Cristoph Grabenwarter, Çev. ed. İlyas Doğan, s. 713-756, Lale Yayıncılık.
- VENICE COMMISSION (2010), *Report on Constitutional Amendment*, CDL-AD001, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad(2010)001-e), ET. 21.09.2021
- VESTERDORF, B. (2006), “A constitutional court for the EU?”, *International journal of constitutional law*, Cilt 4, Sayı 4, ss. 607-617.
- VIDMAR, J. (2013), “Rethinking jus cogens after Germany v. Italy: back to Article 53?”, *Netherlands International Law Review*, Cilt 60, Sayı 1, ss. 1-25.
- VITANYI, B. (1977), “Some Reflections on Article 25 of the Constitution of the German Federal Republic”, *Netherlands International Law Review*, Cilt 24, Sayı 3, ss. 578-588.
- VIVES, X. (2000), *Corporate governance*. Cambridge University Press.
- WAGNER, W. J. (2005), “Universal Human Rights, the United Nations, and the Telos of Human Dignity”, *Ave Maria L. Rev.*, Cilt 3, Sayı 1, ss. 197.
- WALDRON J. (2006), “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, Cilt 115, Sayı 6, ss. 1346-1407.

- WALKER N. (2002), *The Idea of Constitutional Pluralism. European University Institute Working Paper Law No.2002/1.*, European University Institute, Florence.
- WALKER, N. (2005), *The migration of constitutional ideas and the migration of the constitutional idea: the case of the EU. European University Institute Working Paper Law No.2005/04.*, European University Institute, Florence.
- WEBB, P. (2013), *International judicial integration and fragmentation.* OUP Oxford.
- WILLIAMS, D. and Young, T. (1994), "Governance, the World Bank and liberal theory". *Political studies*, Cilt 42, Sayı 1, ss. 84-100.
- WORLDBANK (1992), *Governance and Development*, Worldbank Books, Worldbank Group.
- YANIK, M. (2008), "1982 Anayasası'nın İnsan Hakları Anlayışının Uluslararası Belgeler ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 1, ss. 1133-1162.
- YAVUZ, B. ve BÜLBÜL, M. (2012), "Çift meclis sistemi ve Türkiye", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Sayı 1, ss. 217-260.
- YEH, J. R. and CHANG, W. C. (2008), "The emergence of transnational constitutionalism: Its features, challenges and solutions". *Penn St. Int'l L. Rev.*, Cilt 27, Sayı 1, ss. 89-124.
- YEH, J. R. and CHANG, W. C. (2009), "The Changing Landscapes of Modern Constitutionalism: Transnational Perspective", *NTU L. Rev.*, Cilt 4, Sayı 1, ss.145-183.
- YOUNG, E. A. (2002), "Judicial activism and conservative politics", *U. Colo. L. Rev.*, Cilt 73, Sayı 4, ss. 1139-1216.
- YOUNG, O. R. (2018), *International governance*, Cornell University Press.
- YÜZBAŞIOĞLU N. (1993), *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul.

ZUMBANSEN, P. (2011), "Comparative, global and transnational constitutionalism:  
The emergence of a transnational legal-pluralist order", *Osgoode CLPE  
Research Paper*24/2011, Cilt 7, Sayı 6, ss. 1-34.



## MAHKEME KARARLARI

- ANAYASA MAHKEMESİ KARARI (1963). E.1963/207, K.1963/175,  
K.T.01.07.1963., AMKD, S.1., s. 364.
- ANAYASA MAHKEMESİ KARARI (1963). E.1963/124, K.1963/243,  
K.T.11.10.1963., AMKD, S.1., s.429.
- ANAYASA MAHKEMESİ KARARI (1964). E.1963/166, K.1964/76,  
K.T.22.12.1964 AMKD, S.2., s.291.
- ANAYASA MAHKEMESİ KARARI (1970). E.1970/1, K.1970/31,  
K.T.16.06.1970. AMKD, Sayı 8, s.323.
- ANAYASA MAHKEMESİ KARARI (1975). E.1973/19, K.1975/87,  
K.T.15.04.1975.
- ANAYASA MAHKEMESİ KARARI (1976). E.1975/167, K.1976/19,  
K.T.23.03.1976.
- ANAYASA MAHKEMESİ KARARI (1976). E.1976/38, K.1976/46,  
K.T.12.10.1976.
- ANAYASA MAHKEMESİ KARARI (1977). E.1976/43, K.1977/4, K.T.  
27.01.1977, AMKD, Sayı 15, s.115.
- ANAYASA MAHKEMESİ KARARI (1977). E.1977/82, K.1977/117,  
K.T.27.09.1977.
- ANAYASA MAHKEMESİ KARARI (1986). E.1985/31, K.1986/11, K.T.  
27.03.1986, AMKD, S.22, s.119.
- ANAYASA MAHKEMESİ KARARI (1987). E.1987/9, K.1987/15, K.T.16.06.1987.  
AYMKD Sayı 23, s.282-294.
- ANAYASA MAHKEMESİ KARARI (1991). E.1991/7, K.1991/43, 12.11.1991  
tarihli Karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 27, C. 2.
- ANAYASA MAHKEMESİ KARARI (2007). E.2007/72, K.2007/68,  
K.T.05.07.2007.
- ANAYASA MAHKEMESİ KARARI (2007). E.2007/99, K.2007/86,  
K.T.27.11.2007.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI (2008). E.2008/16, K.2008/116,  
K.T.05.06.2008.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI (2010). E.2010/49, K.2010/87,  
K.T.07.07.2010.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI (2013), E.2011/145, K.2013/70, 06.06.2013.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI (2016). E.2016/54, K.2016/117,  
K.T.03.06.2016.

ATKINS v. VIRGINIA, 536 U.S. 304 (2002).

DEMİRTAŞ Selahattin / Türkiye, No.3, Başvuru no. 8732/11. (2019).

KESAVANANDA *Bharati v. State of Kerela*, AIR 1973 SC 1461.

MARBURY v. MADISON, 5 U.S. 137 (1803).

MINERVA Mills LTD v. Union of India, AIR 1980 SC 1789.

STATE (Ryan) v. Lemmon (1935) 170I.R.197.