Sakarya Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi (SHD)

ISSN 2147-768X

The Sakarya
Journal of Law (The SJL)

Temmuz 2022
C. 10 • S. 1 • s. 251-281

Anayasayı Değiştirme İktidarının Sınırları ve Meşruluğu Sorunu: Türkiye Özelinde Bir İnceleme(*)

The Problem of Limits and Legitimacy of the Power to Amend the Constitution: A Study Specific to Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA(**)

Öz

Bu çalışmada hukukun ilkelerini ve iktidarın kaynağını yok sayan bir anlayışla şekil verilmiş kurucu iktidar anlayışının tersine, demokratik bir hukuk devletinin gereği olarak halkın tasdikine dayanan bir meşruiyete sahip her hukuk metninin yine demokratik bir hukuk düzeni içerisinde gerçekleştirilmesinin mümkün ve yerinde olduğu açıklanmaya çalışılmaktadır. Bu bağlamda kurucu iktidar-türev kurucu iktidar klasik ayrımından hareketle anayasanın değiştirilmesi, yeniden yapılması ve mevcut anayasalardaki değiştirme yasağı hususları çerçevesinde "kurucu iktidar" kavramı olması gereken hukuk bakımından ele alınmaktadır. Bu doğrultuda makalede önce kurucu iktidarın anayasacılık bakımından bir analizi sunulmaktadır. Ardından bir hukuki fenomen olarak kurucu iktidar derinlemesine incelenmektedir. Son olarak Türkiye için kurucu iktidar kavramı analitik bir yaklaşımla ele alınmaktadır. Böylece Türkiye özelinde çeşitli çıkarımlara ulaşılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Kurucu İktidar, Değiştirilemez Hükümler, Yeni Anayasa Yapımı, Meşru Anayasa, Anayasa Yapma Sınırları.

Abstract

In this study, it is tried to explain that, contrary to the understanding of founding power, which is shaped with an understanding that ignores or ignores the principles of law and the source of power, it is possible and appropriate for every legal text that has a legitimacy based on the approval of the people as a requirement of a democratic rule of law. In this context, based on the classical distinction between founding power and derivative founding power, the concept of "constituent power" is discussed in terms of law, which should be within the framework of the amendment and reconstruction of the constitution and the prohibition of change in the existing constitutions. In this direction, the article first presents an analysis of the founding power in terms of constitutionalism. Then, constituent power as a legal phenomenon is examined in depth. Finally, the concept of founding power for Turkey is discussed with an analytical approach. Thus, various inferences are reached for Turkey.

Keywords

Constituent Power, Unchangeable Provisions, Making a New Constitution, Legitimate Constitution, Constitutional Limits.

(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 15.02.2022 - Makale Kabul Tarihi: 19.05.2022

(**) Trabzon Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Trabzon - Türkiye
E-posta: drsemihbatur@gmail.com
Orcid No: https://orcid.org/0000-0001-5888-1750

GİRİŞ

Bu çalışmada aşağıda genel kapsamıyla zikrettiğimiz şu üç hususu netleştirme gayretinde olacağız:

a. İlk olarak kurucu iktidarın niteliği ya da mahiyetini ele alacak ve bu bağlamda ortaya konulan görüşleri irdeleyeceğiz. Öteden beri kurucu iktidarın eylem temelli (de facto) bir güç olduğu yönünde görüşler ortaya konulmakta, kayıt ve şarta bağlanmayan ve sınırsız bir güç olarak kabul edilmektedir. Böyle olunca, kurucu iktidar, hiçbir hukuki esas ve usule tabi tutulamayan hukuk dışı, tamamıyla *de facto* bir güç olmaktadır. Yeri gelmişken hemen belirtelim ki bu görüşe katılmamakta, hatta tamamen tersini savunmaktayız. Çünkü kurucu iktidarın eylem temelli değil, tersine anayasacılık ekseninde hak temelli (right-based) bir yaklaşımla ele alınması gerektiğini düşünüyoruz. Bu bağlamda kurucu iktidar bütünüyle hukuki (de jure) bir kavram olduğundan, doğal olarak hukuk dışında ve hukuka tahakküm eden bir güç değildir. Kurucu iktidar ontolojik meşruiyetini hukukun genel ilkelerinden almakta ve halkın tasdikiyle bu meşruiyet tamamlanmaktadır.

b. İkinci olarak kurucu iktidar klasik anlamıyla bir anayasa yapmak veya mevcut bir anayasada değişiklik yapmak iktidarı olarak ortaya konulabilir. Öğretide kurucu iktidarın bünyesinde biri anayasayı yapmak, diğeri ise anayasayı değiştirmek biçiminde bir farklılaşmaya gidildiği görülmektedir. Bu ayrıma uygun ve konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi de katılmaktadır.[1] Söz konusu ifadelerin son cümlesi hariç, bu ayrımın yerinde olmadığını, hatta yapay bir ayrım olarak öğretisel değeri dışında makul bir fikir olmadığı düşüncesindeyiz.

c. Son olarak kurucu iktidar kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklayıp, demokratik bir kurucu iktidarın da değiştirilemez hükümler kısıtlamasına tabi olmaksızın yeni bir anayasa ihdas etmeye muktedir olduğunu ortaya koymaya çalışacağız. Ancak hemen belirtelim ki ülkemizde Anayasa Mahkemesi aksi görüştedir.[2]

---

1 "*Bir devletin hukuksal yapısının temelini oluşturan, ulus adına yetki kullanacak anayasal organları, yetkilerin sınırlarını ve birbirleriyle olan ilişkilerini belirleyen, hak ve özgürlükleri düzenleyen anayasayı yapma veya değiştirme işlevi asli ve tali kurucu iktidar işlevidir. Asli kurucu iktidar ülkenin siyasal rejiminde çeşitli etkenlere dayalı olarak ortaya çıkan kesintilerin ürettiği ve ortaya çıkış biçimi itibariyle hukuksal çerçeve dışında yer alan, yeni hukuksal düzenin temel esaslarının ne olacağını belirleyen anayasa koyucu iradedir. Katılımcı, müzakereci ve uzlaşıyı esas alan demokratik ülkelerde asli kurucu iktidarın sahibi halktır.*" E. 2008/16, K. 2008/116, K.T. 5.06.2008.

2 "*Anayasa'nın 175. maddesine göre kullanılacak Anayasa'yı değiştirme yetkisinin, hukuksal geçerlilik ve etkinlik kazanabilmesi için Anayasa'nın 4. maddesinde teklif edilemez olarak belirlenen hükümlere ilişkin olmaması, teklif ve oylama çoğunluğuna uyularak ve nihayetinde ivedi görüşme yasağı ihlal edilmeden kullanılmış olması gerekir. Teklif edilebilir olmayan bir Anayasa değişikliğinin 148. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmiş olması, hukuken ge-*

Bu noktadan itibaren hukukun ilkelerini ve iktidarın kaynağını yok veya hiçe sayan bir anlayışla şekil verilmiş kurucu iktidar anlayışının tersine, demokratik bir hukuk devletinin gereği olarak halkın tasdikine dayanan bir meşruiyete sahip her hukuk metninin yine demokratik bir hukuk düzeni içerisinde gerçekleştirilmesinin mümkün ve yerinde olduğu açıklanmaya çalışılmaktadır.

I. KURUCU İKTİDAR: ANAYASACILIK BAKIMINDAN BİR ANALİZ

A. ANAYASA VE ANAYASACILIK

Anayasa kavram olarak Latince "constitutio" teriminden türetilmiştir. Anayasa kavramı her ne kadar modern anlamıyla 18. yüzyılla birlikte gelişimini nihayetlendirmiş ve Batı dillerine aktarılmış olsa da bu kavram yerine her dönemde farklı terimler kullanılmıştır. 18. yüzyıl öncesi döneme tekabül eden erken dönemlerde anayasa kavramının özellikle siyasal iktidarın yapısal kurgusuna ve ayrıca kuvvetlerin yetki ve etki haritasına karşılık geldiğini belirtmek gerekir. Bu yüzden erken dönemlerde anayasa kavramı yerine kimi geleneksel ya da yazılı normların kullanıldığını görmekteyiz.[3] Ancak hemen belirtelim ki, anayasa kavramının yapısal şartları bu dönemde haklar şartını karşılamıyordu. Anayasa kavramı daha ziyade; iktidarın sınırlandırılması anlayışı ile hak ve özgürlükleri güvenceye bağlayan normlar manzumesi yerine, siyasal toplumun örgütlenmesine ilişkin devresel normları karşılamaktadır.

Antik Yunan döneminde Aristoteles, Politika adlı yapıtında anayasanın bu yönüne işaret etmekteydi. Nitekim Aristoteles anayasa kavramı ile yönetim olgusunu birbirine özdeş kabul etmekte ve "Atina Anayasası" olarak çeşitli dillere

çersiz nitelikteki bir yasama tasarrufunun sırf sayısal çokluğun gücüyle etkin kılınmasının gerekçesi olamaz. Zira kurulu iktidar olan yasama organının işlem ve eylemlerinin geçerliliği, asli kurucu iktidarın öngördüğü anayasal sınırlar içinde kalması koşuluna bağlıdır. Anayasanın 148'inci maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin "teklif ... şartına uyulup uyulmadığı" hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hüküm, yukarıdaki açıklamalar ışığında, "geçerli teklif" koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik olarak yapılacak bir denetimi de içerir. Yürürlükteki Anayasamızın öngördüğü düzen, anayasal normlar bütünü ve bu bütünü somutlaştıran ilk üç maddede ortaya çıkan bir anayasal düzendir. Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa'nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibariyle doğal olarak değiştirilmezlik özelliğine sahiptir. Bu durumda Anayasa'nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa'nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez. Dolayısıyla Anayasanın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa'ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır." E. 2008/16, K. 2008/116, K.T. 5.06.2008.

[3] Dieter Grimm, Constitutionalism: Past, Present, and Future, Oxford University Press, Oxford 2016, s. 3.

çevrilmiş eserinde, Yunan site devletlerine ait 158 anayasaya yer vermektedir. Esasen Atina sitesinin kurumlarını ele aldığı bu çalışmasında yer verdiği "politeia" kavramı ile "site" ve bu site yönetimine ilişkin ilkeler kastedilmektedir.[4] Keza aynı dönemin önemli bir diğer düşünürü Platon da *politeia* kavramını "site yönetiminin esasları" (yönetim şekilleri) anlamına gelmek üzere kullanmıştır.[5]

Öte yandan Aristoteles'in eserinde kurguladığı ideal yönetim, genel yarar düsturuna dayanır; fakat bu genel yararı sağlayacak iktidarın sahibi tek kişi ya da bir azınlıktır.[6] Böyle olmakla birlikte, içinde bulunulan çağ ve koşullar dairesinde "kurulabilir en iyi yönetimi" gerçekçi bir yaklaşımla tespit etmeye çalışmıştır. Bu doğrultuda Aristoteles, Platon gibi "karma anayasa" kavramını gündeme taşıyarak, anayasanın ömrünü bu melez karakterin kuvvetine bağlamıştır. Böyle olunca, karma bir anayasa tasarlamak istikrarlı bir devlet düzeninin teşkili için ön şarttır. Aristoteles hangi anayasal unsurların bir araya getirilmesi gerektiği sorusuna yanıt ararken; zengin sınıfların çıkarına, azınlığın egemenliğine dayanan "oligarşi" ile yoksul sınıfların menfaatine, çoğunluğun egemenliğine dayanan "demokrasi"nin[7] çeşitli yöntemlerle bir araya getirilmesi gerektiğini belirtir. Şu halde ideal anayasa, ne bir oligarşi anayasası ne de bir demokrasi anayasasıdır. Öyleyse bu ikisinin bir araya getirilmesi ve aşırılıklarının törpülenmesi gerekir ki, bunun da adı "politeia"dır.[8]

Böyle bir yaklaşımın anayasaya yüklediği anlam anayasanın yapısal şartlarının değerine atıf yapmaktadır. Buradan hareketle, modern anlamda anayasa kavramının bünyesinde mündemiç olan devlet iktidarı sınırlandırılmak suretiyle tesis olunan anayasal ortamda hak ve özgürlüklerin korunması düşüncesi ile "politeia" kavramına yüklenmiş anlam arasında doğrudan bir bağ kurulamaz. Anayasa kav-

---

4 Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2021, s. 36.

5 Anayasaya ilişkin bu görüşünden hareketle Aristoteles, bulunduğu dönemde mevcut olan farklı devlet biçimlerini analitik bir yöntemle açıklamıştır. Aristoteles, yönetim biçimlerini tasnif ederken esasında Platon'un izinden gider, ancak belli hususlarda ondan ayrılır. Bu bağlamda O anayasaları analiz ederken iki temel ölçüt kullanır: İlk olarak siyasi iktidar kimin elindedir, işte bunun yanıtlanması gerekir. İkincisi, siyasi iktidarı elinde bulunduranların amacı nedir, buna bakılmalıdır. İşte Aristoteles, bu iki kritere göre tek bir kişinin veya bir grubun menfaatini kollayan yönetimler ile çoğunluğun genel yararını gözeten yönetimler arasında bir ayrım gerçekleştirir. (William W. Fortenbaugh, "Aristotle on Prior and Posterior, Correct and Mistaken Constitutions" in David Keyt ve Fred D. Miller (ed.), A Companion to Aristotle's Politics, Blacwell 1991, s. 235. Onun sınıflandırmasında yönetim biçimleri kötüden iyiye şu şekildedir: Tirani (Tekin çıkarı, Tekin yönetimi)- Oligarşi (Zenginlerin çıkarı- Azınlığın yönetimi)- Demokrasi (Yoksulların çıkarı, Çoğunluğun yönetimi)- Politeia (Ortak iyilik, Çoğunluğun yönetimi)- Aristokrasi (Ortak iyilik, Azınlığın yönetimi)- Monarşi (Ortak iyilik, Tekin yönetimi). Fred D. Miller, "Aristotle on the Ideal Constitution" in David Keyt ve Fred D. Miller (ed.), A Companion to Aristotle's Politics, Blacwell 1991, s. 548.

6 Christopher J. Shields, Aristotle, Routledge, 2007, s. 365.

7 Aristoteles, "Keyfi Yönetim, Hukukun Üstünlüğü", Çev. Mete Tunçay, in Micahel Rosen ve Jonathan Wolff (ed.), Siyasal Düşünce, Dost Kitabevi, 2006, s. 150-151.

8 Ayrıca bkz. Richard Kraut, Aristotle: Political Philosophy, Oxford University Press, 2002, s. 373-376.

ramı, 18. yüzyıldan itibaren (Amerika ve Fransa'da ortaya çıktığı şekliyle) devletin kurucu normatif devreleri anlamının ötesine geçip anayasacılık hareketleriyle birlikte haklar şartını havi bir konuma yükselerek gerçek anlamına kavuşmuştur.

O halde anayasa kavramının, gerçek anlamına kavuştuğu zemin anayasacılıktır. Bu zemini oluşturan anayasacılık; hukuk devleti ve insan hakları anlayışının gelişme ve yaygınlaşmasını müteakip sınırlı iktidarı hedefleyen fiili ve operasyonel (ameliyeci) bir düşünsel akımdır. Söz konusu düşünce akımının fiili ve operasyonel niteliğinin itici gücünü oluşturan sınırlandırma anlayışı en iyi ABD anayasacılığı üzerinden okunabilir.[9] Şöyle ki; Mayıs 1787'de Philadelphia'da bir araya gelen "kurucu babalar", anayasal hükümeti kurgulamada yeni bir yöntem ortaya koydular. Bu yolda Alexander Hamilton[10] iktidarın farklı alt iktidar odaklarına düzenli bir şekilde dağıtılmasını, hukuk eliyle ve somut olarak yargı yoluyla denge ve denetim sağlanmasını, halkın yasama meclisinde kendi seçimlerinden sorumlu temsilciler tarafından temsil edilmesi şartlarını ileri sürmüştür. Görüldüğü gibi anayasacılık dairesinde hükümet etmenin yapısal arayışında ABD kurucu babaları tecdidi bir anlayışla, denge ve denetimi esas alan bir anayasal iktidar kurgusu tasarısı ortaya koydular. Bu tasarıyla, bir yandan cumhuriyetçi hükümetin üstünlüğünü muhafaza ederken, diğer yandan eksikliklerini en aza indirgemek veya önlemek fonksiyonunu ifa eden güçlü araçlar öngörülmüştür. Tasarının ortaya çıkarılma fikrinin temelinde, doktrin modellemelerinin yokluğu bulunmamakta, bilakis Avrupa hükümet modellerinin yükselen Amerikan Birliğinin ihtiyaçlarına uymamasından kaynaklanan yeni bir hükümet etme kurgusu ihtiyacı yatmaktadır. Gerçekten de ABD kurucu babalarının önerdiği yeni hükümet modeli, güçler ayrılığı dengesi ve netliğinin bulunmadığı İngiliz modelinden farklı olarak oturaklı bir model örgüsüne sahipti.

Keza Devrimci Fransa'da da yeni hükümet arayışları fikri gelişip serpilse de Amerika'dan farklı bir pratiğe sahne oldu. Öyle ki, Fransa'da kuvvetler ayrılığı ilkesi güçler arasındaki denge ve denetimin sağlanması fikrine evirilmek yerine, hükümet işlevlerinin yaygınlaştırılması fikriyatına hizmet ederek güçlerin kendi içindeki bölümlerinin rollerine vurgu yapılmıştır.

---

9 On yedinci ve on sekizinci yüzyıllarda, siyaset filozoflarının dikkatinin merkezi hükümdarlar ve temsili organlar arasındaki ilişki iken, yürütmenin rolü ve işlevi büyük ölçüde göz ardı edilmişti. Avrupa monarşilerinde, krallar egemen güçler olarak tanındı ve Bakanlar onlar için çalıştı. Zamanla çift yönetici, Monarklar ve Başbakanlara sahip kabine hükümetleri gelişti. Kendi hükümet sistemlerini geliştirmek isteyen post-kolonyal liderler bu modeli yararlı bulmadılar, bunun yerine Avrupa monarşik geleneklerinden kopmaya ve yeni ihtiyaçlarını karşılayacak bir sistem kurmaya çalıştılar. Güney Carolina, New Hampshire ve Pennsylvania gibi koloniler, kralın konseyinin toplantılarını yönetmek için "başkanlar" seçtiler ve 1774 sonbaharındaki Kıta Kongresi'nin ilk toplantılarından bu yana, başkanlık görevlileri aynı unvana sahipti. Bu uygulama, cumhuriyetçi siyasi oluşumların seçilmiş başkanlarını "başkan" olarak adlandırmaya yol açtı. Başkanlık gücü sorunu tartışmalı olmaya devam etti ve Birleşik Devletler Anayasasını hazırlayanlar tarafından büyük ölçüde çözüldü.

10 Alexander Hamilton, The Federalist Papers No: 9.

Nihayetinde, anayasacılık anlayışı ve bu çerçevede gelişen fiiliyatın[11] somutlaştığı anayasal metinlerden şu esasları devşirmek mümkündür:

a. Kuvvetlerin tek elde toplanmasının önlenmesi (kuvvetler ayrılığı ve denetim-denge)
b. Devlet kudret ve imkanlarının kullanımının üstün ve yazılı kurallarla sınırlandırılması
c. Hukuk devletinde hukukun üstünlüğünden taviz verilmemesi
d. Özgürlüklerin kamu gücünün keyfi kullanımına karşı korunması.

Gerçekten de Oder'in de ortaya koyduğu gibi,[12] anayasalı devlet ile anayasal devlet farklılaşmasının kökleri, özellikle 18. yüzyıl ve sonrası anayasacılık hareketlerinde mevcuttur. Burjuvazi ve monarşi arasındaki gerilim ve çekişmenin mahsulü olarak ortaya çıkan anayasacılık hareketleri, sınırlı siyasal iktidar anlayışına yol verdi. İşte bu anlayışla geliştirilen anayasalarda, bir taraftan insan haklarına yönelik garantiler muhteva eden hak bildirgeleri yer aldı, öte taraftan kuvvetlerin sadece devlet erklerini kurgulayan bir metin olmanın ötesine geçerek, aynı zamanda kuvvetlerin fren ve dengelenmesine ilişkin araç ve tekniklere yer verildi. Böylelikle "sınırlı siyasal iktidarın" bir anayasal hukuk düzeninde bizzat hukuk eliyle fiilen temini anayasal metinde somutlaşmaktadır.

Buraya kadar, tarihsel sürecine de kısmen değinerek anayasacılık düşünce akımının somutlaştığı, yani insan hak ve özgürlüklerine saygılı ve bağlı ve keyfiyete karşı onları koruyan temel anayasal metinlere temas ederken, bu metinlerin oluşumunda görev üstlenen yapı ki, bu "kurucu iktidar"dan başkası değildir, ayrıca tahlil edilmesi gerekir. İşte bu noktada, tüm boyutlarıyla ele alınması gereken değer ve önemde bir kavram karşımıza çıkmaktadır.

B. BİR HUKUKİ FENOMEN: KURUCU İKTİDAR

1. Kuramsal Temel

Yeni bir anayasa yapma veya mevcudu değiştirme iktidarı olarak kabul ettiğimiz kurucu iktidar kavramının niteliğini tespitte, anayasa kavramına yüklenilen anlam önemli derecede yardımcı ve değerlidir. Öte yandan bu niteliğin tespitinde kurucu iktidar, ya salt bir iktidar harekat tarzı olarak ele alınabilir (eylem temelli yaklaşım) ya da bir *de jure* form (hak temelli yaklaşım) olarak benimsenebilir. Hemen belirtelim ki, kurucu iktidarı hukuki bir form olarak kabul etmekle hak temelli yaklaşımı benimsemekteyiz. Bu sonuca varmakta, anayasacılık anlayışı dairesinde anayasa kavramına yüklenen anlam etkili olmuştur. Daha başlangıçta

[11] Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım, s. 40.

[12] Bertil Emrah Oder, "Anayasa Nedir? Anayasacılık Nedir?" in İbrahim Ö. Kaboğlu (ed.), Türkiye'nin Anayasa Gündemi, 3. Baskı, İletişim Yayınları, 2016, s. 14.

belirttiğimiz üzere modern anayasa, yapısal ve haklar şartı olmak üzere iki temel bileşenden müteşekkildir. Böyle bir anayasanın yapıcısı olan kurucu iktidar, yine modern anayasa kavramının kazandığı anlam dikkate alınarak nitelendirilmelidir. O halde, devlet yapısının kurgulandığı hükümlerden çok, hak ve özgürlüklerin anayasal metinlerin oluşumunda kazandığı ağırlığın artmasına binaen, ancak hak temelli bir yaklaşımı esas alarak anayasa kurgusunu tasarlayan iktidar, gerçek bir hukuki form olarak kurucu iktidar vasfını kazanabilecektir.

Böyle bir girişten sonra meseleye biraz daha yakından bakalım. Buradaki sorun, esasında yazılı hukukun sıfır noktasındaki ontolojik boyutuyla yakından ilgilidir. Hukuksal pozitivizm, hukukun sıfır noktasındaki kurucu gücü, salt bir fiili mesele olarak görmektedir. Hukukun kökeni de kurucu gücün eylemsel kabiliyetine indirgendiğinde ise, içinde bulunulan cari statü "hukuk boşluğu" tezi ile açıklanmaktadır. Bu cari statüde, anayasa gibi hukuksal düzenin en üst ve bağlayıcı belgesinin ihdası aşamasında kurucu iktidarı bağlayan hiçbir pozitif ya da supra-pozitif kural bulunmamaktadır. Öte yandan bu statü, kurucu iktidar için hukuk boşluğundan doğan zemine istinaden mutlak ve sınırsız bir eylem kabiliyeti bahşetmektedir. Hukuki bir olgu olarak anayasa ihdasına, hele ki ontolojik aşamada (çünkü bu aşamada hukuk yoktur veya kadük haldedir), salt eylem kabiliyeti ile yaklaşmak ise hukukun sürekliliği tezini hiçe sayan anakronik bir yaklaşımdır. Üstelik bu aşamada hukuk boşluğu tezine dayanılarak kullanılan yetkiler, anayasa ihdasının hem muhtevasına hem de yöntemine şamildir.

Buraya kadar dikkat çekmeye çalıştığımız hukuksal pozitivizmin hukuk boşluğu tezinin kabulünden doğan sonuçların, anayasacılığın esasları olan kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi anlayışlarıyla bağdaşmayacağı aşikârdır. Anayasacılık yaklaşımını benimseyen kurucu iktidarın hareket kabiliyeti ve faaliyetlerinin mahsulü olarak anayasa ihdası, anayasasızlaştırma sonucuna varmaz. Böyle olunca, her ne kadar sosyal ve siyasi sistemin yeniden kurgulanması tezine[13] katılsak da, anayasa ihdasında cari statünün hukuk boşluğu olduğu anlayışından doğan hukuk ihdasında serbesti tezine katılmıyoruz.

Nitekim Çağlar, isabetli olarak belirttiği gibi[14]

> *"... klasik teorinin, kurucu iktidarın 'hukuk boşluğu'nda çalıştığı hipotezi her zaman doğrulanmaz. Akdeniz yeni demokrasileri, Anayasaların yapılmasında, Liberal Avrupa ortak anayasa hukuku, asli kurucu iktidarı kayıtlamıştır... Klasik anayasa hukukunun Fransa'da 'Ancien Regime'in tasfiyesini meşrulaştırıcı teorik ve kavramsal cihazları, hukukun sıfır noktası tezi gibi, zamanlı ve mekanlı cihazlardır ve bu anlamda*

[13] Bakır Çağlar, Anayasa Bilimi, BFS Yayınları, 1989, s. 85.

[14] Çağlar, s. 85.

yeni şarabı eski şişelere koymak her zaman için geçerli bir teknik sayılmaz. Kurallar siyasi-sosyal boşlukta inşa edilmeyeceğine göre, anayasa yapma ve değiştirme, hukuk dogmatiği ile sınırlı bir teknik, bir problem olmanın ötesinde, anayasa ontolojisi konusudur".

Şu halde, anayasa ihdasının ontolojik değeri bakımından yegane sınır anayasacılık anlayışıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu kurucu iktidar faaliyeti esnasında hukuk boşluğu da yoktur; zira cari hukuksal düzenin normatif kurgusu ve modern hukukun pozitif üst ilkeleri herhalde geçerliliğini korur. Öte yandan ülkenin içinde bulunduğu koşullar, toplum yapısı, sosyal ve siyasal ve kültürel değişim ve dönüşümlerin etkisi elbette yeni bir anayasa ve onun ilkelerinin ihdasında belirleyici unsurlardır. Dolayısıyla devletin kuvvet ve teşkilatının yeniden yapılandırılmasını ve devlet kudretini sınırlandıran haklar şartını ve sürekliliği sağlayan hukuk ilkelerini tayin eden anayasa ihdas etmek, özünde sadece normatif bir düzen oluşturma işlemidir. Dolayısıyla kurucu gücün kaynağı ne olursa olsun bir radikal değişim olarak yeni bir anayasa ihdas etmek, bu kurucu gücün anayasa ihdası ile kendi meşruiyeti ile beraber devleti ve ilkeleriyle beraber modern bir hukuk düzenini tesis etmek gayesi olsa da, bu hedefe ulaşma modern hukukun benimsediği genel hukuk ilkeleriyle örtüştüğü ölçüde gerçekleşmiş olur. O halde anayasa ihdası süreci, hukukun genel ilkeleri ve pozitif hukuk üstü kriterlerden bütünüyle bağımsız bir şekilde sonuçlanmaz.

Böyle olmakla birlikte, Herdegen'in de belirttiği üzere anayasa ihdasının muhtemel şartları şu üç hedefe matuftur:[15]

a. Anayasanın ortadan kaldırılmasının meşruluğu anlamında anayasal düzenin devamlılığı
b. Anayasa ihdasının demokratik meşruluğu
c. İnsan haklarının korunması

Şu var ki demokratik usullere uyularak ve meşruiyet dairesinde bir anayasa yapımından; bir anayasal düzenin temadisi dairesinde hukuksal barışa ve devamlılığa dayanan meşruluğu esas alarak herhangi bir ihtilali ara verme söz konusu olmaksızın meydana gelen anayasa değişimi anlaşılmalıdır. İhtilalden doğan yeni anayasa ise hukuk düzeninin köklü değişimine yol açtığından iç ve dış meşruiyet yönünden bazı tehlikeleri de beraberinde getirir. Elbette ki, herhangi bir ihtilalci anayasa değişimi olmaksızın düzende mündemiç meşru geçiş söz konusu ise, eğer ortadan kaldırılan anayasanın meşruiyeti ölçüsünde bir meşruluk da ortaya konulamıyorsa, bu durum doğrudan bir hukuk politikası eksikliğinin nişanesidir. Açıkçası anayasa yapılanmasındaki demokratik meşruluk -yalnızca anaya-

[15] Matthias Herdegen, "Anayasa Yapımının Sınırları" Çev. Naim Demirel, in Otto Depenheuer ve Christoph Grabenwarter (ed.), Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, 2014, s. 365-366.

sal devamlılık ya da sadece uluslararası hukuk yükümlülüğünün gerekçesinden öte- yeni anayasanın uluslararası toplum ve ülke vatandaşlarının nazarında hukuki ve fiili tanınmasına hizmet eder. Burada anayasa metninde yer alan insan hakları, yani haklar şartının sağlanması ise, hukukun genel ilkeleri standartlarını ortaya koyduğu gibi anayasanın meşruiyetinin, zorunlu muhteva şartını karşılar. Görülüyor ki, yukarıda değindiğimiz Herdegen'in anayasal değişim hedeflerine varan bir anayasa yapım sürecinin gerçekleşebilmesi bir ihtilali ara vermeyi gerektirmediği gibi, bilakis anayasa yapım sürecine herhangi bir hukuki eksiklik olmaksızın başlanabilmesi ve demokratik usul ve meşruluk şartları sağlanarak da tamamlanması mümkündür.

2. Kurucu İktidar Kavramına Mahsus Bir Sorun: Pozitivizmin Çıkmazı

Hans Kelsen, oldukça kapsamlı ve etkileyici bir şekilde norm ve normlardan müteşekkil hukuka ilişkin "saf hukuk kuramı" teorisini ortaya koymuştur. Kelsen saf hukuk kuramı teorisiyle hukuksal pozitivizmin çatısı altında normtaivist pozitivizmin kurucu babası olmuştur. Bu kuram, hukukun alan tasnifi içerisinde yer alan ulusal veya ulusal üstü hukuk normlarının yorumu değildir; genel bir hukuk kuramıdır. Saf hukuk kuramı yalnızca inceleme konusunu, yani nesnesini bilmeyi amaç edinir. Hukukun ne olduğu ve nasıl yapıldığı sorularına yanıt vermeye çalışır; hukukun ne olması gerektiğini veya nasıl yapılması gerektiğiyle ilgilenmez. Dolayısıyla kuram bir hukuk bilimidir, hukuk politikası değildir. Bu kuram hukuk bilimini tüm yabancı unsurlardan temizlemeyi hedefler.[16]

Kelsen'e göre hukuk toplumsal bir fenomendir, toplum ise açıkça gözlemlenebilir ve bir araştırma nesnesi olarak doğadan bütünüyle farklıdır; çünkü tamamen farklı unsurlardan örülmüş bir ağ görünümü taşır. Şu hâlde hukuk bilimi doğa bilimleriyle birleşemez. Dolayısıyla hukuk doğanın mümkün olduğunca kesin bir şekilde karşısında konumlandırılmalıdır.[17] Hukuk, hukuki bilincin yegâne nesnesi olan normdan müteşekkildir ve norm ise doğa alanında herhangi bir uygulaması olmayan bir kategoridedir. Doğada meydana gelen olayları hukuki olarak karakterize etmek, içeriği fiili olaylara belirli bir şekilde karşılık gelen normların geçerliliğini savunmaktır.[18]

Kelsen'e göre normun geçerliliğinden bahsetmek her şeyden önce normun, zamanda ve mekânda mevcut doğal gerçeklikle karşıtlık içerisindeki kendine özgü varoluşunu, ortaya çıktığı yolu vurgulamak demektir. Bu tür bir norm zaman ve mekânda yoktur; zira doğanın parçası değildir. Ancak norm kendisini vaz eden vakıayla karıştırılmamalıdır. Buna rağmen normun muhtemel içeriği fiili

16 Hans Kelsen, Saf Hukuk Kuramı, Çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, 2016, s. 1.

17 Kelsen, s. 2-3.

18 Kelsen, s. 7.

bir olayın muhtemel içeriğiyle aynıdır, zira norm içeriği bu fiili olaya, her şeyin ötesinde insan davranışına matuftur. Şu hâlde norm aynı zamanda içeriğinde davranışın hem nerde hem de ne zaman gerçekleşeceğini veya norm diliyle, "gerçekleşmesi gerektiğini", de belirlemelidir. Kişi davranışını çerçeveleyen normların geçerliliği çoğunlukla (ve dolayısıyla özellikle de hukuk normlarının geçerliliği) mekâna ve zamana bağlı bir geçerliliktir. Çünkü bu normların zamanda ve mekânda yer alan olaylardan ibaret bir muhtevasından bahsedilebilmektedir. Bir normun geçerli olması daima şu veya bu zamanda ya da mekânda geçerli olması anlamına gelir ki, belli bir zamanda ve yerde meydana gelebilecek olaylara atıfta bulunulur.[19]

Kelsen, hukuku norm olarak karakterize etmekte ve hukuk bilimini normların bilinişi ile sınırlandırmaktadır. Böylece hukuk doğadan ve norm bilimi olarak hukuk bilimi doğal olaylar gibi determinist yasalar çerçevesinde açıklamaya çalışan tüm diğer bilimlerden ayrılmış olur. Hatta bu şekilde hukuk bilimi, hukuk normlarıyla yorumlanan, hukuki vakıalar olarak sunulan doğal olayların sebep ve sonuçlarını soruşturan bilimden de ayrılır.[20]

Buraya kadar yaptığımız saf hukuk kuramı anlayışı çerçevesinde kurucu iktidar kavramının normatif değeri üzerine odaklanalım.

a. Görüldüğü gibi Kelsen kapalı sistem bir hukuk düzeni inşa etmektedir. Bu kapalı devre hukuk sisteminde norm, hukukun kendisi olarak karşımıza çıkmakta, bizzat hukuku temsil etmektedir. Nitekim Kelsen "*yasanın hukukun tamamı olduğu kabul edilirse, hukuka uygunluk, yasallık ile eşanlamı olur*" demek suretiyle bunu doğrulamaktadır. Saf hukuk kuramına göre normun kaynağı, yani hukukun kökeni ise iradedir. Kelsen ideyi ve buna bağlı değerler dizisini reddetmektedir. Dolayısıyla Kelsen tıpkı doğa gibi ahlak ve adaleti de hukukun dışında tutmaktadır. Bu yaklaşımla Kelsen hukuku zincirlerinden kurtardığını iddia etmektedir. Ayrıca hukukun meşruiyet kaynağı olarak konumlandırılmaması gerektiğini belirtmektedir. Kelsen'in adeta kültleştirdiği irade ise iktidarın somutlaşmış bir biçimi olarak devlet şeklinde var olmaktadır. Bu bağlamda devletle hukuku özdeşleştirmekte, hukukun içeriğinin her şey olabileceğini söyleyerek hukuku iradeye, yani bunun somutlaşmış biçimi olarak devlete indirgemektedir. Bu da "hukuk boşluğu" tezine ve dolayısıyla pozitivist kurucu iktidar kabulüne olağanüstü elverişli bir zemin hazırlamaktadır.

b. Öte yandan Kelsen'e göre nasıl özel hukuk teorisi daha baştan, bireyin hukuk kişiliğinin objektif hukuktan mantıksal ve zamansal olarak önce gel-

19 Kelsen, s. 8.

20 Kelsen, s. 10.

diğini kabul ediyorsa, kamu hukuku teorisi de aslen iradenin ve eylemin kolektif bir birliği olan devletin, hukuktan bağımsız ve önce var olduğunu varsayar. Fakat devlet kendini ve elbette sahip olduğu kuvveti de bir düzene tabi tutmak için, kendisine yükümlülük yüklemek ve haklarını tanzim etmede kullanmak üzere kendi hukukunu, yani norm ihdası suretiyle objektif hukuk sistemini kurgulayarak tarihsel misyonunu gerçekleştirmeye devam eder. Demek ki devlet -esasen hukuk üstü, güçlü bir makro-insan veya sosyal organizma sıfatıyla devlet-, hem hukukun ihdasının ön şartıdır hem de hukuk onun varlığını tanımaya ve pekiştirmeye yaramaktadır. Çünkü devlet ancak hukukla var olur, kamu gücünün yanı sıra topluma karşı yükümlülükleri de hukukla tanımlanır.[21] Devletin zamansal olarak önde tutulması, hukukun *a priori* varlığı tezine Kelsenci bir itirazdır. Kelsen'in saf hukuk kuramı, özellikle de mevcut toplumsal düzeni meşrulaştırmaya veya değerini reddetmeye yarayacak ideolojik araçlar sağlamak suretiyle şu veya bu şekilde siyasal çıkara hizmet etmeyi de reddeder. Böylelikle Kelsen, bilerek veya bilmeyerek, az veya çok ideolojik karaktere sahip olan geleneksel hukuk biliminin de en sert muhalifi pozisyonunu kazanmaktadır. O halde saf hukuk kuramının, ideolojiye karşıt konumu sebebiyle, hiç kuşkusuz, mahiyeti itibarıyla bilişin nesnesini ortaya çıkarmayı isteyen hakiki hukuk bilimi ortaya koyduğu söylenebilecektir.[22] Oysaki, ideolojik bir karakteri reddeden, siyasi çıkarla bağı olmayı veya ona hizmet etmeyi dolaylı bir şekilde dahi kabul etmeyen saf hukuk kuramı, objektif hukuk öncesi devletin kudretiyle tesis edilen hukukun oluşumundaki kurucu iktidarın, nihayetinde bir egemenin iradesinin tecellisi olmak hasebiyle sübjektif bir olguya bağlandığı gerçeğini gözden kaçırmaktadır.

c. Kelsen, normu yani hukuku doğadan nasıl ayırıyorsak, aynı şekilde ideal bir fenomen olan hukuku diğer ideal fenomenlerden de, özellikle diğer norm tiplerinden de ayırmalıyız demektedir. Buradaki amaç her şeyden önce hukuku zincirlerinden kurtarmak, hukuk ile ahlak arasında sürekli kurula gelen bağı kaldırmaktır. Burada asıl reddedilen şey hukukun ahlakın bir parçası olduğu ve dolayısıyla her yasanın, hukuk kaynağı olması hasebiyle, bir anlamda ve bir dereceye kadar ahlaki olduğu anlayışıdır. Ahlaki bir bakış açısından hukuk, adaletle eş anlamlıdır. Adalet; amacına, herkesi tatmin ederek mükemmelen ulaşan mutlak anlamda doğru sosyal düzen için kullanılan ifadedir. Adalet arzusu ise psikolojik açıdan insanın yalnız bir varlık olarak erişemeyeceği, toplum içinde peşine düştüğü ebedi mutluluk arayışıdır. Böyle bir kabulde adalet, toplumsal mutluluğa verilen ad olur. Ancak beşerî zihnin

21 Kelsen, s. 121-122.

22 Kelsen, s. 18.

adaletin tesisi sorununu çözme yönündeki bin yıllık çabalarının başarısızlığının da bize gösterdiği gibi, adaletin içeriği saf hukuk kuramınca belirlenemez ve rasyonel biliş de bu muhteviyata ulaşmada aciz kalır. Çünkü adalet ideasının mutlak geçerliliği çerçevesinde, pozitif hukuktan farklı ve üstün bir form olarak tahayyül edilmesi gereken adalet, -Platonik ideanın doğal gerçekliği dahil- bütün deneyimlerin ötesindedir. İşte hukuk ve adalet düalizmi bu ontolojik düalizmle aynı metafizik karaktere sahiptir. Dolayısıyla nasıl ki Platonik ideayı kendinde eşyanın esasını deneyime yönelmiş rasyonel bilişte sabitlemek mümkün değilse, aynı biçimde adaletin ne olduğu sorusuna da bu şekilde yanıt vermek mümkün değildir. Şimdiye kadar bu çizgideki tüm çabalar, "iyiyi yap, kötüden kaçın", "herkese sahip olduğu şeyi ver", "altın ortadan sapma" vb. gibi tamamen boş formüllere ulaşmıştır.[23] Kelsen bu bağlamda "*Doğadan, akıldan veya ilahi iradeden doğan verili mutlak iyi bir sosyal düzen varsa, yasakoyucunun eylemleri, güneşin en parlak olduğu anda yapay bir ışıklandırma kurmak kadar aptalca olacaktır*" demektedir.[24]

Sonuç olarak Kelsen'in norm veya hukuka yaklaşım biçimi kurucu iktidar bağlamında iradeci ve fakat farklı bir sorun alanına yol açmaktadır. Hemen belirtelim ki, hukuk iradeye ve bunun türevi olan norma indirgenemez. Zira hukukun kaynağı ve kökeni salt irade değildir. Esasen hukuka vücut veren Kelsen'in bütünüyle reddettiği değerler dizisi olup aksine kurallar, ilke ve değerlerin birleşiminden müteşekkildir. İkinci olarak hukukun genel ilkeleri, supra-pozitif ilkelerden; ahlak, adalet, eşitlik ve özgürlük üst kavramlarından ayrı düşünülemez. Tam tersine adalet, eşitlik ve özgürlük hukukun nüvesi ve gayesi olan umdelerdir. Bu da başta kurucu iktidarın hukuk ihdası olmak üzere anayasa yapma yetkisi kapsamında üretilen hukuku da kuşatmaktadır. Son ve önemli bir husus da devlet ve hukuk özdeşliği kurmak şeklindeki sakil düşüncedir. Bırakın hukukun devletin somutlaşmış hali olması görüşünü kabul etmeyi, tam tersine bir devlette hukukun asıl olup devleti kurgulayan bir temel düzen olduğunun benimsenmesi gerekir. İktidar ve elbette ki kurucu iktidar, devlet dahil her türlü görünüm biçimiyle hukuki ve hukuka uygun bir olgu olmak zorundadır ve meşruiyetini buradan alır. Sonuç olarak Kelsen'in saf hukuk kuramı, hukuku ve devleti açıklamakta eksik kalmakta ancak tam da bu yönüyle egemenin iradesine bağlı bir tür hukuk ihdas etme yetkisine karşılık gelen pozitivistlerin kurucu iktidar anlayışı bakımından elverişli bir faraziye olarak görülebilmektedir. Nihai olarak, Kelsen'in hukuk devleti kavramını tamamen pozitif hukuk perspektifiyle hukuka uygunluğu yasallıkla eşit tutan anlayışının devlet ve hukuk kavramlarının kazandığı modern anlamlar düşünüldüğünde kabul edilemez olduğuna ayrıca vurgu yapalım.

[23] Kelsen, s. 13-15.

[24] Kelsen, s. 16.

II. KURUCU İKTİDARIN FARKLILAŞMASI: ASLİ VE TÜREV KURUCU İKTİDARIN SUNİ ANLAMI

Klasik bir yaklaşımla ele alındığında kurucu ve şekillendirici bir kurucu iktidar anayasa ihdasıyla yürürlükteki bir metnin değiştirilmesini hedeflemekten çok var olan bir anayasa ile bağlı olmaksızın, orijinal ve tamamen yeni (*ab initio*) bir anayasa yapmayı gaye edinmektedir. Böyle olunca kurucu iktidarın kendi içerisinde farklılaştığı, asli ve türev kurucu iktidar tasnifi içerisinde incelendiği gözlenmektedir. Asli kurucu iktidar yeni bir anayasa ihdası makamında iken, türev kurucu iktidardan ise yeni ihtiyaçlar, tecrübeler ve anayasa hukukundaki gelişmeler ışığında anayasaya yeni hükümler veya kurumlar eklenmesi yahut var olan hükümlerin değiştirilmesi gibi yine anayasa tarafından usule bağlanan süreçleri[25] hayata geçiren iktidar anlaşılmaktadır.

Anayasa değişikliğinde meşruiyetin temeli, yürürlükteki anayasa tarafından kanun koyucuya tanınan yetki ve ruhsattır. Gerçekten de Abbe Emmanuel Joseph Sieyes, "Üçüncü Sınıf Nedir?" başlıklı ünlü makalesinde, "anayasa kurucu iktidar" (pouvoir constituant) ile "anayasayı değiştirici iktidar" (pouvoir constituant dérivé) arasında bir ayrıma gider. Bu ayrım asli kurucu iktidar türev kurucu iktidar tasnifine uyan biçimde anayasa kurucu iktidar, daha ağır koşullarda ortaya çıkan ve komplike yapısıyla ön planda olan anayasa koymanın özel bir görünüm biçimini hayata geçiren güç olarak anlaşılmaktadır. Türev kurucu iktidar ise "pouvoir constituant dérivé" anlamında asli kurucu iktidarın ihdas ettiği pozitif hukukun oluşturduğu[26] bir kuvvettir.

Ancak biz kurucu iktidar kavramı üzerindeki bu tasnifin suni olduğu kanaatindeyiz. Çünkü ister yeni bir anayasa yapılsın ister mevcut anayasada değişikliğe gidilsin, hukuk sistemini temelinden etkileyen tam veya kısmi hukuk ihdasının herhalde referandum sürecinden geçirilerek meşruiyetinin halka dayandırılması bizim savımızı destekler niteliktedir.[27] Zira demokratik bir hukuk devletinde referandum dayanmayan asli veya tali bir değişim usulü benimsenmediğine göre kurucu iktidarın kendi içerisinde tasnifi çabaları esasında öğretisel bir değer taşımaktadır. Anayasa üzerindeki hukuk ihdasının failinin iktidar değerini anlatabilmek ve vurgulamak için bu ayrım üzerinde durulduğunu düşünüyoruz.

---

25 Herdegen, s. 366.

26 Herdegen, s. 367.

27 Burada biz, referandum yoluyla anayasanın kısmen veya tamamen değiştirilmesi ya da baştan bir yeni anayasa yapılması arasında anayasa koyma tekniği bakımından bir fark görmemekteyiz. Böyle olmakla birlikte, anayasa değişikliği sürecinde referandumu zorunlu kılmayan, isteğe bağlı kılan ya da sayısal çoğunluklara göre alternatifler öngören anayasalar için asli ve türev iktidar ayrımı bir fark yaratmaz mı sorusu akla gelebilir. Biz burada anayasa koyma tekniği açısından koyulacak anayasa hükmünün maddi muhtevasını dikkate almayı tercih ediyoruz. Böyle olunca, bu hallerde de anayasa koyma tekniği bakımından asli ve türev kurucu iktidar özü itibariyle anlamını yitirmektedir.

Gerçekten de anayasa değişimi referandum ile gerçekleştiğinde *pouvoir constituant* ve pouvoir constituant dérivé arasındaki fark değerini kaybetmektedir. Herdegen'in ortaya koyduğu gibi,[28] referandum neticesinde ortaya çıkan halk iradesi ile gerçekleştirilen değişikliklerde, parlamenter sistemdeki kanun koyucunun kararında olduğu gibi, bu tür bir karar karşılaştırmalı anayasalara göre değerlendirilmeli midir? Nitekim Fransız Anayasa Konseyi 6 Kasım 1962 tarihli ünlü kararında, halkoyu ile tecelli eden kanun taslağını denetlemeyi reddetmiştir. Söz konusu kanun taslağının hedefi Fransız Devlet Başkanının doğrudan halk tarafından seçimine yönelikti. 1958 Fransız Anayasasının 61. maddesi Anayasa Konseyine, anayasa değişikliği öngören kanunları da diğer kanunlar gibi, anayasaya uygunluk açısından denetleme yetkisi vermiştir. Fakat 61. madde bu yetkinin kanun vasfını taşıyan tüm metinlere ilişkin mi olacağı, yoksa yalnızca parlamentonun yaptığı kanunlarla mı sınırlı kalacağını açıkça ortaya koymamaktadır. Anayasa Konseyi diğer anayasal organların faaliyetlerini kontrol eden bir organ olarak hareket eder ve böylelikle denetim yetkisini yalnızca parlamento kanunuyla sınırlar. Çünkü referandum yoluyla kabul edilen kanunlarda halk iradesi doğrudan tecelli etmektedir. Keza söz konusu bu gerekçe ile Fransız Anayasa Konseyi referandum yoluyla kabul edilen 1992 tarihli Avrupa Birliği Sözleşmesinin Onaylanmasına İlişkin Kanunun muhteva bakımından denetlenmesini hukuka aykırı bulmuştur. Bu iki kararın mantığında, Konseyin halk oylaması yoluyla yeni bir anayasa yapıldığında yetki sınırının oluştuğu ve bu nedenle de muhteva kontrolünden vazgeçmesi gerektiği yatmaktadır. Bu yaklaşım tarzının devlet güçlerinin hukuk mantığı içerisinde yerli yerine oturtulduğunun bir delili mahiyetini taşımakta, bir anayasal organ olarak kendini sınırlayan Konsey kendi meşruiyetinin de kaynağı olan anayasanın asıl sahibi olan halkın kararını denetleme kudretini kendinde görmemektedir.

Bu savı destekleyen ikinci bir nokta kurucu iktidar mantığının içinde yer almaktadır. Çünkü kurucu iktidarın yeni bir anayasa yapmasıyla ya da var olan bir anayasada değişiklikte bulunması arasında norm ihdası bakımından bir fark bulunmamaktadır. Her iki sonuçta da normlar hiyerarşisinin en tepesinde olan anayasa düzeyinde bir norm koyma tekniği bulunmaktadır. Her ne kadar bizim 1982 Anayasasında olduğu gibi bazı anayasal normların değişmezliği, dokunulmazlığı babında koruyucu anayasal normları barındırsa da, esasen anayasa normları arasında bir hiyerarşi kurulmamalıdır. Bir anayasa, bünyesinde kendi kurmuş olduğu düzeni koruyacak ne kadar çok hüküm yerleşik bulunsa da temelinde referandum yoluyla halk çoğunluğunun tasdikine istinaden meşruluk ve yürürlük kazanmakta olduğuna göre, halkın kendi tasdiki ile yürürlüğe koyduğu bir yazılı metnin kıskacında kendi iradesini ipotek aldığını kabul etmek ve savunmak demokratik hu-

[28] Herdegen, s. 367-368.

kuk devletinin anlayışı ve gereğine uymamaktadır. Demek ki, yeni bir anayasayı ihdas etmek referandum yoluyla halkın tasdiki ile gerçekleşeceğine göre, mevcut anayasanın halkın ve onun temsilcilerinin iradesi üzerinde onu baskılayan bir argüman olarak kullanmak ve yine mevcut anayasayı adeta Demokles'in kılıcı gibi söz konusu iradelerin oluşum ve açılımını kısıtlayan ve gölgeleyen kutsanmış bir metin pozisyonuna taşımak, bizzat demokratik anayasal düzen kavramıyla çelişmektedir.

O halde, bir anayasanın kısmen veya tamamen değiştirilmesi ya da baştan bir yeni anayasa yapılması arasında anayasa koyma tekniği açısından bir fark bulunmamaktadır. Kaldı ki bazı anayasa değişiklikleri, anayasal düzeninin kurgusunu öylesine değiştirmektedir ki yapılan değişiklik, mahiyeti itibariyle neredeyse yeni bir anayasa yapma boyutuna varmakta, bu durumda bunu gerçekleştiren iktidarın nasıl vasıflandırılacağı sorununun öğretisel anlam dışında bir değeri kalmamaktadır. Nitekim, 1876 Osmanlı Anayasasında gerçekleştirilen 1909 Anayasa değişikliği ile Türkiye Cumhuriyeti'nin 1982 Anayasasında gerçekleştirilen 2017 Anayasa değişikliği bu ağırlıkta yapılmış anayasal değişim örnekleri olarak gösterilebilir.

III. TÜRKİYE'DE KURUCU İKTİDARA (ANAYASA YAPICI) ANALİTİK YAKLAŞIM

A. Türkiye'de Kurucu İktidara Yaklaşımın Eleştirisi

Türkiye'de bugüne kadar 1876, 1921, 1924, 1961 ve 1982 tarihli olmak üzere beş farklı anayasa ihdas edilmiştir. Bu bakımdan nicelik olarak Türkiye'nin oldukça önemli bir anayasa birikiminin olduğu söylenebilir. Ancak bu denli anayasa ihdas edilmesine ve söz konusu anayasalarda da farklı zamanlarda birçok değişikliğe gidilmesine rağmen anayasa tartışmaları, Türk siyasal ve hukuksal hayatının en temel tartışması olmaya devam etmektedir. Gelinen noktada vesayetçi, otoriter ve dolayısıyla anti-demokratik kimliğiyle ön plana çıkan 1982 Anayasası yerine yeni bir anayasa yapma istemi de yine gündemi işgal etmektedir.

Ancak bu noktada ülkemizde anayasa tartışmalarının kilit kavramı olan kurucu iktidar kavramına hukuksal pozitivizm ekseninde paradoksal ve aşkın bir anlam yüklenmektedir. Buna göre ülkemizde kurucu iktidar eylem temelli bir yaklaşımla ele alınmakta ve olağanüstü koşulların (darbe, devrim, savaş, kaos gibi) ancak kurucu iktidarı doğurabileceği genel kabulü, sav olarak ileri sürülmektedir. Böyle olunca, ülkemizde yeni bir anayasanın ihdası paradoksal bir soruna dönüşmekte, sıfır bir anayasa yapımı ve güncellenmiş bir hukuk düzeni oluşumunun önü tıkanmakta ve sonuçta statükocu bu görüş öne çıkmaktadır.

Nitekim bu görüşün önde gelen temsilcisi Gözler'e göre[29]

"*... 'halk'ın Anayasa tarafından kurulmadığı, halkın egemen olduğu, aslî kurucu iktidara her zaman sahip olduğu yolunda düşünceler ileri sürülebilir; ancak bu düşüncelerin hukukî bir değeri yoktur. Kaldı ki, 1982 Anayasasının 175'inci maddesi çerçevesinde anayasa değişikliği usulünde, halkoylaması yoluyla iradesini açıklayan organ, 'halk' değil, referanduma gidip geçerli oy kullanan 'seçmenler'dir. Seçmen kavramı ile halk kavramının aynı şey olmadığı ise aşikârdır. Dolayısıyla anayasa değişikliği sürecinde referandum yoluyla iradesini açıklayan seçmen topluluğu, bir aslî kurucu iktidar değil, tali kurucu iktidar, yani bir kurulmuş iktidardır. Kurulmuş bir iktidar olarak da yeni bir anayasa yapma yetkisine sahip değildir.*"

Böyle bir kabul, esasında yukarıda bahsettiğimiz asli kurucu iktidar ve türev kurucu iktidar suni ayrımından doğmaktadır. Bu görüşe göre yeni bir anayasa ihdas etme ya da anayasa kanunu yazma iktidarını karşılamak üzere asli kurucu iktidar kavramı kullanılmakta, var olan bir anayasada öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde anayasanın değiştirilmesi ise türev kurucu iktidar kavramıyla karşılanmaktadır.[30] Ancak bu ayrımda asli kurucu iktidar vasfının kazanılması devrim, hükümet darbesi, savaş ve benzeri olağanüstü olaylar sonucunda ortaya çıkan ve hukuk boşluğu tezi çerçevesinde yeni bir anayasa ihdas etmekle mümkün olabilmekte, böylesi olağanüstü olayların mevcut olmadığı hallerde, anayasanın yine anayasaca belirlenen süreç dahilinde ve sınırlı nitelikte değiştirilmesini gerçekleştiren iktidara ise türev kurucu iktidar vasfını kazandırmaktadır.[31] Ancak biz bu tür bir tasnifin suni olduğuna yukarıda değinmiştik. Aynı tasnifi öğretisel anlamda benimsemekle beraber Özbudun,

"*Ancak bu, asli kurucu iktidarın, mutlaka anayasal düzende böyle bir kesintinin olması halinde ortaya çıkacağı anlamına gelmez. Bir ülkenin, böyle bir kesinti olmaksızın da, ihtiyaçlar gerektirdiği takdirde tümüyle yeni bir anayasa yapması elbette mümkündür. Aksini iddia etmek, yeni bir anayasanın ancak zor kullanımını içeren kesintiler sonucunda yapılabileceği anlamına gelir ki, bunu ne mantıkla, ne de demokratik ilkelerle bağdaştırmak mümkündür. Demokratik ilkeler, asli kurucu iktidarın tek ve asli sahibinin halk olmasını zorunlu kılar.*"[32]

---

29 Kemal Gözler, "Asli Kurucu İktidar-Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir Mi?" in Ece Göztepe ve A. Çelebi (ed.), Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler, Metis Yayınları, 2012, s. 52.

30 Mehmet Merdan Hekimoğlu, "Bu Meclis Anayasa Yapabilir Mi?", http://www.ekonomikyorumlar.com.tr/files/articles/1526374707_39.pdf, 8-11, s. 8, Erişim Tarihi 7.03.2021.

31 Kemal Gözler, Kurucu İktidar, Ekin Yayınları, 1998, s. 65 vd.

32 Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 18. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018, s. 165.

ifadeleriyle meseleyi doğru bir yaklaşımla ele aldığını ortaya koymaktadır.

Kaldı ki, klasik pozitivizmin savunucusu olduğu kurucu iktidar anlayışının yaygın bir uygulaması ile karşılaşmak da kolay değildir. Nitekim Parla bu doğrultuda aynen şunları belirtmektedir:[33]

> *"Demokrasilerde anayasaların yapılması ve değiştirilmesinde kurucu meclis yönteminin, çeşitli yöntemlerden sadece biri -ve seyrek başvurulan biri- olduğu yakın tarihin incelenmesinde ortaya çıkmaktadır. Batı anayasa hukukunda zaten çok yer tutmayan ve ad hoc (arızî) bir yöntem olarak nitelenen ve Latin Amerika ülkeleri ile totaliter Avrupa'ya özgü kabul edilen bu yöntemin İkinci Dünya Savaşı'nın ertesinde üç önemli Avrupa ülkesinde (Fransa, İtalya, Almanya) kullanılabilmiş olmasının tek açıklaması veya gerekçesi, bu kurucu meclislerin tam anlamıyla genel seçim ve partilerin temsili esaslarına dayandırılmış, kısaca geçici parlamentolar kimliğini taşımış olmalarıdır... 1958 Beşinci Cumhuriyet Fransa'sına ve Türkiye'de yanlış verilere dayandırılan ve yanlış değerlendirilen De Gaulle olayına gelince, hemen belirtmeliyiz ki, 1958 Fransız anayasası bazılarının sandığı gibi korporatif veya atanmış bir kurucu meclisin eseri değildir. 1956 genel seçiminden çıkmış bir partiler parlamentosunun ürünüdür. Bu kimliği ile kurucu meclis olarak çalışmış olan 554 üyelik Millet Meclisi'nin dökümü şöyledir: Komünistler 149, MRP 71, Sosyalistler 90, Radikal Sosyalistler 34, Demokratik ve Sosyalist Birlik 5, Radikaller 33, Sosyal Cumhuriyetçiler 18, Bağımsızlar 95, Öteki Sol 95, Öteki Sağ 55".*

O halde anayasanın değiştirilmesi olanağının atipik veya anti-demokratik olay ve olgulara bağlı kılınması, meşruluk zeminini meşru olmayan olay ve olgularda arayarak demokratik hukuk devletinin anayasal düzeninin sonunu planlamak hüviyetindedir. Bu sebeple, anayasayı yapma kudretinin demokratik bir iktidarın imkanı dahilinde tutulması aynı zamanda anayasal oluşumu meşru bir zemin üzerinde inşa ettiği gibi tüm yönleriyle istikrarın korunmasına hizmet eder.[34] Teziç'e göre de[35]

> "*Anayasa kavramı aslında, değiştirilebilme imkanını da içermektedir. Hukuki açıdan, anayasa da bir kanundur ve her kanun gibi zaman içinde değiştirilebilir niteliktedir. Siyasi açıdan anayasa, devlet teşkilatını, birey haklarını, belli bir dönem mevcut siyasi ve sosyal verilerine bağ-*

---

33 Taha Parla, "Anayasalar ve Kurucu Meclisler Üzerine Bazı Karşılaştırmalı Notlar", 1984, 38(3-5), İktisat Fakültesi Mecmuası, s. 213, 215.

34 Ayrıca bkz. Osman Can, "Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu", 2007, 62(3), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 108.

35 Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Beta Yayınları, 2001, s. 167, 170.

lı olarak saptamaktadır. Bu veriler zaman içerisinde değişebileceğine göre, devlet teşkilatını ve birey haklarını değişmez kurallara bağlamak mümkün değildir. Nihayet, anayasanın milli egemenlik ilkesinden kaynaklandığı durumlarda, onun değiştirilmesine karşı çıkmak, bu ilke ile de bağdaşmaz. Çünkü bir milletin, kendi anayasasını değiştirmesini yasaklaması, egemenliğinden vazgeçmesi demektir... Kaldı ki, bir dönemin kurucu iktidarının gelecekteki kurucu iktidarı sınırlaması, ya da bir öncekinin sonrakine üstünlüğü iddia edilemez. Aksi takdirde, ortaya çıkan değiştirme zorunluluğunun engellenmesi, anayasal düzendeki değişikliklerin zor kullanarak yapılmasına imkan tanımak olur ki, hukukçu hiçbir zaman şiddet yolunu öneremez."

Gerçekten de kurucu iktidar bir anayasa ihdas etme faaliyeti olduğuna göre bu gücün oluşumu ve işleyişi anayasacılık ve bunun beraberinde getirdiği kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi bakımından sorgulanmalıdır. Anayasacılığın itici gücü olan bu ilkeler kurucu iktidarın ontolojisinden pratiğine kadar her aşamada dikkate alınmalıdır.

Burada asıl üzerinde durulması gereken konu demokratik kurucu iktidar kavramı olmalıdır. Buna göre kurucu iktidarın kuruculuk vasfını halkın iradesinden aldığı göz önünde bulundurulmalıdır. Böyle olunca kuruculuk yetkisini halktan alan meşru bir meclis bir anayasayı baştan yapabileceği gibi onu tümden de değiştirebilir. Zaten anayasa bir "toplum sözleşmesi"dir. Şu halde toplumsal değişim ve dönüşümü oluşturan dinamikler, toplumsal sözleşmenin tamamen değişimini de gerektirebilecektir. Önemine binaen tekrar etmek gerekirse, hukuk yoluyla halkın siyasal birliğini tesis eden toplum sözleşmesi niteliğindeki anayasa, yine toplumun kendi iradesi doğrultusunda baştan ya da kısmi şekilde yapılandırılabilir.

Doktrinde Can'ın[36] "*Kurucu iktidar somut bir organ ya da kurum değil, bir işlevdir. Yürürlükteki hukuk düzenini ihlal suretiyle ortaya çıkabildiği gibi, bu hukuk düzeninin normatif verilerine dokunmaksızın bu düzeni yenisiyle ikame edebilir. Dolayısıyla "yasa dışı" bir sosyal grup olabileceği gibi, "yasal" bir organ da bu işlevi üstlenebilir. Örneğin tüm parti ve toplumsal güçlerin çağrısıyla ortaya çıkan kurucu bir meclis kurucu iktidar yetkisini kullanabileceği gibi, hâlihazırdaki bir parlamento da bu yetkiyi kullanabilir.*" şeklinde ifadeleri yer almaktadır. Yukarıdaki ifadelere dikkat edildiğinde bir işlev ve yetki olarak tarif olunan kurucu iktidar kavramı çerçevesinde parlamentonun yeni bir anayasa yapabileceği sonucuna giderken, "yasa dışı sosyal bir grub"un dahi kurucu iktidar vasfını kazanabileceği söylemiyle en azından bir kafa karışıklığını ortaya

[36] Can, Anayasayı Değiştirme İktidarı, s. 106.

koymakta, pozitivistlerin kurucu iktidar anlayışı ile demokratik kurucu iktidar kavramı olumlaması arasında gidip gelmektedir.

O halde meseleye ülkemiz açısından baktığımızda, TBMM'nin kurucu iktidar yetkisi kullanmak suretiyle yeni bir anayasa ihdas ederek kurucu referandum[37] yoluyla yürürlüğe koyabilmesinde bir mahsur olmadığını söylemek mümkündür. Şunu önemle belirtelim ki, TBMM'nin bu usul içerisinde yeni bir anayasayı yaparak yürürlüğe koymasının önünde, yürürlükteki 1982 Anayasası herhangi bir engel teşkil etmemektedir. Bu süreç işletilirken, mümkün olduğunca katılımcı, şeffaf ve dolayısıyla demokratik şekilde yönetilmeli toplumsal tüm kesimlerinin talep ve tercihlerini karşılayabilecek bir metnin oluşumu bakımından yine tüm toplum katmanlarının görüşlerinin toplanarak dikkate alındığı bir usul benimsenmelidir. Ancak böyle yapıldığında bir toplumsal sözleşme mahiyetinde bir anayasa ihdas edilmiş olur.

B. TÜRKİYE'DE TÜREV KURUCU İKTİDARIN YETKİ SINIRI: DEĞİŞMEZ HÜKÜMLER SORUNU

1. Genel Olarak Türk Anayasalarında Değiştirilemez Hükümler

Osmanlı-Türk anayasal gelişmelerine anayasa tarihi yönünden bakıldığında, 1876 Kanuni Esasi, 1924 Anayasası, 1961 Anayasası ve 1982 Anayasalarının katı anayasa anlayışını haiz olduklarını görmekteyiz. Karşılaştırmalı anayasaya hukuku bakımından, katı anayasa sistemini benimsemiş olan anayasalarda kabul gördüğü üzere bizim 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarının da değiştirilmez hükümler içerdiği gözlenmektedir.

Kanun-i Esaside bu yönde bir hüküm bulunmamakta, fakat Cumhuriyet dönemi anayasalarında ilk kez 1924 Anayasası ile başlamak üzere hepsinde değiştirilmez hükümlere yer verilmiştir. Nitekim 1924 Anayasasının, değişiklik sürecini düzenleyen 102. maddesi değiştirilmez hükümleri de belirlemiştir. Gerçekten de, Anayasanın 102. maddesinde devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki 1. maddenin değiştirilmesinin dahi teklif edilmeyeceği hükmüne yer verilmişti. Keza 102. maddenin 4. fıkrası "Bu kanunun, Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki birinci maddesinde değişiklik ve başkalama yapılması hiçbir türlü teklif dahi edilemez" hükmünü havidir.

Söz konusu 1924 Anayasasının 102. maddesi Anayasanın değiştirilmez hükmü kapsamını dar tutarak değiştirilmezliği, Cumhuriyet yönetim şekline teksif etmiştir. Gerçi, 1924 Anayasası tasarısının TBMM'de görüşülmesi esnasında, değiştirme yasağının genişletilmesi yönünde teklifler gelmiştir, ancak bu görüşler kabul görmemiştir. Örneğin Bozok Mebusu Hamdi Bey'in; Devletin dinini,

[37] Hekimoğlu, s. 11.

başkentini ve resmi dilini belirleyen 2. maddesinin; egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğunu söyleyen 3. maddesinin ve TBMM'nin milletin tek ve gerçek temsilcisi olduğunu, egemenliği millet adına yalnız onun kullanacağını düzenleyen 4. maddesinin de değiştirilmesinin yasaklanmasını istemiştir. Fakat getirilen bu öneri Meclis çoğunluğu tarafından reddedilmiştir.[38]

1961 Anayasasına gelirsek, burada da değiştirme yasağı varlığını korumuştur. Nitekim Anayasanın 9. maddesi, bu sefer madde numarası belirtmeksizin, Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmünün değiştirilemeyeceğini ve değiştirilmesinin teklif edilemeyeceğini öngörmüştür. Fakat özellikle Anayasa Mahkemesi uygulamasında bu yasak geniş yorumlanmış ve değiştirilmesi yasaklanan Cumhuriyetin sıradan bir Cumhuriyet olmadığı argümanıyla, bu kavramın, Anayasanın 2. maddesindeki nitelikleri de içermesi gerektiğine karar verilmiştir.

Nitekim Yüksek Mahkeme, 27.1.1977 günlü, E. 1976/43 ve K. 1977/4 sayılı kararında aynen şunları vurgulamıştır:[39]

> *"... Anayasanın 9. maddesi ile değiştirilmesi yasaklanan Türkiye Cumhuriyetinin temel nitelikleri, Anayasanın 2. maddesinde ve bu maddenin gönderme yaptığı Başlangıç kısmında açık biçimde belirtilmiştir. Bu bakımdan 9. maddedeki yasak, yalnız 'Cumhuriyet' sözcüğünün değiştirilmesini değil, 2. madde ve bu maddenin gönderme yaptığı Başlangıç kısmında belirtilen nitelikleri de kapsar. Anayasanın 2. maddesi, Türkiye Cumhuriyetini, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olarak tanımlamıştır. Buna göre, bu ilkelerden soyutlanmış devleti, Anayasanın tanımladığı 'Cumhuriyet' olarak kabul etme olanağı yoktur".*[40]

---

38 Erdal Onar, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, 1993, s. 7.

39 a. 16.6.1970 günlü, E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı Karar.
b. 13.4.1971 günlü, E. 1970/41, K. 1971/37 sayılı Karar.
c. 15.4.1975 günlü, E. 1973/19, K. 1975/87 sayılı Karar.
d. 23.3.1976 günlü, E. 1975/167, K. 1976/19 sayılı Karar.
e. 12.10.1976 günlü, E. 1976/38, K. 1976/46 sayılı Karar.
f. 12.10.1976 günlü, E. 1976/26, K. 1976/47 sayılı Karar.

40 Gerçekten de 1961 Anayasası tasarısının Temsilciler Meclisinde görüşülmesi sırasında, değiştirme yasağının yalnızca Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna yönelik hüküm için değil, fakat Cumhuriyetin bazı nitelikleri için de söz konusu olması istenmiş idi. Bu meyanda, üyelerden Necip Bilge, şöyle demiştir: *"... Kanaatimce, sadece Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hükmün değişmezliğinin ifade edilmesi yeterli değildir. Çünkü bugün dünyanın en sağcısından, en solcusuna kadar bütün diktatörlükleri, rejimlerinin Cumhuriyet olduğunu ifade ve ilan etmektedirler... Onun için, ben şahsen, sadece Cumhuriyetin değil, Cumhuriyetimizin vasıflarından olan demokratik ve laik olduğu şeklindeki prensibin de değişmezliği şeklinde bir hükmün konmasının daha uygun olacağı kanaatindeyim..."* Aktaran Onar, s. 8.

Açıkça görüldüğü üzere, Yüksek Mahkeme kararlarıyla Cumhuriyet kavramının kapsamı genişletilmiş ve Anayasada yer verilen Cumhuriyet'in temel ilkeleri de bu kavram kapsamında kabul edilerek değişmezlik yasağının muhtevasına dahil edilmiştir. Bu hükmün tesisinde Anayasa Mahkemesinin cumhuriyet kavramının salt lafzi ya da tarihsel yorumla[41] değerlendirmeyip dinamik yorum metodunu uyguladığını söylemek yerinde olacaktır. Böylelikle yorum yoluyla anayasa hükümlerinin mahiyetini genişleten bir yargı aktivasyonu gösterilmiştir.

2. 1982 Anayasasında Değiştirilemez Hükümler Sorunu

a. Genel Olarak

1982 Anayasası, 1924 ve 1961 Anayasasına nazaran değiştirilmez hükümlerin kapsamını daha geniş tutmuştur. Gerçekten de 1982 Anayasasının değiştirilemeyecek hükümler başlıklı 4. maddesine göre

> "*Anayasanın 1'inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2'nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3'üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez*".

Öte yandan 1982 Anayasasının hazırlık sürecinde de değiştirilemezlikle ilgili hükmün önemli tartışmalara sebep olduğunu görmekteyiz. Danışma Meclisindeki görüşmelerde bazı üyeler tarafından değiştirme yasağı kapsamının geniş tutulması ve özellikle 2. maddedeki Cumhuriyetin niteliklerini de kapsaması gerektiği dile getirilmiş olsa da bu öneriler o aşamada kabul görmemiştir. Danışma Meclisinde değiştirilemezlik kapsamı 1924 ve 1961 Anayasalarında olduğu gibi yönetim şeklinin Cumhuriyet olduğu hükmü ile sınırlı tutulmuştur. Gerçekten de Karagöz'ün belirttiği üzere[42] Danışma Meclisinin 18 Ağustos 1982 tarihli 129. birleşiminin 5. oturumunda değiştirilemez hükümlerle ilgili oldukça heyecanlı tartışmaların yapıldığı görülmektedir. Danışma Meclisindeki görüşmelerde değiştirilemez hükümlere ilişkin iki temel yaklaşım ortaya konulmuştur. İlk yaklaşıma göre; değiştirilemezlik kapsamına Devlet yönetim şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hükme 2. maddedeki Cumhuriyetin niteliklerinin de eklenmesi olmuştur. İkinci öneri ve teklif ise Kamer Genç tarafından öne sürülmüştür.

---

41 Zira bu hususta 1961 Anayasasının Temsilciler Meclisinde görüşülmesi sırasında, değişiklik yasağının, Cumhuriyetin bazı niteliklerini de içermesi yolundaki önerilere Anayasa Komisyonu sözcüsü Aksoy şu açıklamamalarda bulunmuştur: *"... Anayasaya bunu da koymak milletin hakimiyet sahasını biraz daha daraltmak demek olur. Eski Anayasamızda yer alan istisnayı, Fransa'da da olduğu gibi devam ettiriyoruz. Ne kadar faydalı olursa olsun, buna yenilerini eklemeyi doğru bulmuyoruz. Aksi halde 'Demokratik'ten başka 'Laiklik'e de, 'Sosyalliğe' de teşmil edelim mi sormak, kaçınılmaz mukadder adımları teşkil edecektir. Yani yasaklar halkası artık namütenahi genişleyebilir. Demokrasinin korunmasını başka yollardan temin etmeliyiz*". Aktaran Onar, s. 10-11.

42 Kasım Karagöz, "Yeni Anayasada Değiştirilemez Hükümler Sorunu", 2013, 50, Yeni Türkiye Dergisi s. 592.

Kamer Genç değiştirilemezlik kapsamının Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hükmü ile sınırlı tutulmasını önermiştir. Tam bu noktada Anayasa Komisyonu Başkanı Orhan Aldıkaçtı ise daha etkili gerekçeler ileri sürerek değiştirilemezlik hükmünün yalnızca yönetim şeklinin Cumhuriyet olduğu hükmü ile sınırlandırılması, kapsamının ikinci maddedeki Cumhuriyetin niteliklerini de kapsayacak şekilde genişletilmemesini istemiştir. Bu doğrultuda Aldıkaçtı aynen şu değerlendirmelerde bulunmuştur:[43]

> "*Bir toplum olduğu gibi kalmaz ve bir toplum daima gelişir. Gelişmekte olan bir toplumun dayandığı sosyal değerler zamanla değişir. Hukuk kuralları dahi değişir. Bir toplumun dayandığı sosyal kuralların yahut hukuk kaidelerinin değişmeyeceğini, değişmesinin mümkün olmayacağını düşünmek, eşyanın tabiatına aykırı bir durumdur. Türkiye Cumhuriyeti'nin değişmezliğini ilan eden madde dahi; realist olalım arkadaşlar bir gün memlekette böyle bir şey olması mümkün değil, gerekçede bunu belirttik, sakın bize böyle bir fikir verilmesin; ama değiştirilirse ne yapılır? Çoğunluk değiştirirse ne yaparız. Hiçbir şey yapamayız. Çoğunluğun kararına uyarız yahutta isyan ederiz, karşı karşıya dövüşürüz. Fakat bunun dışında, eğer bir hukuk kuralı değiştirilecek olursa, değiştirilmek istenirse; bir sosyal değer değiştirilmek istenirse, buna karşı çıkılmaz. Buna karşı çıkmaya çalışmak, bunu toplumu olduğu yerde bırakmak fikrine eş anlamına gelir. Yani, toplumun birtakım değerleri olacak, o değerler katiyen değişmeyecek... Bu sözlerim fazla soyut gibi görünür. Size, isterseniz somut bir örnek verelim. Farz edelim ki, 1920 yılında Türkiye'de bir anayasa yapılmış olsun ve bu anayasa devletin dininin İslam olduğu ilkesine dayansın ve bu ilke de aynı düşünceye yahut aynı ilkeye uyularak değişmez bir hüküm, değişmez bir ilke olarak ilan edilsin. Sonra nasıl ilan edecektik laiklik ilkesini?...*"

Görüldüğü gibi, Danışma Meclisi yalnızca yönetim şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkında hükmün, o da yalnızca tarihsel nedenlerle, belki bir siyasi koruma amacıyla sadece Cumhuriyetle sınırlandırılmasını istemiştir.[44] Ancak Milli Güvenlik Konseyinin önüne geldiğinde en çok tartışmalı metnin Anayasanın 4. maddesi olarak ortaya çıktığını görmekteyiz.

b. Değiştirme Yasağının Hukuki Değeri

Değiştirme yasağının hukuki değerinin tespitinde önceden ileri sürülmüş görüşleri dikkate alarak meseleye yaklaşmak yerinde olur. Bazı kamu hukukçuları,[45]

43 Aktaran Karagöz, s. 593.

44 Karagöz, s. 594.

45 Teziç, s. 168.

esasında anayasalarda değiştirilemeyeceği öngörülen hükümlerin hukuki bakımdan bir değeri söz konusu olmadığını ifade etmektedirler. Çünkü belirli bir dönemin kurucu iktidarı, geleceğin kurucu iktidarından daha üstün kabul edilmemelidir. Gerçekten de bir dönemin kurucu iktidarı kendi değiştirilemez hüküm ve ilkelerinin fikri kısıkacına alarak gelecek kuşakların hukuk düzenini değiştirebilme iradesini hapsetmemelidir. Yine bu yaklaşımı benimseyenler, böyle bir yasağın cari olduğu hukuk sisteminde anayasayı değiştirme yetkisini haiz kurucu iktidar anayasada öngörülen usullere uyarak, yasaklayıcı maddeyi yürürlükten kaldırıp, ikinci bir aşamada da, değiştirilmesi yasak hususları yeniden siyasi tercihine göre düzenleyerek tüm sınırlamalardan sıyrılabilme formülünü uygulayabilir.

Buradan hareketle, bu türden değiştirilemezlik yasağı vazeden kurucu iktidarların, sadece yeni bir anayasa ihdas etme fikrinden öte böyle hükümler vasıtasıyla kendi siyasal ideallerini cisimleştirerek sonraki nesillere dayattığı söylenebilir. Bu yüzden de zahiren geleceğin kurucu iktidarları bakımından bağlayıcı gibi görünseler de esasen değiştirilemezlik noktasında hukuki bir değeri haiz değillerdir. Zaten söz konusu bu yasaklamaların hukuki olmaktan ziyade tarihi ve siyasi bir değer ve geçerliliği vardır. Bu yasakların neticesi de somut hukuki müeyyidelerden mahrumdur, yalnızca yasama organına yönelik manevi müeyyidelerden ibarettir.[46]

1982 Anayasası özelinde düşünürsek, değiştirilmesi yasak hükümleri öngören hükmün değiştirilmesini yasaklama iradesine sahip olduğu halde, diğer bir ifade ile değiştirme yasağını yasaklama tekniğini uygulayarak hükmün hukuki koruma değerini yükseltmeye çalışmaması, kurucu iktidarın bilinçli bir tercihidir.[47] Değiştirme yasağını yasaklama tekniğinin uygulanmadığı bir anayasa bakımından, bu kez değiştirilmesi açık bir şekilde yasaklanmayan bu normun değiştirilemeyeceğini söylemek, bu normun muhtevasını yorum yoluyla genişletmekten başka bir anlam taşımaz.[48] Öte yandan, değiştirme yasağını düzenleyen hüküm istisnai nitelikte olup dar yorumlanır. Bir başka açıdan meseleye bakıldığında, anayasayı değiştirebilmek genel kural, değiştirme yasağı kuralı ise istisnai nitelikte olduğundan genişletici yorum yöntemi ile mahiyetinin genişletilmesi hukuk mantığına aykırıdır.[49]

---

46 Mustafa Erdoğan, Anayasa Hukuku, 6. Baskı, Orion Yayıncılık, 2011, s. 330.

47 Aynı yönde bkz. Adnan Küçük, "Yeni Anayasa Yapımı Eşiğinde: Demokratik İradenin 'Anayasadaki Değiştirilmesi Yasak Hükümler'le Bağlanması", in Murat Yanık, Hüseyin Özcan ve Ahmet Akcan (ed.), Uluslararası Anayasa Kongresi Metinler Kitabı 3, İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları, 2012, s. 210.

48 Ayrıca Erdoğan'ın da ortaya koyduğu gibi, değiştirilmesi yasaklanan hükümlerin değiştirilmesi yolunun açık olması, değiştirilebilmesinin de hukuken mümkün olması yalnızca bir hukuki olanaktır; söz konusu bu olanağın kullanılması ise esas itibariyle ortamdaki siyasal güç ilişkilerine bağlı bir mefhumdur. Erdoğan, s. 331.

49 Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Yayınları, 2010, s, 120-121.

Bu savın, hukukun genel ilkeleri gibi bazı kayıtlarla, toplumsal değişim ve dönüşüm ekseninde değerlendirilmesi ve bu odaktan hareket edilmesi bağlamında yerinde olduğu söylenebilir. Gerçekten de toplumdaki devinim ister istemez süreç içerisinde hukuki belgelere de yansır. Öyle olmasaydı anayasacılık hareketleri ve tarihinden söz edilemezdi. Kaldı ki, eğer anayasanın yapısal şartlarında ya da haklar şartında hukuki yollardan değişiklik yapılması önlenirse, bu değişiklik anti-demokratik ve hukuksal olmayan yollardan gerçekleştirilme kapısına yönlendirecektir. O halde çözümün hukuk içerisinde aranması elzemdir.[50]

Bu konuda farklı bir görüş de söz konusu değişmezlik yasağının hiçbir hukuki değerinin olmadığının söylenmesinin yerinde olmadığı şeklindedir. Öyle ki, bazı anayasalarda bu yasaklamalar için açık bir şekilde müeyyide ve esas yönünden denetim öngörülmüş olmasa dahi Federal Almanya, Türkiye ve Hindistan'da olduğu gibi, anayasa değişikliklerini esastan denetleme yetkisini kendinde gören yüksek mahkemelerin mevcut oldukları ortadadır. Böyle olunca, anayasadaki değiştirme yasaklarının bütünüyle hukuki müeyyideden yoksun oldukları söylenemeyecektir.[51] İkinci olarak, şu argümanı ileri sürmek de yerinde olmaz; önce değiştirme yasağı getiren madde kaldırılıp, daha sonra da değiştirilmesi yasaklanan hükümlerin değiştirilebileceği yöntemini uygulamak, buna hiçbir hukuki engelin bulunmadığını söylemek de haklı olmayacaktır. Zira bu yöntem tipik bir "hile-i ser'iyye"dir. Ayrıca bu tür bir yol hukukun genel ilkeleri tarafından himaye edilemez. Burada yasaklanan şey, söz konusu hükümlerin devrimle, hükümet darbesiyle değiştirilmesi değildir; aksine yasaklanan, bu hükümlerin, anayasal sınırlar dahilinde kalınarak, kurucu iktidar tarafından değiştirilmesidir.[52] Nitekim Gören'e göre[53]

> *"Bazı temel Anayasa ilkelerinin yazılı bir değişmezlik kuralı ile değişmezliği, ancak Anayasayı değiştirme yetkisi konusunda yazılı olmayan belli sınırların bulunması halinde kabul edilebilir. Çünkü Anayasa değişikliğinin yazılı olmayan sınırları olmasaydı Anayasayı değiştiren yasa koyucu kolaylıkla yazılı değişmezlik kuralını dikkate almayabilirdi. Önce değişmezlik kuralını kaldırabilir ve daha sonra değişmezlik kuralı ile korunan ilkeleri değiştirebilir ve kaldırabilirdi. Ancak aslında değişmezlik kuralının Anayasada normlandırılmasıyla zımnen -yazılı olmadan- bu kuralın kendisinin değiştirilemez olduğu şart koşulmuştur."*

---

50 Aynı yönde bkz. Teziç, s. 167-168.

51 Küçük, s. 211.

52 Gözler, Kurucu İktidar, s. 142-143; Küçük, s. 211.

53 Zafer Gören, "Anayasa Koyan Erk ve Anayasa Değişikliklerinin Sınırları", 2009, 8(16), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 6.

Buraya kadar yaptığımız farklı görüşlere ait açıklamalar dikkate alınınca, bu girift meselenin hali noktasında ikili bir ayrım çerçevesinde konuyu irdelemek gerekir. İlk ihtimal, açıkça yapılan günceli kavramaya çalışan olağan anayasa değişikliklerinin değiştirilmesi yasak hükümlere aykırı olduğunun tespiti hususunda Anayasa Mahkemesine esastan denetim yetkisinin verilmiş olmasıdır. İkinci ihtimal, anayasada değiştirilmesi yasak hükümler bulunması ve fakat Anayasa Mahkemesine, anayasa değişikliklerinin değiştirme yönünde korunan hükümler de dahil esası yönünden anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisinin açıkça verilmemiş olmasıdır. İlk ihtimal çerçevesinde düşünürsek, anayasa kuralları arasında hiyerarşik bir yapı öngörülmüş olmakta; dolayısıyla değiştirme yasağına ilişkin hükümler üst norm olarak vasıflandırılarak herhangi bir anayasa değişikliğinin esas yönünden bu normlara uygunluğunun denetimi yolu ihdas edilmiş olmaktadır. Yine bu ihtimal dairesinde değiştirme yasağını öngören anayasal normların hukuki değerden yoksunluğu değil ancak üstünlüğünden bahsedebilmek mümkün olur. İkinci ihtimalde ise, anayasa değiştiren kanunlar yine anayasada açıkça Anayasa Mahkemesinin sadece şekil denetimine tabi kılınmışsa, bu halde değiştirme yasağı hükümlerinin bir blokaj değerinden bahsetmemiz uygun düşmeyecektir. Belki bu noktada değiştirme yasağını içeren hükümleri anayasaya derceden kurucu iktidar, tamamen abesle mi iştigal etmiştir sorusu da cevaplanmak gerekir. Bu sorunun cevabı, ilgili hukuk düzenindeki denetim organının, örneğin anayasa mahkemesinin yorum ve kararları göz önünde bulundurularak verilebilir. İkinci ihtimali düzenleyen anayasalarda yapılan değişikliklerin üst denetim organınca esasa girilerek ve değiştirilemez hükümleri de dahil tüm anayasa göz önünde tutularak ele alınması, değiştirilen anayasa yürürlükte kaldığı müddetçe hüsnü kabul gösterilebilecek bir yargı aktivizmi sayılabilir. Elbette ki, jüristokrasi sıfatlandırmasının yapılabileceği sınırlara ulaşmamak kaydıyla. Ancak bu durum anayasanın tamamını değiştiren kanunun denetimi söz konusu olduğunda geçerli olmamak gerekir. Çünkü artık mevcut anayasanın dikkate alınmasını gerektiren ve ona göre şekillenmiş bir hukuk düzeninin varlığı irade edilmemektedir. Hangi usulle şekillenmiş olursa olsun kurucu iktidarın maksat ve iradesi yeni bir anayasal düzen oluşturmak, kurgulamak olduğu için, bu iradenin ortaya koyduğu yeni anayasanın eskisine uygunluğundan bahsetmek ise abesle iştigal olacaktır. Bu yüzden değiştirme yasağı içeren hükümlere bir hukuki değer atfetmek belki doğrudan hukuka aykırılık teşkil eder. O halde bu hükümler, bütünüyle yasama kudretine ilişkin, maddi yaptırımı olmayan, siyasal ve tarihi bazı direktiflerden ibaret şekilde kabul edilmelidir.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Buraya kadar anlatılanlardan sonra belki de ilk cevaplandırılması gereken soru, demokratik bir hukuk devletinde normal bir dönemde yeni bir anayasa ihdası iktidarına sahip bir kurucu iktidar temerküz edebilir mi? Yukarıda vurguladığımız üzere her ne kadar katılmasak da doktrinde kurucu iktidar, asli kurucu iktidar ve türev kurucu olmak üzere farklılaştığı görülmektedir. Buna göre özellikle asli kurucu iktidar, bir devletin anayasasının "sıfırdan" ihdas edilmesi süreci ile ilgili olup, hukuki hiçbir bağ ile kayıtlı olmayıp bir "devleti" anayasal olarak kuran, kurulan devlete hukuki ve siyasi statü tayin eden, adeta yoktan anayasa yapan iktidar şeklinde nitelendirilmektedir. Asli kurucu iktidar böyle olunca mevcut anayasa üzerinde değişiklik yapma iktidarı da türev olarak vasıflandırılmaktadır. Böyle bir suni ayrıma katılmadığımız gibi, kurucu iktidarı adeta devleti yeni baştan kuran bir iktidar olarak tarif eden yaklaşıma da katılmıyoruz.

Öte yandan, anayasa normları arasında hiyerarşik bir yapının varlığı tezi de dayanaksız bir yaklaşımdır. Anayasalar toplumsal sözleşme olması hasebiyle öyle hassas kurgulanmaya çalışılmış metinlerdir ki, bazen bir hükmünün değiştirilmesi dahi anayasanın ruhuna (meta-juridique yapısına) tesir eder, devletin tüm karakteristik yapısına müdahale etme hükmünü taşır. Böyle olunca, türev kurucu iktidar da asli kurucu iktidar niteliği kazanır ki, bu ayrımın yapaylığının bir diğer delili olmaktadır. Şu halde, hukuki bir ara vermeye (hukuk boşluğu) ihtiyaç olmaksızın, sosyolojik, kültürel ve hatta ekonomik ve teknolojik gelişmelerin doğurduğu hukukun yeniden tanzimi ihtiyacı ortaya çıkması halinde bütünüyle yeni bir anayasa yapılması elbette mümkündür. Bir kez daha vurgulayalım ki, klasik kurucu iktidar ayrımı içerisindeki iktidar anlayışının benimsenmesi durumu ontolojik yapısı bakımından daha baştan bir meşruluk krizi doğurur.

Yeni bir anayasa ihdası iktidarı konusunu bu şekilde netleştirdikten sonra, anayasanın değiştirilmesi yahut yeni bir anayasa yapılması konusunda yürürlükteki mevcut anayasanın değiştirilemez hükümler sorununu da bu çerçevede ele almak gerekir. Nitekim Tanör,[54] Anayasanın 2. maddesiyle ilgili olarak;

> *"Artık 1961 Anayasasındaki gibi liberal ve demokratik bir içeriği kalmayan 'Başlangıç' bölümündeki 'temel ilkeler'in de değiştirilemez ve değiştirilmeleri dahi teklif edilemez anayasa hükümleri haline gelmesi son derece ciddi bir sorundur. Bu nitelikteki bir ilkeler topluluğuyla bir ülkenin yakın ve uzak geleceğinin dondurulmak ve ipotek altına konulmak istenmesi, gelişme ve insan haklarına saygı gibi kavramlar açısından da haksız ve zoraki bir dayatmadır. Herhalde kimsenin, Türkiye Cumhuriyeti'nin ebediyete kadar 1982 Anayasasının 2'nci maddesiyle*

[54] Bülent Tanör, İki Anayasa, Beta Yayınları, 1986, s. 167.

'Başlangıç' bölümünde yer alan temel ilkelerle yönetilebileceğini ve yönetilmesi gerektiğini söyleyebilme hakkı yoktur; herhangi bir anayasa koyucunun kendini bu kadar basiretli ve ileriyi görür sayabilmesi mümkün değildir. Anayasalar, devletin dayandığı temel ilkeler sürekli değişirler. 'İdeal'in artık bulunduğunu sanmak bu gelişmeyi tökezletir. 'Devletin bütünlüğü, resmi dili, bayrağı, milli marşı ve başkenti'yle ilgili 3. maddenin de değiştirilemez kılınması ise fuzulidir. Bu konular başka ülkelerin anayasalarında da düzenlenmektedir; ancak bunların bir de 'değiştirilemez' sayılmalarına hiçbir gerek yoktur. 1982 Anayasa koyucusu, bu noktada da gereksiz ve aşırı bir duyarlılık göstermiştir."

sözleriyle bu düzenlemeleri ve bu tercihin arkasındaki saiki eleştirmektedir.

Bu konuda Özbudun'un bizim de katıldığımız görüşüne[55] göre, anayasa hukuku öğretisinde oldukça tartışma arz eden bu sorunu, hislerden ve ön kabullerden uzak ve bu bağlamda diğer bazı demokratik nitelik barındıran tecrübelerin eşliğinde tartışmakta fayda bulunmaktadır. Bu bakımdan gerçekten de, bazı Batı demokrasilerinin anayasalarında değiştirilemez hükümlerin bulunduğu doğrudur. Ne var ki, bunun Avrupa demokrasilerinde genel kabul gördüğü görüşü yerinde değildir.

Gerçekten de mutlak değişmezlik hususu, Avrupa demokrasilerinde kural mahiyeti taşımamaktadır, ancak istisna teşkil etmektedir. Gerçekten de kimi ülke anayasalarında değişmezlik mevzusu, yalnızca devlet şeklinin cumhuriyet olduğunu belirtir ve bununla sınırlıdır (Fransa m. 89; İtalya m. 139). Baz diğer Avrupa Devletlerinin anayasalarında yalnızca demokrasinin mahiyeti veya esas ilkelerini muhafaza eden hükümlere değişmezlik niteliği bahşedilmiştir. Örneğin Çek Cumhuriyeti Anayasasına göre (m. 9/2) "hukuk devletiyle yönetilen demokratik devletin temel gerekleri"ne dair bir değişiklik gerçekleştirilemez. İsviçre Anayasasına göre (m. 193, 194) bütünüyle yeni bir anayasanın kurulması veya anayasa değişikliğinin, "milletlerarası hukukun uyulması zorunlu kuralları"nı ihlal etmemesi gerekir. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının 79'uncu maddesine göre 1'inci ve 20'nci madde muhteviyatındaki ilkelere ve federal devlet şekline aykırılık teşkil eden anayasa değişiklikleri gerçekleştirilemez. Söz konusu madde muhtevaları; insan onurunun yönelik dokunulmazlık, insan haklarına ilişkin dokunulmazlık ve vazgeçilmezliği, istibdada karşı direnme hakkı, bütün kamusal nitelik taşıyan iktidarların halktan neşet ettiği, Federal Almanya Cumhuriyetinin demokratik ve sosyal bir devlet olduğu gibi, demokrasinin esasını betimleyen ilkelere işaret etmektedir.

[55] Ergun Özbudun, Türkiye'nin Anayasa Krizi, Liberte Yayınları, 2009, s. 204-205.

Görüldüğü üzere, Avrupa demokrasilerinde anayasaların değiştirilemez hükümleri bağlamında birbiriyle kesinkes bir şekilde bağdaşan bir uygulama mevcut değildir. Gerçekten de, bu tür hükümleri hiç düzenlemeyen ülke anayasaları olduğu gibi, değiştirme yasağını yalnızca cumhuriyet ilkesi veya demokrasinin esaslı ilkeleriyle tahdit eden ülke anayasaları da söz konusudur. Buradaki temel endişe, demokrasi ve insan haklarını korumaktır. Bazı ülkeler, özel önem atfettikleri hükümleri değiştirme yasağı ile değil, güçleştirilmiş bir anayasa değişikliği yöntemiyle korumayı tercih etmiştir. Fakat hemen belirtelim ki,[56] 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında olduğu gibi, "toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet" türü her yoruma açık muğlak kavramlara, 2'nci maddenin atıfta bulunduğu "Başlangıç" bölümündeki "Türk milli menfaatleri", "Türk varlığı", "Türklüğün tarihi ve manevi değerleri", "Atatürk... medeniyetçiliği" nev'inden çok daha muğlaklık ve esnek deyimlere; bayrağın şekli, milli marş ve başkente değişmezlik yükleyen diğer bir demokratik anayasa bulmak mümkün gözükmemektedir.

Öte yandan her ne kadar anayasayı değiştirme kudretine kimi "maddi" sınırlar tayin edilse dahi, söz konusu bu yasaklamaların müeyyidesinin ne olacağı; bir diğer ifade ile söz konusu değiştirilmezlik hükümlerine aykırılığın anayasa mahkemelerince denetlenip denetlenmeyeceği bir başka sorun teşkil etmektedir. Karşılaştırmalı anayasalara bakıldığında anayasa mahkemelerine bariz bir biçimde bu yetkiyi ihdas eden Avrupa ülkeleri Türkiye haricinde, yalnızca Moldova (m. 141), Ukrayna (m. 159), Azerbaycan (m. 153) ve Romanya (m. 144/a) gibi ülkelerden ibarettir.[57] Bu dört ülkede de gerçekleştirilen anayasal denetim, ön-denetim mahiyetini taşımaktadır. Anayasalarda bu tür bariz bir yetki ihdas edici hükmün bulunmadığı durumlarda anayasa mahkemeleri çoğunlukla kendilerini böylesi bir denetim gerçekleştirmeye yetkili bulmamaktadır. Fransız Anayasa Konseyi ile Slovenya, Macaristan ve İrlanda anayasa mahkemelerinin içtihadı bu doğrultudadır. Özbudun 'un belirttiği gibi[58] durumun bu şekilde olması esasen doğru olandır. Çünkü Kıta Avrupası anayasa yargısı modelinde anayasa mahkemeleri genel bir yargı yetkisine sahip değildirler; ancak anayasadan kaynaklanan "sınırlı ve özel" yargı yetkisini haizdirler. Buna karşılık Almanya ve Avusturya'da anayasa mahkemeleri, açık bir yetki hükmü olmamasına rağmen, "federal ve eyalet kanunlarının bu Temel Kanuna uygunluğu"nu denetleme ifadesindeki kanun deyimini, anayasayı da muhteva edecek şekilde yorumlamakta ve anayasa değişikliklerinin anayasanın değiştirilemez hükümlerine uygunluğu mevzusunu denetlemektedir.

Öte yandan ve son olarak Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu'nun değiştirme yasaklarına yönelik yaklaşımını da ortaya koymakta yarar vardır. Kısa

56 Bkz. Özbudun, Türkiye'nin Anayasa Krizi, s. 207.

57 Özbudun, Türkiye'nin Anayasa Krizi, s. 208.

58 Özbudun, Türkiye'nin Anayasa Krizi, s. 208.

adıyla Venedik Komisyonu 11-12.12.2009 tarihlerindeki toplantısında "Anayasa Değişiklikleri Hakkında Raporu" kabul etmiştir. Raporda Avrupa demokrasilerinde anayasa değişikliklerinin mevcut durumu, sorunları ve taşıması gerekli hususlar üzerinde bazı tespit ve sonuçlarla beraber önerilerde bulunulmuştur. Komisyon Raporu şu hususların altını çizmektedir:[59]

> *"... Komisyon, anayasalara dokunulmaz hükümlerin konulmasının uygun olup olmayacağı konusunda genel bir kanaate sahip değildir. Çünkü bu tarz hükümler konulması anayasacılığın zorunlu bir unsuru olmayıp pek çok anayasal sistem bunlardan yoksun bir biçimde başarılı olarak yürümektedir. Diğer yandan anayasalarda bu tür hükümlere yer verilmesinin tarihsel nedenlerle açıklanabileceği bazı devletlerde anayasal sistemin ayrılmaz bir parçası olduğu görülmektedir. Bununla birlikte potansiyel olarak tartışılabilir ve hayli karmaşık nitelikli dokunulmaz hükümlerin dikkatlice ve sadece demokratik düzenin temel ilkeleri bakımından konulması düşünülmelidir. Bir anayasal demokrasi devletinin yapısı ve en temel ilkelerini amaçlamış olsa da reforma ilişkin tartışmalara imkân sunulması gerekmektedir. Dahası, eğer toplum çoğunluğu bir reform yapılmasını gerekli görmekteyse sınırlanmaması gereken demokratik bir karar ortaya çıkmış demektir. Tüm tarihsel veriler göstermektedir ki, belirli bir dönemde işlemiş anayasalar için mutlak dokunulmaz hükümler uygulamada asla mutlak olmamaktadır. Durumlar değişmiş ve siyasi baskıda hayli güçlenmişse dokunulmaz da olsa şu ya da bu biçimde bu kurallar da ister istemez değişeceklerdir. Bu bağlamda anayasal değiştirilmezlik politik çatışmaları uzatıcı negatif bir etkiye sahip olur ve gelecekte reform baskısının giderek artarak topluma maliyetinin çok daha yüksek olacağı bir değişime dönüşebilir. Bu temelde Komisyon, anayasalara değişmezlik hükümleri konulmasına genel itibarla son derece ihtiyatlı ve sınırlayıcı yorum yaklaşımı çerçevesinde bakmaktadır. Anayasal dokunulmazlık zırhıyla mutlak koruma altına alınmış kavram ve ilkelerin yukarıdaki yaklaşım çerçevesinde değerlendirilip belirli ölçüde anayasal dinamik yorum yolunun kullanımına kapılar açık tutulmalıdır*".

[59] Venedik Komisyonunu söz konusu bu raporunu aktaran Ömer Anayurt, "Anayasada Değişmezlik Hükümleri ve Yeni Anayasa İçin Öneriler", 2013, 9(50), Yeni Türkiye Dergisi, s. 582, 583.

KAYNAKÇA

Anayurt Ömer, "Anayasada Değişmezlik Hükümleri ve Yeni Anayasa İçin Öneriler", 2013, 9(50), Yeni Türkiye Dergisi, s. 575-585.

Anayurt Ömer, Anayasa Hukuku Genel Kısım, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, 2021.

Aristoteles, "Keyfi Yönetim, Hukukun Üstünlüğü" Çev. Mete Tunçay in Micahel Rosen ve Jonathan Wolff (ed.), Siyasal Düşünce, Dost Kitabevi, 2006.

Can Osman, "Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu", 2007, 62(3), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 101-139.

Çağlar, Bakır, Anayasa Bilimi, BFS Yayınları, 1989.

Erdoğan Mustafa, Anayasa Hukuku, 6. Baskı, Orion Yayıncılık, 2011.

Fortenbaugh William W., "Aristotle on Prior and Posterior, Correct and Mistaken Constitutions" in David Keyt ve Fred D. Miller (ed.), A Companion to Aristotle's Politics, Blacwell, 1991.

Gören Zafer, "Anayasa Koyan Erk ve Anayasa Değişikliklerinin Sınırları", 2009, 8(16), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 1-15.

Gözler Kemal, Kurucu İktidar, Ekin Yayınları, 1998.

Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Yayınları, 2010.

Gözler Kemal, "Asli Kurucu İktidar-Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir Mi?" in Ece Göztepe ve A. Çelebi (ed.), Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler, Metis Yayınları, 2012.

Grimm Dieter, Constitutionalism: Past, Present, and Future, Oxford University Press, 2016.

Hamilton Alexander, The Federalist Papers, No: 9.

Hekimoğlu Mehmet Merdan, "Bu Meclis Anayasa Yapabilir Mi?", http://www.ekonomik-yorumlar.com.tr/files/articles/1526374707_39.pdf, s. 8-11, Erişim Tarihi 7.03.2021.

Herdegen Matthias, "Anayasa Yapımının Sınırları" Çev. Naim Demirel, in Otto Depenheuer ve Christoph Grabenwarter (ed.), Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, 2014.

Karagöz Kasım, "Yeni Anayasada Değiştirilemez Hükümler Sorunu", 2013, (50), Yeni Türkiye Dergisi, s. 586-596.

Kraut Richard, Aristotle: Political Philosophy, Oxford University Press, 2002.

Küçük Adnan, "Yeni Anayasa Yapımı Eşiğinde: Demokratik İradenin 'Anayasadaki Değiştirilmesi Yasak Hükümler'le Bağlanması", in Murat Yanık, Hüseyin Özcan ve Ahmet Akcan (ed.), Uluslararası Anayasa Kongresi Metinler Kitabı 3, İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları, 2012, s. 204-238.

Miller Fred D., "Aristotle on the Ideal Constitution" in David Keyt ve Fred D. Miller (ed.), A Companion to Aristotle's Politics, Blacwell, 1991.

Oder Bertil Emrah, "Anayasa Nedir? Anayasacılık Nedir?" in İbrahim Ö. Kaboğlu (ed.), Türkiye'nin Anayasa Gündemi, 3. Baskı, İletişim Yayınları, 2016.

Onar Erdal, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Yayınevi Yok, 1993.

Özbudun Ergun, Türkiye'nin Anayasa Krizi, Liberte Yayınları, 2009.

Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 18. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018.

Parla Taha, "Anayasalar ve Kurucu Meclisler Üzerine Bazı Karşılaştırmalı Notlar", 1984, 38(3-5), İktisat Fakültesi Mecmuası, s. 207-221.

Shields Christopher J., Aristotle, Routledge, 2007.

Tanör Bülent, İki Anayasa, Beta Yayınları, 1986.

Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Beta Yayınları, 2001.