

**TRABZON ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**ANAYASA HUKUKUNDA TÜREV KURUCU
İKTİDARIN YETKİ SINIRI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Dilara MAHMUDOĞLU

**TRABZON
Haziran, 2022**

**TRABZON ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**ANAYASA HUKUKUNDA TÜREV KURUCU
İKTİDARIN YETKİ SINIRI**

Dilara MAHMUDOĞLU
ORCID: 0000 - 0001 - 7170 - 9496

**Trabzon Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü'nce Yüksek Lisans Unvanı
Verilmesi İçin Kabul Edilen Tezdir.**

Tezin Danışmanı
Doç. Dr. Recep NARTER
ORCID: 0000 - 0002 - 0209 - 5192

TRABZON
Haziran, 2022

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Tezimin içerdiği yenilik ve sonuçları başka bir yerden almadığımı; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu olmak üzere tüm aşamalardan bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı, tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada kullanılan her türlü kaynağa eksiksiz atıf yaptığımı ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi, ayrıca bu çalışmanın Trabzon Üniversitesi tarafından kullanılan “bilimsel intihal tespit programı”yla tarandığını ve hiçbir şekilde “intihal içermediğini” beyan ederim. Herhangi bir zamanda aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonuca razı olduğumu bildiririm.

Dilara MAHMUDOĞLU

27/06/2022

ÖN SÖZ

Bu çalışmada anayasayı değiştirmeye yetkili organ olan türev kurucu iktidarın, anayasa değişiklik yetkisini kullanırken uyması gereken sınırların neler olduğunu detaylı bir şekilde analiz ettik. Bu analizi yaparken türev kurucu iktidara çizilmiş biçimsel ve içeriksel sınırlardan ve bu sınırların mahiyetinden bahsettik. Bu bağlamda yer yer türev kurucu iktidarın yetki sınırını mukayeseli hukuk bakımından da analiz ettik. Çalışmamızdaki temel hedef, anayasayı değiştirmeye yetkili olan türev kurucu iktidarın yetki sınırını ve bu sınırların kapsamını detaylı bir biçimde ortaya koymaktır.

Gerek bu çalışmanın gerçekleştirilmesinde gerekse yüksek lisans eğitimim boyunca benden desteklerini hiç esirgemeyen ve her zaman yol gösteren kıymetli tez danışmanım Doç. Dr. Recep NARTER'e teşekkürlerimi sunarım.

Ayrıca çalışma süreci boyunca her konuda yol gösterici olan, her daim beni cesaretlendiren, bilgi ve birikimiyle çalışmama katkı sunan değerli hocam Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA'ya desteklerinden ötürü teşekkürü bir borç bilirim.

Her zaman yanımda olan ve her kararında beni destekleyen, hedeflerime ulaşmam için hiçbir desteği benden esirgemeyen başta canım dedem ve canım anneanneme, annelerim Arzu ve Fatma'ya, babalarım Kadir ve Hüseyin'e sonsuz şükranlarımı sunarım. Son olarak ise her anımda yanımda olan, her konuda bana güç veren ve desteğini hep hissettiren sevgili eşim Emre MAHMUDOĞLU'na ve kızım Eylül MAHMUDOĞLU'na sonsuz teşekkür ederim.

Haziran/2022

Dilara MAHMUDOĞLU

İÇİNDEKİLER

ÖN SÖZ.....	iv
İÇİNDEKİLER	v
ÖZET.....	ix
ABSTRACT	x
KISALTMALAR LİSTESİ	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

1. ANAYASA KAVRAMI VE ANAYASAL GELİŞMELER.....	5
1. 1. Anayasa Kavramı	5
1. 2. Anayasal Devlet Düşüncesinin Doğuşu ve Gelişimi.....	6
1. 2. 1. Kuvvetler Ayrılığı Teorisi	7
1. 2. 1. 1. Aristoteles'in Anayasa Anlayışı ve Sınıflandırması	7
1. 2. 1. 2. John Locke ve Montesquieu'nün Kuvvetler Ayrılığı Teorisi	8
1. 2. 2. Anayasacılık Devrimi: Yazısız Anayasalardan Yazılı Anayasalara Geçiş Süreci	10
1. 2. 2. 1. Yazılı Anayasa Kavramı	11
1. 2. 2. 1. Yazısız Anayasa Kavramı	13
1. 2. 3. Normlar Hiyerarşisi Teorisi	13
1. 2. 3. 1. Kelsen'in Anayasa Yaklaşımı	13
1. 2. 3. 2. Kelsen'in Hiyerarşik Yapı Teorisi	14
1. 3. Anayasanın İşlevi	15
1. 4. Anayasaya İlişkin Yerleşik Sınıflandırmalar	16
1. 4. 1. Maddi-Biçimsel Anayasa Sınıflandırması	16
1. 4. 2. Katı Anayasa-Yumuşak Anayasa Ayrımı	18
1. 5. Anayasayı Yapma ve Değiştirme İktidarı: Kurucu İktidar	20
1. 5. 1. Kurucu İktidar Düşüncesinin Kökeni	22
1. 5. 1. 1. Sieyes ve Kurucu İktidar Düşüncesi	23
1. 5. 1. 2. Carl Schmitt ve Kurucu İktidar Düşüncesi	27
1. 5. 1. 3. Hannah Arendt'in Anayasal Kuruluş Düşüncesi	31
1. 5. 1. 4. Jellinek ve Kurucu İktidar Teorisi	33
1. 5. 2. Anayasanın Üstünlüğünün Bir Sonucu Olarak: Kurucu ve Kurulmuş İktidar Ayrımı	34

1. 5. 3. Kurucu İktidar Türleri	39
1. 5. 3. 1. Asli Kurucu İktidar	41
1. 5. 3. 2. Asli Kurucu İktidarın Yok Olması.....	43

İKİNCİ BÖLÜM

2. TÜREV KURUCU İKTİDAR.....	46
2. 1. Türev Kurucu İktidar Kavramı	46
2. 2. Türev Kurucu İktidar Yetkisinin Sahibi ve Hukuki Niteliği.....	48
2. 3. Kurucu İktidarın Gelecek Kuşakları Bağlama Yetkisi.....	50
2. 4. Katı Anayasalar.....	54
2. 5. Anayasa Değişikliği ve Önemi	55
2. 5. 1. Anayasa Değişikliği Kavramı	55
2. 5. 2. Anayasa Değişikliğinin Gerekliliği.....	56
2. 5. 3. Anayasa Değişikliği Bakımından Çerçeve Anayasaların Önemi.....	60
2. 6. Anayasa Değişikliği Yöntemi	61
2. 6. 1. Değişikliğin Anayasa Metni Bakımından Türleri	62
2. 6. 2. Türev Kurucu İktidarın Yeni Bir Anayasa Yapması.....	63
2. 6. 3. Türev Kurucu İktidarın Yetkisi ve Anayasa Değişikliği.....	64
2. 7. Anayasa Değişikliğinin Sınırı: Türev Kurucu İktidarın Sınırlılığı.....	67
2. 7. 1. Türev Kurucu İktidarın Biçimsel Sınırları	68
2. 7. 1. 1. Anayasaların Değiştirilme Yöntemleri	68
2. 7. 1. 1. 1. Anayasa Değişikliğinin Teklif Safhası	69
2. 7. 1. 1. 1. 1. Teklif Yetkisinin Yalnızca Yasama Organına Verilmesi	70
2. 7. 1. 1. 1. 2. Teklif Yetkisinin Yasama ve Yürütme Organlarına Birlikte Verilmesi	71
2. 7. 1. 1. 1. 3. Teklifin Birden Fazla Kez Görüşülmesi	72
2. 7. 1. 1. 1. 4. Teklif Yetkisinin Süre Bakımından Sınırlandırılması	72
2. 7. 1. 1. 2. Anayasa Değişikliğinin Görüşülmesi ve Karar Safhası.....	73
2. 7. 1. 1. 2. 1. Anayasa Değişikliğinin Karar Yetkisi	73
2. 7. 1. 1. 2. 2. Anayasa Değişikliği Karar Usulü	75
2. 7. 1. 1. 2. 2. 1. Karar ve Toplantı Yeter Sayısı.....	76
2. 7. 1. 1. 2. 2. 2. Birden Fazla Görüşme ve/veya Özel Süre Zorunluluğu	77
2. 7. 1. 1. 2. 2. 3. Usulün Değişiklik Konusuna Göre Farklılaşması.....	78
2. 7. 1. 1. 3. Anayasa Değişikliği Onay Safhası	79
2. 7. 2. Türev Kurucu İktidarın İçeriksel Sınırları.....	82

2. 7. 2. 1. İçeriksel Sınırların Mahiyetinin Fikirselsel Temeli	84
2. 7. 2. 2. İçeriksel Sınırların İlk ve En Önemli Basamağı: Değişiklik Usullerinin Değiştirilemezliği	88
2. 7. 2. 3. Değiştirilemez Maddelerin Mukayeseli Hukuktaki Yeri	89

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. TÜRK ANAYASALARI BAKIMINDAN TÜREV KURUCU İKTİDAR YETKİSİ VE

SINIRLARI.....	93
3. 1. 1982 Anayasasına Kadar Türk Anayasalarında Türev Kurucu İktidar Yetkisi	93
3. 1. 1. 1876 Kanun-i Esasi Bakımından Türev Kurucu İktidar Yetkisi	94
3. 1. 2. 1921 Anayasası Bakımından Türev Kurucu İktidar Yetkisi	95
3. 1. 3. 1924 Anayasası Bakımından Türev Kurucu İktidar Yetkisi	95
3. 1. 4. 1961 Anayasası ve Türev Kurucu İktidar	96
3. 1. 4. 1. Teklif Safhası	98
3. 1. 4. 2. Karar Safhası	98
3. 2. 1982 Anayasası Bakımından Türev Kurucu İktidar Yetkisi	99
3. 3. 1982 Anayasasında Türev Kurucu İktidarın Yetki Sınırları	99
3. 3. 1. Türev Kurucu İktidarın Biçimsel Sınırları	99
3. 3. 1. 1. Anayasa Değişikliği Teklif Safhası.....	100
3. 3. 1. 2. Görüşme ve Kabul Safhası.....	102
3. 3. 1. 2. 1. Değişiklik Teklifinin Görüşülmesi	102
3. 3. 1. 2. 2. Değişiklik Teklifinin Kabulü	107
3. 3. 1. 3. Onay Safhası	107
3. 3. 1. 3. 1. Teklifin Üçte İki'den Daha Az Bir Çoğunlukla Kabulü	108
3. 3. 1. 3. 2. Teklifin Üçte İki veya Daha Yüksek Bir Çoğunlukla Kabulü.....	111
3. 3. 2. Türev Kurucu İktidarın İçeriksel Sınırları.....	113
3. 3. 2. 1. Osmanlı- Türk Anayasa Tarihinde Değiştirilemez Maddeler	113
3. 3. 2. 2. Türk Anayasa Hukukunda Değiştirilemez Maddeler Tartışması ve Normlar Arası Hiyerarşi Sorunu	116
3. 3. 2. 2. 1. Türk Anayasa Hukukçularının Değiştirilemez Maddelerin Niteliği ile İlgili Görüşleri	116
3. 3. 2. 2. 2. Anayasal Normlar Arasında Hiyerarşi Sorunu	122
3. 3. 2. 3. İçeriksel Sınırların Kapsamı	125
3. 3. 2. 3. 1. İlk Üç Madde Dışında Değiştirilmesi Yasak Başka Maddeler Var Mı?	130
3. 3. 2. 3. 2. Değişiklik Usulünün Değiştirilebilirliği	134

3. 3. 2. 3. 3. Değiştirilebilirlik Bakımından 4'ncü Madde	135
3. 3. 2. 4. Değiştirilemez Maddelere Yenileri Eklenebilir mi?	139
3. 3. 2. 5. 1982 Anaasası Bağlamında İçeriksel Sınırların Denetimi Sorunu.....	141
SONUÇLAR	147
KAYNAKLAR	154
ÖZGEçMİş VE İLETİşİM BİLGİLERİ	162



ÖZET

Anayasa Hukukunda Türev Kurucu İktidarın Yetki Sınırı

Bu tezin konusunu Anayasa Hukuku bakımından türev kurucu iktidar yetkisi ve bu yetkinin sınırları oluşturmaktadır. Bu çalışmada türev kurucu iktidar yetkisi, bu yetkinin kime ait olduğu, bu iktidarın mahiyeti, türev kuruculuk yetkisinin sınırlarının neler olduğu ve tüm bu hususların Türk Anayasalarındaki, özellikle 1982 Anayasasındaki yeri incelenmektedir. Çalışmanın daha iyi anlaşılabilmesi için türev kuruculuk yetkisi ve bu yetkinin sınırları ile doğrudan bağlantılı olan kurucu iktidar teorisine, bu tezinin felsefi temellerine, kurucu iktidar teorisi kapsamında ortaya çıkan kurucu-kurulmuş iktidar gibi ayrımlara ve kuvvetler ayrılığı, normlar hiyerarşisi gibi önemli anayasal teorilere yer verilerek türev kurucu iktidarın yetki sınırlarının hangi temellere dayandırılarak belirlendiğinin daha iyi anlaşılması hedeflenmektedir.

Tezin amacı anayasaların devamlılığı için gerekliliği şüphesiz olan anayasa değişiklik ihtiyacının, türev kurucu iktidar tarafından hangi sınırlara bağlı olarak gerçekleştirilebileceğinin tespit edilmesidir. Bu tespitin yapılabilmesi için anayasa değişiklik ihtiyacının öneminin, bu yetkinin mahiyetinin ne olduğunun, anayasalar bakımından türev kuruculuk yetkisinin hangi organa ait olduğunun, bu yetkiyi kullanırken türev kurucu iktidarın uyması gereken biçimsel ve içeriksel sınırların neler olduğunun ve bu sınırların mahiyetinin kapsamlı bir şekilde incelenmesi amaçlanmıştır. Ayrıca tüm bu hususların Türk Anayasalarındaki yerinin, özellikle yürürlükte olan 1982 Anayasasındaki yerinin ve bu anayasa bağlamında türev kurucu iktidar yetkisinin sınırlarının öğretideki görüşler ve mahkeme kararları kapsamında incelenmesi ve konu ile ilgili tartışmalı hususların tespit edilmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kurucu İktidar, Türev Kurucu İktidar, Anayasayı Değiştirme Yetkisi ve Sınırları, 1982 Anayasası, Değiştirilemez Maddeler.

ABSTRACT

Limitation of Derivative Founding Power Authority in the Constitutional Law

Subject of this thesis is the derivative founding power authority and the limitations of this authority in terms of Constitutional Law. In this study, derivative founding power authority, owning this power, the nature of this power, the limitations of derivative founding power and the place of all these issues in Turkish Constitutional Law, especially in the Constitutional Law of year 1982, are examined. For a better understanding of the study, the derivative power theory, which is directly related to the founding power and the limits of this power, the philosophical foundations of this theory, the distinctions such as the founding-established power that emerged within the scope of the founding power theory, and important constitutional theories such as the separation of powers and the hierarchy of norms are given. It is aimed to better understand the basis on which the authority limits of the founding power are determined.

Aim of the thesis is to determine the need for constitutional amendment, which is undoubtedly necessary for the continuity of constitutions, depending on which limits can be realized by the derivative founding power. In order to make this determination, it is aimed to comprehensively examine the importance of the need for constitutional amendment, the nature of this authority, which organ belongs to the derivative founding authority in terms of constitutions, what are the formal and contextual limits that the derivative founding power must comply with when using this authority, and the nature of these limits. In addition, it is aimed to examine the place of all these issues in the Turkish Constitution, especially in the current 1982 Constitution, and the limits of the derivative founding power in the context of this constitution, within the scope of the views in the doctrine and court decisions, and to determine the controversial issues related to the subject.

Keywords: Constituent Power, Derivative Founding Power, Authority and Limits to Amend the Constitution, 1982 Constitution, Unchangeable Articles.

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: Cümle
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
E.	: Esas numarası
Ed.	: Editör
K.	: Karar numarası
md.	: madde
No.	: Numara
RG	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SBF	: Sosyal Bilimler Fakültesi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.	: Tarih
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğerleri
Y	: Yıl
yy.	: Yüzyıl

GİRİŞ

Anayasa, devletin örgütlenmesine ilişkin kuralları içeren, bunun yanında temel hak ve özgürlükleri güvence altına alan kurallar bütünüdür. Bu bağlamda, anayasaların iki ayrı kanattan oluştuğu söylenebilmektedir. Bu kanatlardan birini, kişi hak ve özgürlükleri oluştururken; diğer kanadını siyasi örgütlenmeyi düzenleyen yapısal kurallar oluşturmaktadır.¹ İki cepheyi içinde barındıran anayasanın dayanağını ise anayasacılık düşüncesi oluşturmaktadır.²

Anayasacılık, 18'inci yüzyılda baskıcı ve adaletsiz yöneticilere karşı yapılan iki önemli devrim sonucunda ortaya çıkmış olup bu iki başarılı devrimin etkileri, yalnızca ortaya çıktığı bölgelerle sınırlı kalmayarak tüm Avrupa'ya ve dünyanın birçok yerine yayılmış ve buralarda da modern anayasalar tanınmaya başlanmıştır. Nitekim 19'uncu yüzyılda, birçok ülkede anayasacılık için mücadeleler yapılmıştır. Yaşanan tüm mücadelelerin ardından 20'nci yüzyıla gelindiğinde ise anayasacılık neredeyse evrensel bir kabul haline gelmiştir.³

Modern anayasacılık iki önemli zorunluluğa dayanmaktadır. Bunlardan ilki, iktidarın halkın rızasına dayanması zorunluluğu iken; ikincisi, iktidarın etkili olabilmesi ve devamlılığı için bölünmesi ve sınırlandırılması zorunluluğudur.⁴ Nitekim geçmişten günümüze anayasacılık kavramı, birçok anlayışa göre sınırlı devlet düşüncesiyle eşdeğer kabul edilmiştir. Dolayısıyla anayasa, yasalar aracılığıyla keyfi gücü sınırlandırılmış ve yasalarca kurulmuş bir siyasi toplum çerçevesi olarak anlamlandırılmıştır.⁵ Siyasi iktidarın sınırlandırılması bakımından ise çağdaş demokrasiler, en temel yolu katı bir anayasanın benimsenmesi olarak görmüştür.⁶

Hukuk tarihine bakıldığında, hukukun öncelikle sözlü olarak başladığını ancak zaman içerisinde yazılı hale geldiği görülmektedir. Anayasa hukuku da bu değişimin yaşandığı hukuk dallarına verilebilecek örneklerden biridir.⁷ Elbette bazı istisnaları olmakla birlikte, önceleri sözlü anayasa geleneği hakimken zaman içerisinde yaşanan anayasal gelişmelerle birlikte yazılı

¹ Tevfik Gülsoy, “Anayasa Yapımı ve Türkiye’de Anayasa Arayışları”, **Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 2012, 16(3), s. 2.

² Semih Batur Kaya, **Demokratik Hukuk Devletinde Anayasa Yapımı: Türkiye İçin Bir İnceleme**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 7.

³ Dieter Grimm, “The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World”, Petra Dobner ve Martin Loughlin (Ed.), **The Twilight of Constitutionalism?**, Oxford University Press, 2010, (The Achievement of Constitutionalism), s. 3.

⁴ Martin Loughlin ve Neil Walker, “Introduction”, **The Paradox of Constitutionalism, Constitutional Power and Constitutional Form**, Martin Loughlin ve Neil Walker (Ed.), Oxford University Press, 2007, s. 1.

⁵ Giovanni Sartori, “Constitutionalism: A Preliminary Discussion”, **The American Science Review**, 56, No. 4, 1962, s. 860.

⁶ Ergun Özbudun, **Anayasalcılık ve Demokrasi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, (Anayasalcılık), s.15.

⁷ Cem Eroğlu, **Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi)**, Ankara: AÜSBF Yayını, 1974, (Değiştirme Sorunu), s. 7.

anayasalara geçilmiş⁸ ve bugün Eroğlu'nun da dediği gibi “dünya bir yazılı anayasalar dünyası” haline gelmiştir.⁹

Yazılı anayasaların yaygınlaşması ile birlikte ve yukarıda da belirtildiği üzere siyasi iktidarın sınırlandırılması amacıyla katı anayasa kavramı ortaya çıkmıştır. Katı anayasa-yumuşak anayasa ayrımı ilk defa Bryce tarafından dile getirilmiş olup ona göre katı anayasalar adı bir kanuna göre daha zor bir usulle değiştirilebilen anayasalardır.¹⁰ Bryce’a göre yazılı anayasaların hemen hemen tümü katı anayasa niteliğindedir. Ona göre bir anayasada değişiklik ile ilgili bir usul benimsenmişse, mantık gereğince bu usul adı kanunların değişiklik usulünden farklı olmalıdır. Zira aksinin düzenlenmesi anlamlı olmayacaktır.¹¹

Anayasaların katılıkları, anayasa değişikliği için adi kanunların değişiklik usulünden farklı bir usul benimsenmesiyle sağlanabileceği gibi bu anayasalarda bazı değiştirilemez kurallara yer verilerek anayasalara katı bir nitelik yüklenebilmektedir.¹² Böylece kurucu iktidarlar tarafından yapılan sert nitelikli bu anayasalar ile anayasayı değiştiren organa, uyması gereken birtakım sınırlar çizilmiş olmaktadır. Türev kurucu iktidar olarak adlandırılan anayasayı değiştirmeye yetkili organın sahip olduğu bu sınırlar, çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.

Çalışmamız, giriş ve sonuç bölümleri hariç olmak üzere üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde; öncelikle anayasa kavramı ve anayasal gelişmelerden bahsedilecek ve anayasal gelişmelerle birlikte ortaya çıkan ve bugün demokratik hukuk sistemlerinin ayrılmaz bir parçası haline gelmiş olan kuvvetler ayrılığı, normlar hiyerarşisi gibi teoriler incelenecektir. Bu bağlamda bu teorilerin fikir önderlerinin eserlerinden faydalanılacak olup bu ilkelerin ortaya çıktığı dönemdeki koşullara yer verilerek teorilerin daha iyi anlaşılması hedeflenmiştir.

Ardından anayasaya ilişkin yerleşik sınıflandırmalardan bahsedilecek ve özellikle anayasa değişikliği bakımından oldukça önem taşıyan yazılı-yazısız anayasa, katı-yumuşak anayasa sınıflandırmaları üzerinde durulacaktır. Zira anayasa değişikliğinin sınırları bakımından, bu ayrımlar oldukça önem taşımaktadır. Bu bağlamda bu sınıflandırmalardan ilk defa bahseden düşünlerin görüşlerine de sık sık yer verilecektir. Kanaatimizce bir teoriyi anlamak için, bu teoriyi ortaya koyan düşünürü ve yaşadığı dönemin koşullarını iyice analiz etmek gerekmektedir.

Birinci bölümün son kısmında ise kurucu iktidar teorisinden bahsedilecektir. Bu kapsamda öncelikli olarak bu teoriyi ilk olarak ortaya koyan ve bu teori bakımından önemli görüşler sunan fikir önderlerinin düşünceleri dikkatle incelenecektir. Nitekim öncelikle kurucu iktidarın fikir

⁸ Coşkun San, **Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri**, Ankara: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1974, s. 32.

⁹ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 177.

¹⁰ James Bryce, **Studies in History and Jurisprudence**, New York: Oxford University Press, 1901, s. 128-129.

¹¹ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 19.

¹² Zeki Hafizoğulları, “Anayasanın 4. Maddesinin Değiştirilemezliği, 1., 2. ve 3. Maddenin Anlamı, Kapsamı ve Sınırları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2001/2, s. 453.

önderi olan Siey s'in kurucu iktidar teorisine yer verilecek, ardından Carl Schmitt, Hannah Arendt gibi düşünürlerin kurucu iktidar teorileri üzerinde durulacaktır.

Kurucu iktidar teorisi kapsamında Siey s tarafından ortaya koyulan kurucu iktidar- kurulmuş iktidar ayrımı, anayasa değişiklik yetkisi bakımından oldukça önem taşımakta olup önemi dolayısıyla bu ayrıma da kapsamlı bir şekilde yer verilecektir. Ardından kurucu iktidar türlerinden bahsedilecektir. Bu noktada asli-türev kurucu iktidar ayrımını kabul etmeyen düşünürlerin var olduğu belirtilerek bu düşünürlerin ileri sürdüğü görüşlere yer verilecektir. Ancak yerleşik bir ayrım olan asli-türev kurucu iktidar esas alınacak ve çalışma bu ekseninde sürdürülecektir. Bu bağlamda asli kurucu iktidardan ve bu iktidarın nasıl sona ereceğinden bahsedilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise kurucu iktidarın bir kanadını olu  şturan ve çalışmamızın asıl konusu olan türev kurucu iktidardan bahsedilecektir. Öncelikle anayasayı değiştirme iktidarı olan türev kurucu iktidar, kavramsal olarak açıklanmaya çalışılacaktır. Ardından ise türev kurucu iktidar yetkisinin kim tarafından kullanılacağından, bu iktidarın hukuki niteliğinden bahsedilecektir.

Anayasa değişiklik yetkisinin sınırları bakımından katı anayasalar büyük önem taşımaktadır. Zira katı anayasalarda anayasa değişiklik yetkisi, yumuşak anayasaların aksine hem içerik olarak hem de biçimsel olarak sınırlandırılmaktadır. Nitekim çalışmamızın ikinci bölümünde katı anayasalardan, bu anayasalar ile asli kurucu iktidarlara gelecek kuşakların iradesi üzerindeki etkisinden bahsedilecektir. Bu minvalde asli kurucu iktidarın, gelecek kuşakların iradesini ipotek altına alma yetkisi olmadığına ilişkin birçok farklı görüşe yer verilecektir. Zira anayasa değişiklik ihtiyacının var olduğu ve bu ihtiyacın hiçbir zaman sona ermeyeceği açıktır.

Anayasa değişikliğinin önemi anlatıldıktan sonra, dünya anayasaları bakımından türev kurucu iktidarın anayasa değişikliği yetkisinden ve bu yetkiyi kullanırken uyması gereken sınırlardan bahsedilecektir. Bu bağlamda önce biçimsel sınırlardan bahsedilerek türev kurucu iktidarın uyması gereken teklif, kabul, onay gibi safhalar detaylıca incelenecektir. Bu safhalar bakımından yetkili organların kimler olduğu ve uyulması gereken usullere, farklı anayasal sistemler çerçevesinde değinilecektir.

  kinci bölümün son kısmında ise türev kurucu iktidarın içeriksel sınırlarına yer verilecektir. İçeriksel sınır olarak adlandırılan değiştirilemez maddelere birçok anayasada yer verilmekle birlikte bu maddelerin niteliği oldukça tartışmalıdır. Nitekim bu tartışmalara kapsamlı bir şekilde yer verilecek olup bu kapsamda değiştirilemez maddelere hukuki bir mahiyet y  kleyenlerin görüşlerine yer verileceği gibi bu maddelerin ulus egemenliği karşısında hiçbir önem taşımayacağını ileri süren görüşlerden de detaylıca bahsedilecektir. Son olarak ise birçok ülke anayasası incelenerek değiştirilemez maddelerin hangi anayasalarda var olduğu ve genellikle hangi konularda düzenlendiği tespit edilmeye çalışılacaktır.

Çalışmamızın üçüncü ve son kısmında ise ikinci bölümde anlatılan konular Osmanlı Türk Anayasaları bakımından, özellikle 1982 Anayasası bakımından incelenecektir. Öncelikli olarak 1982 Anayasasına kadar var olan anayasalardaki türev kurucu iktidar yetkisine yer verilecek, 1876 Kanunu Esasiden başlayarak bu yetkinin kime ait olduğu ve hangi biçimsel sınırlara bağlı olarak anayasanın değiştirilebileceğinden bahsedilecektir. Bu bağlamda 1876 Kanuni Esasinin anayasa değişikliğini düzenleyen 116'ncı maddesi, 1924 T.C. Anayasasının 102'nci maddesi ve 1961 T.C. Anayasasının 155'inci maddesi detaylıca incelenecektir.

Hem üçüncü bölümün hem de çalışmamızın son kısmında ise türev kurucu iktidarın yetki sınırına, 1982 Türk Anayasası ekseninde bakılacaktır. Bu anayasa bakımından, öncelikli olarak türev kurucu iktidarın biçimsel sınırlarına değinilecektir. Bu bağlamda 1982 Anayasasının 175'inci maddesi detaylıca incelenecek ve anayasa değişikliği hakkında düzenlenmiş olan teklif, görüşme ve kabul, onay safhaları bakımından türev kurucu iktidar olarak TBMM'nin uyması gereken prosedürlere yer verilecektir. Bu konulardaki eksik düzenlemelere ve tartışmalara değinilecektir.

Biçimsel sınırlar detaylıca anlatıldıktan sonra 1982 Anayasası bakımından türev kurucu iktidarın sahip olduğu içeriksel sınırlara yer verilecektir. Bu noktada önce Osmanlı-Türk Anayasalarındaki değiştirilemez maddeler incelenecek ve bu maddelerin 1982 Anayasasındaki yeri detaylıca anlatılacaktır. Değiştirilemez maddelerin niteliği ile ilgili düşüncelere yer verilerek bu husustaki tartışmalar hukukumuz bağlamında incelenecektir.

İçeriksel sınırların, 1982 Anayasası bakımından kapsamı çizilmeye çalışılacak olup bu bağlamdaki tartışmalara yer verilecektir. Bu kapsamda değişiklik usulünü düzenleyen 175'inci maddenin ve değişiklik yasağının düzenleyen 4'üncü maddenin, değişiklik yasağı kapsamına sokulup sokulamayacağı hakkındaki tartışmalardan da bahsedilecektir. Son olarak ise anayasa değişikliği ile ilgili Anayasa Mahkemesinin denetleme yetkisinden ve bu yetki bağlamında uygulamadaki sorunlardan kısaca bahsedilecektir.

Sonuç bölümünde ise çalışmamız kapsamında elde edilen sonuçlar özetlenerek tespit edilen tartışmalı hususlara değinilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. ANAYASA KAVRAMI VE ANAYASAL GELİŞMELER

1. 1. Anayasa Kavramı

Anayasa sözcüğünün kökeni Latince “constitutio” sözcüğü olup bu kelimenin İngilizce ve Fransızca karşılıkları “constitution”dır. Kelimenin sözlük anlamı ise kuruluştur. Ancak belirtmek gerekir ki, anayasa sözcüğüne karşılık gelen bu kelimelerin kullanılmasından çok daha eski bir tarihte, Aristo’nun politeia’sı “ana kuruluş” anlamında kullanılmış olup bu durum anayasa kavramının fikrî temellerinin Aristo’nun “politeia”sına kadar uzandığını açıkça göstermektedir.¹³ Nitekim Klasik Yunanca’da “anayasa” sözcüğüne karşılık genellikle “politeia” sözcüğü kullanılmaktadır. Dolayısıyla anayasa kavramının fikrî temellerini oluşturduğu göz önünde bulundurulduğunda, “politeia”yı incelemek ve Aristoteles’in anayasaya ilişkin yaklaşımını anlamaya çalışmak, kanaatimizce bu kavramı doğru anlamak için oldukça önemlidir.

Yüzyıllar boyunca üzerinde çokça düşünülen devlet ve toplum kavramlarının, Antik Yunan’dan bu yana birlikte düzenlenmesi gerektiği düşüncesi hâkim olmuştur. Bu nedenle dönemin düşünürleri, birbirleriyle bağlantılı bu kavramların ikisini de içinde barındıran belgeler oluşturmayı hedeflemişlerdir. Nitekim bu iki kavram ile ilgili kurallar bütünü anayasa olarak adlandırılmıştır.¹⁴ Ne var ki Antik Çağ’daki anayasa anlayışı, yalnızca mevcut siyasal organların çözümlenmesinden ibaret olduğu için modern anayasa düşüncesinden oldukça farklıdır.¹⁵ Zira modern anlamda anayasadan bahsedebilmek için, bu anayasaların siyasal organlarla ilgili düzenlemelerin yanı sıra bireylerin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin düzenlemeleri de içermesi gerekmektedir.¹⁶

Anayasa kavramının fikrî temellerine bakıldığında, Aristo’dan başlayarak Bodin, Locke, Hobbes, Montesquieu gibi birçok farklı düşünürden bahsetmek gerekmektedir. Ancak modern anlamda anayasa kavramının tanımını ilk kez 1758 yılında Emmerich de Vattel şu şekilde yapmıştır:

“Anayasa, kamu gücünün nasıl kullanılması gerektiğini belirleyen temel sistemdir. Ulusun bir siyasal varlık olarak nasıl hareket edeceğini, ulusun nasıl ve kimler tarafından yönetileceğini gösterir ve yönetilenlerin hak ve yükümlülüklerini belirtir. Temelde anayasa, bir siyasal toplum

¹³ Bertil Emrah Oder, **Avrupa Birliği’nde Anayasa ve Anayasacılık**, İstanbul: Anahtar Kitaplar Yayınevi, 2004, s. 28-29.

¹⁴ Süheyl Batum, “Anayasanın önemi nereden gelir?”, İbrahim Ö. Kaboğlu (Ed.), **Türkiye’nin Anayasa Gündemi**, İstanbul: İletişim Yayınları, 2018, (Anayasanın Önemi), s. 28.

¹⁵ Mehmet Turhan, “Anayasaların Sınıflandırılması”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 4(1), 2019, (Sınıflandırılması), s. 231.

¹⁶ Ender Ethem Atay, “Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 12(1-2), 2008, (Anayasa Kavramının), s. 509.

olarak amaçlarını ve çıkarlarını gerçekleştirirken ulusun, sınırları içinde hareket etmeyi taahhüt ettiği bir çerçeveden başka bir şey değildir.”¹⁷

Anayasa kavramı bu ilk tanımından bu yana birçok değişime uğrayarak farklı anlamlarda kullanılmıştır. Başlangıçta özellikle kurma ve şekillendirme kavramlarını izah etmek için kullanılan anayasa kavramı, sonraları devletin ana yapısını açıklamak için kullanılmıştır.¹⁸ Birçok anlamsal değişikliğe uğradıktan sonra, bugün modern anlamda anayasa kavramının dar ve geniş olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır. Geniş anlamda anayasa; bir devletin kuruluş ve örgütlenmesine ilişkin kurallar iken, bu kuralların bir belge altında birleştirilmesi sonucunda oluşan resmî belge ise dar anlamda anayasadır. Bu minvalde şunu belirtmek gerekir ki; her devlet geniş anlamda bir anayasaya mutlak surette sahip iken dar anlamda anayasanın mevcudiyeti bir zaruret değildir. Nitekim İngiltere gibi dar anlamda anayasaya sahip olmayan devletler bulunmaktadır.¹⁹

1. 2. Anayasal Devlet Düşüncesinin Doğuşu ve Gelişimi

Anayasal devlet düşüncesi, devlet iktidarının keyfi yönetiminin önüne geçilmesi amacıyla bu iktidarın sınırlandırılması düşüncesinden doğmuştur. Nitekim yeryüzünün ilk anayasal metni olarak kabul edilen ve 13. yy’de İngiltere’de yayımlanan Magna Carta, adeta bozulan düzene ve rejime karşı çıkış ve krala bir baş kaldırış olmuştur. Bu belge, krala imzalatılmış ve kralın egemenliği sınırlandırılarak onun mutlak güç olmadığı, egemenliğin tek bir kişiye ait olmaması ve paylaşılması gerektiği savunulmuştur.²⁰

Her ne kadar bu belge, siyasal iktidarı sınırlandırma amacıyla hazırlanan ilk anayasal belge olarak kabul edilse de bu amaç, siyasal düşüncenin ortaya çıkışından bu yana her zaman var olmuştur.²¹ Zira gücü elinde bulunduran iktidar, tarih boyunca sahip olduğu güçle birlikte bozulma eğilimde olmuş ve bu da sınırlandırılma ihtiyacını doğurmuştur. Nitekim İngiliz tarihçi Lord Acton “güç bozar, mutlak güç ise mutlaka bozar” diyerek bu ihtiyacın sebebini vurgulamıştır.²²

Anayasal düşüncenin doğuşu ile birlikte birtakım anayasal teoriler ortaya çıkmıştır. İlk ve Orta Çağ’da sınırlı devlet düşüncesinin gerçekleştirilmesi için dengeli anayasa olarak da adlandırılan ve monarşi, aristokrasi ve cumhuriyetin farklı özelliklerinin birleştirilmesi esasına

¹⁷ Emerich de Vattel, **Le Droit Des Gens**’den Aktaran: Klaus Stern, “Küresel Anayasacılık Hareketleri ve Yeni Anayasalar” (Çev. Ayhan Tekinsoy), **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Ankara: TBB Yayınları, 2001, s. 46.

¹⁸ Atay, *Anayasa Kavramının*, s. 507.

¹⁹ Eroğlu, *Değiştirme Sorunu*, s. 7.

²⁰ Detaylı bilgi için bkz. Aziz Can Tuncay, *Magna Carta (Büyük Ferman)*, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 10(135), 2015, s. 7-28.

²¹ Özbudun, *Anayasalcılık*, s. 15.

²² Andrew Heywood, **Political Theory: An Introduction**, 4. Baskı, Macmillan Education, 2015, s. 50.

dayanan karma hükümet sistemi savunulmuştur.²³ Karma hükümet teorisi, siyaset teorisinin kendisi kadar eski olup 18. yüzyıla kadar İngiliz siyasi düşüncesinin bir parçası olmuştur.²⁴ Bu teori, toplumdaki ana menfaatlerin, hükümetin işlevlerinde müştereken yer almasına izin verilmesi gerektiği inancına dayanmıştır. Böylece herhangi bir menfaatin, kendi iradesini diğerlerine empoze etmesinin engelleneceği düşünülmüştür.²⁵ Bu teorinin ardından ikinci bir anayasal teori olarak 18. yy'de kuvvetler ayrılığı teorisi ortaya çıkmış olup bu teorinin kökeni, Antik Çağdaki dengeli anayasa da denilen bu karma hükümet sisteminin gelişmesine dayanmaktadır.²⁶

1. 2. 1. Kuvvetler Ayrılığı Teorisi

Anayasa hukukunun temelini, karma hükümet teorisinden sonra kuvvetler ayrılığı teorisi oluşturmaktadır. Zira bu teori, bireyin haklarını mutlak monarşilerin keyfiliklerinden korumayı hedeflemektedir.²⁷ Birçok düşünür katkı sağlamakta birlikte bu teori bakımından öne çıkan ilk isim Aristo'dur.²⁸ Ancak teorinin modern anlamda fikrîsel temellerini John Locke ve Montesquieu'nün düşünceleri oluşturmuştur.²⁹

1. 2. 1. 1. Aristoteles'in Anayasa Anlayışı ve Sınıflandırması

Aristo "politeia" adlı eserinde anayasayı; devlet içinde yaşayanları örgütlemenin bir yolu olarak tanımlamış ve doğru anayasanın nasıl olması gerektiğinden bahsetmiştir. Ona göre egemenliğin bir azınlığın, bir çoğunluğun ya da bir adamın elinde olacağı kaçınılmazdır. Ancak kimde olduğu fark etmeksizin egemen olanın ortak yararı gözeterek devleti yönetmesi halinde ancak doğru anayasadan söz edilebilecek ve ancak bu anayasalar mutlak adaletle uyumlu olacaktır.³⁰

Aristoteles, "Nicomachean Ethics" adlı eserinde ise anayasayla ilgili bir sınıflandırma yapmıştır. Bu sınıflandırmaya göre monarşi, aristokrasi ve timokrasi (böyle adlandırılması gerekmesine rağmen çoğunlukla politia olarak adlandırılır) olmak üzere üç tür oluşum ve eşit sayıda sapma biçimi vardır. Aristoteles, her ikisi de tek adam yönetim biçimi olmasına rağmen, tiranın kendi çıkarını gözetirken kralın tebaasının çıkarını gözeteceğini belirterek, bunların içinde

²³ Özbudun, Anayasalcılık, s. 15.

²⁴ Selman Karakul, "Yeni Kuvvetler Ayrılığı Teorisi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2(2), 2015, s. 71.

²⁵ M.J.C. Vile, **Constitutionalism and the Separation of Powers**, 2. Baskı, Indianapolis: Liberty Fund, 1998, s. 37-38.

²⁶ Vile, s. 37-38.

²⁷ Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 24. Baskı, Beta Yayınları, 2016, s. 489.

²⁸ Mehmet Emin Akgül, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı", **Ankara Barosu Dergisi**, 68(4), 2010, s. 82.

²⁹ Ayşe Özkan Duvan, "Devlet Teorisinde Kuvvetler Ayrılığının Doğuşu: Locke ve Montesquieu", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, (1), 2019, s. 38.

³⁰ Aristoteles, **Politika** (Çev. Furkan Akderin), 5. Baskı, Say Yayınları, 2020, (Politika), s. 98-100.

en iyisinin monarşi, en kötüsünün ise timokrazi olduğunu vurgulamıştır.³¹ Aristoteles “Politeia” adlı eserinde de benzer bir sınıflandırmaya yer vermiştir.

Aristoteles, bu sınıflandırmasının yanında “Politeia” adlı eserinde ilk kez devletin üç temel faaliyetinin olduğunu ve bu faaliyetlerin farklı organlara verilmesi gerektiğinden bahsetmiştir.³² O, kitabında teorisini şu şekilde ifade etmiştir:

“Bir yasa yapıcı, tüm anayasalarda var olan üç kritik noktayı dikkate almalıdır. Bunlardan birincisi birlikte karar almadır. Ülke için önemli olan her şey burada konuşulur, ikinci nokta devlet görevlerinin ve yetkilerinin neler olduğu ve kaçır kişiden oluşacakları, yetkilerinin sınırları konularıdır, üçüncüsüse yargıdır.”³³

Kanaatimizce bu düşüncelerden yola çıkılarak söylenebilir ki; her ne kadar kuvvetler ayrılığı teorisine düşünsel olarak önemli bir katkıda bulunduğu söylene de Aristo’nun erklerin birbirlerini dengelediği bir kuvvetler ayrılığı, diğer bir deyişle modern anlamda kuvvetler ayrılığı düşüncesine sahip olmadığı düşünülebilir.

1. 2. 1. 2. John Locke ve Montesquieu’nün Kuvvetler Ayrılığı Teorisi

John Locke modern anlamda kuvvetler ayrılığı teorisini ilk dile getiren düşünürlerden biridir.³⁴ Locke, “Hükümet Üzerine İki Deneme” adlı eserinde, kuvvetler ayrılığı teorisini ilk kez dile getirmiş ve yasama, yürütme ve federatif erk olmak üzere devlet yönetiminin üç kuvvetten oluştuğunu belirtmiştir.³⁵ Locke’a göre; yürütme erkinden gelecek tehlikelerin önlenmesinin yolu yasaların, bu yasaları uygulayanlar tarafından değil başka bir erk tarafından yapılmasıdır.³⁶ Bununla birlikte o, bu iki erk arasında çıkabilecek bir çatışmanın dünya üzerindeki hiçbir yargıç tarafından çözülemeyeceğini de teorilerine eklemiştir.³⁷

Locke’a göre federatif erk, toplumsal yarar ve güvenlik için gereken işlemleri yapma yetkisidir.³⁸ O yasama, yürütme ve federatif erkin ayrı olması gerektiğini söylemiş ancak bununla birlikte yasamanın daha üstün bir erk olduğundan bahsetmiştir. Zira onlar, yasama tarafında yapılan kanunlara tabi olmak zorundadır. Bu anlamda Locke’un kuvvetler ayrılığı teorisinde de

³¹ Aristoteles, **The Nicomachean Ethics** (Çev. David Ross), Lesley Brown (Ed.), Oxford: Oxford University Press, 2009, (Ethics), s. 154.

³² Akgül, s. 82.

³³ Aristoteles, Politika, s. 148.

³⁴ Duvan, s. 39.

³⁵ Teziç, s. 491.

³⁶ Alaeddin Şenel, **Siyasal Düşünceler Tarihi**, Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları, 2019, s. 373-376.

³⁷ Martin Loughlin, **Sword and Scales (An Examination of the Relationship Between Law and Politics)**, Oxford: Hart Publishing, 2000, (Sword), s. 179.

³⁸ Duvan, s. 39.

erkler arasında dengenin olması gerektiğinden bahsedilmediği söylenebilmektedir.³⁹ Görülmektedir ki, Locke yasama ve yürütmeyi iki ayrı erk olarak düşünmüşse de yargıyı ayırmamıştır.

Her ne kadar birçok düşünürün katkı sağladığı söylene de bu teorinin kurucusu, kuvvetler ayrılığı teorisini sistematik olarak dile getiren Montesquieu olarak bilinmektedir.⁴⁰ Montesquieu, “Kanunların Ruhu Üzerine” adlı eserinde kuvvetler ayrılığı teorisini sistematik bir şekilde dile getirmiş olup bu düşüncesini şu sözlerle ifade etmiştir:

“Her devlette üç çeşit yetki vardır: Bir, yasama yetkisi; iki, devletler hukukuna bağlı olan şeyleri uygulama yetkisi; üç, medeni hukuka bağlı olan şeyleri uygulama yetkisi. Birincisinde hükümdar ya da bu ise memur edilmiş kimse ya bir süre için ya da her zaman için yürürlüğe girecek kanunları yapar; eskiden yapılmış olanları düzeltir ya da yürürlükten kaldırır. İkincisinde, barışı sağlar ya da savaş açar; büyükelçiler gönderir ya da kabul eder, ülkesinde güveni sağlar, istilaları önler. Üçüncüsüyle de suçları cezalandırır ya da kişiler arasındaki anlaşmazlıkları yargılar. Buna yargılama yetkisi, ikincisine de sadece devletin uygulama ya da yürütme yetkisi adını vereceğiz... Yasama yetkisiyle uygulama ya da yürütme yetkisi aynı kişiye ya da aynı memurlar topluluğuna verilirse, ortada hürriyet diye bir şey kalmaz; çünkü aynı hükümdarın ya da aynı senatonun şiddet kullanarak uygulamak için ağır kanunlar yapmasından korkulur.

Yargılama yetkisi, yasama yetkisiyle uygulama yetkisinden ayrılmazsa ortada yine hürriyet diye bir şey kalmaz. Yargılama yetkisi yasama yetkisiyle birleştirilseydi vatandaşların hayatı ve hürriyeti üzerindeki yetki keyfi olurdu. Çünkü hâkim aynı zamanda kanun koyucu olurdu. Uygulama yetkisiyle birleştirilseydi, o zaman hâkimin elinde yargılama yetkisinden başka bir de baskı kuvveti bulunurdu. Bu üç yetki, yani kanun yapma yetkisi, genel kararları uygulama yetkisi, suçları ya da vatandaşlar arasındaki anlaşmazlıkları yargılama yetkisi, aynı zamanda aynı kişinin ya da yüksek memurlardan, soylulardan, halktan oluşan aynı toplulukların elinde bulunsaydı, devlette her şey yıkılırdı.”⁴¹

Görülmektedir ki Montesquieu, burada kuvveler ayrılığı ilkesini net bir şekilde ifade etmiştir. O, Locke'den farklı olarak yargıyı da bağımsız üçüncü bir erk olarak saymış ve böylece yargının yürütmeden bağımsız olarak hareket edebilme imkanının önünü açmıştır.⁴² Gerek John Locke 'un kuvvetler ayrılığı kuramından gerekse Montesquieu'nün yukarıdaki cümlelerinden yola çıkarak söylenebilir ki; bu kuramın savunucularının ortak hedefi yönetenlerin baskılarını engellemek olup onlara göre bunun yolu kuvvetlerin ayrı ayrı organlara verilmesidir.⁴³

Kuvvetler ayrılığı teorisi, ilk defa 1776 Virginia Anayasasının başlangıç bildirisinde açıkça yer almış ve ardından 1789 Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesinin 16'ncı maddesinde de bu teoriye yer verilmiştir.⁴⁴ 1776 Virginia Anayasasının⁴⁵ başlangıç bildirisinde; yasama, yürütme

³⁹ Mehmet Ali Ağaoğulları vd., **Kral-Devletten Ulus-Devlete**, 3. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi, 2017, s. 208

⁴⁰ Ender Ethem Atay, Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı İlkesi Işığında Danıştay, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 17(1-2), 2013, (Yargı Bağımsızlığı), s. 1137.

⁴¹ Montesquieu, **Kanunların Ruhu Üzerine** (Çev. Fehmi Baldaş), İstanbul: Hiperlink Yayınları, 2014, s. 218-219.

⁴² Loughlin, Sword, s. 182-183.

⁴³ Teziç, s. 490.

⁴⁴ Özbudun, Anayasalcılık, s. 17-18.

⁴⁵ İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. <https://law.lis.virginia.gov/constitution/article3/section1/>, 06 Aralık 2021.

ve yargının ayrı olması gerektiği söylenmekle birlikte erklerin birbirlerine ait yetkileri kullanamayacağı ve bir kişinin aynı anda birden fazla erkin yetkilerini kullanamayacağı açıkça belirtilmiştir.

Giderek yaygınlaşan kuvvetler ayrılığı teorisi, 19'uncu yüzyılda da etkisini sürdürerek anayasacılık hareketlerine adeta yön vermiştir.⁴⁶ Öyle ki modern anayasa fikrinin, kuvvetler ayrılığı ilkesinin meydana çıkışıyla yakından ilişkili olduğu söylenebilecektir. Buna ilaveten bu durumun, modern hukuk devleti fikrinin tanınmasını sağladığı da yine söylenebilecektir. Bu anlayışla birlikte hukuk artık bir dizi örf-adet pratiği veya bir egemen gücün buyrukları olmayıp; siyasileri sınırlamak ve yönlendirmek için var olan bir temel ilkeler niteliği kazanmıştır.⁴⁷

Dolayısıyla anayasacılık düşüncesinin bu teori üzerine kurulduğu göz önünde bulundurulduğunda, anayasaların yapıma ve değiştirilmelerine ilişkin hususların kuvvetler ayrılığı teorisiyle doğrudan ilişkili olduğu düşünülebilir. Zira anayasalar, hürriyetlerin korunmasını amaçlamakta olup⁴⁸ kanaatimizce kuvvetler ayrılığı teorisi de bu amacı gerçekleştirmenin en temel yollarından biridir. Nitekim 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 16'ncı maddesi çıkarımımızı destekler niteliktedir. Bu maddeye göre, *“Hakların güvence altına alınmadığı, kuvvetler ayrılığının yapılmadığı bir toplumun Anayasası yoktur”*.⁴⁹

1. 2. 2. Anayasacılık Devrimi: Yazısız Anayasalardan Yazılı Anayasalara Geçiş Süreci

Devletlerin, iktidarların, kralların güçlerini nereden alacakları, meşruiyetlerinin dayanağı ve egemenliklerinin sınırının ne olduğu üzerine çokça düşünülmüş ve nihayetinde bu sorulara cevap olarak kralların ve onların iktidarlarının üzerinde birtakım kurallar olduğu ileri sürülmüştür. Bu kuralların dayanağı önceleri doğada, dinsel emirlerde aranmışsa da Aydınlanma Çağı dediğimiz 17. yüzyıla başlayan düşünsel hareketlerle bu kuralların dayanağı olarak toplum sözleşmesi kavramı ortaya çıkmıştır.⁵⁰

Anayasa hareketlerinin başlangıcı sayılan 17. yüzyıldan itibaren, Reform ve Rönesans gibi düşünsel hareketlerin etkisiyle birçok siyasal ve kültürel değişiklikler yaşanmıştır. Devletin din ile olan ilişkisi farklılaşmış ve tüm bunların sonucunda da halk ve millet egemenliği teorileri ortaya çıkmıştır. Bunların sonucu olarak, bu dönemde hukuksal anlamda da birtakım köklü değişiklikler yaşanmıştır.⁵¹

Bu değişikliklerin temelinde zenginleşen, güçleşen ve feodalizme karşı üstünlük sağlamış olan burjuvazi sınıfının var olduğu söylenebilecektir. Zira giderek güçlenen bu sınıf, güçlerini

⁴⁶ Teziç, s. 494.

⁴⁷ Loughlin, Sword, s. 179.

⁴⁸ Atay, Anayasa Kavramının, s. 503.

⁴⁹ “Hakların güvence altına alınmadığı, kuvvetler ayrılığının yapılmadığı bir toplumun Anayasası yoktur.”

⁵⁰ Batum, “Anayasanın önemi”, s. 29.

⁵¹ Batum, “Anayasanın önemi”, s. 29.

pekiştirmek, menfaatlerini korumak ve güvence altına almak için iktidar ile kral ve feodal beylerin yetkilerini sınırlandıracak bir anlaşma yapmıştır. Avrupa'nın ilk anayasaları, tıpkı bu şekilde, var olan düzenin yıkılarak yerine yeni bir düzen kurulmasına yol açan sınıf çatışmaları sonucunda ortaya çıkmıştır.⁵²

Bu gelişmelerden sonra, toplum sözleşmesi olarak anayasalar; devletin yetkilerinin kapsamını ve sınırlarını belirleyen, bununla birlikte tüm bireylerin hak ve hürriyetlerini koruyan belgeler olarak kabul edilmiştir.⁵³ Yazısız anayasalardan yazılı anayasalara geçişin temel nedeni ise yukarıda sürecini anlattığımız ve aydınlanma çağı ile ortaya çıkan toplum sözleşmesi düşüncesi olmuştur. Zira toplum sözleşmesi denilen anayasal belge ile haklarını güvence altına alan burjuvazi sınıfının gücünü sağlamlaştırması ve bu haklarını pekiştirmesi için ana koşul yazılı anayasaları kabul etmiş ulus devletlerinin yaygınlık kazanmasıdır.⁵⁴

1. 2. 2. 1. Yazılı Anayasa Kavramı

İktidarın sahip olduğu ve yönetilenlere karşı uyguladığı gücün kaynağı olarak her devlet ister yazılı olsun ister yazısız olsun bir anayasaya mutlak surette sahiptir.⁵⁵ 18.yüzyıla kadar büyük ölçüde yazısız anayasalar var olmakla birlikte bu anayasaların son derece belirsiz olması ve daha da önemlisi krala oldukça fazla takdir yetkisi vermesi nedeniyle bu anayasa anlayışı zamanla yerini yazılı anayasa anlayışına bırakmıştır.⁵⁶ Dolayısıyla görülmektedir ki yazılı anayasaların ortaya çıkışı, yönetenlerin yetkilerinin sınırlandırılması arzusuna dayanmaktadır. Diğer bir deyişle bu anayasaların fikrîsel zemini, kuvvetler ayrılığı teorisine dayanmaktadır.

Süreci özetlemek gerekirse, 18. yüzyıla kadar genel olarak devletlerin yazısız anayasaya ile yönetildiği görülmektedir. Bu anayasalar ise yıllar boyu var olmuş, yerleşik örf ve gelenek kaidelerinden oluşmaktaydı. Ancak zaman içinde tabii hukuk teorisyenlerinin de katkısıyla, siyasi iktidarın kısıtlanması ve keyfiliklerinin sonlandırılması düşüncesi yaygınlık kazanmıştır. Nitekim bu düşüncelerin yaygınlaşması ve gelişmesiyle birlikte yazısız anayasalar zamanla yerini yazılı anayasalara bırakmıştır.⁵⁷

18'inci yüzyılın sonlarından başlayarak yazılı anayasa düşüncesi, dünya genelinde son derece yaygınlık kazanmıştır.⁵⁸ Bu süreçte genel kabule göre; ilk yazılı anayasa 1787 ABD

⁵² Uygur Coşkun, Düünden Bugüne Anayasacılık, **Hukuk Gündemi II**, 2008, s. 96-98. <http://www.ankarabaru.org.tr/site/ankarabaru/hgdmakale/2008-1/13.pdf>, 6 Aralık 2021.

⁵³ Süheyl Batum, "Günümüzde anayasaların toplum sözleşmesi olması zorunlu mudur?", İbrahim Ö. Kaboğlu (Ed.), **Türkiye'nin Anayasa Gündemi**, İstanbul: İletişim Yayınları, 2018, (Günümüzde), s. 32.

⁵⁴ Cem Eroğlu, **Anatüze Giriş**, Ankara: İmaj Yayınevi, 2016, (Anatüze), s. 20.

⁵⁵ Atay, Anayasa Kavramının, s. 510.

⁵⁶ Atay, Anayasa Kavramının, s. 510-514.

⁵⁷ San, s. 32.

⁵⁸ Öykü Didem Aydın, "Biz, Halk; "Egemenliğin Sahibi", **Halkın-Kurucu-Meclesi (Anayasa Konvansiyonu) ve Anayasa Yapımı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011, s. 311.

Anayasasıdır. Bu anayasayı 1791 Polonya Anayasası ve Fransa Anayasası takip etmiştir.⁵⁹ Ancak her ne kadar yazılı anayasacılık düşüncesinin, 18. yüzyılın sonlarından itibaren başladığını söylesek de daha önce de belirtildiği üzere, Antik Çağ'da da bir anayasacılık düşüncesinin var olduğu unutulmamalıdır.⁶⁰

Önceleri yazısız anayasa genel kabul iken, 18. yüzyılda başlayan anayasal hareketlerin etkisiyle yazılı anayasa anlayışı yaygınlık kazanmıştır. Bugün İngiltere, İsrail gibi ülkeler dışında çoğu ülke yazılı anayasaya sahiptir.⁶¹ Nitekim Eroğlu “dünya bir yazılı anayasalar dünyasıdır” diyerek yazılı anayasa anlayışının bugünkü hakimiyetini vurgulamıştır.⁶²

Yazılı anayasalar; belirli yöntemler çerçevesinde, birtakım kuralların yetkililer tarafından bir belge içinde bir araya getirilmesidir. Ancak bu belgenin mutlaka tek bir metin olması şart değildir.⁶³ Diğer bir deyişle, yazılı anayasa; anayasa adı verilen bir belgede devletin temel yapısının, prensiplerinin ve temel hakların gösterilmesidir.⁶⁴ Yazısız anayasası olan ülkelerde, ayrı yazılı birçok metin olabilmekle birlikte yazılı anayasalardan farklı olarak anayasa olarak adlandırılan tek bir metin yoktur. Diğer bir farklılık olarak, bu tür anayasalarda anayasa boşluğu söz konusu olmayıp bu boşluklar gelenek ve görenek ile doldurulmaktadır.⁶⁵ Bu tür anayasalar belli bir irade tarafından yapılmayıp siyasi hayatın sonucu olarak ortaya çıkmışlardır.⁶⁶

Yazısız anayasalar ile yazılı anayasalar arasındaki en önemli fark; bu anayasalardaki kuralların hiyerarşik konumlarıyla ilgili olup bu durum konumuz bakımından da oldukça önemlidir. Zira yazısız anayasalar bakımından aşağıda detaylıca anlatacağımız normlar hiyerarşisi bakımından şekli anlamda bir hiyerarşiden söz edilememektedir. Dolayısıyla yazısız anayasalarda yazılı anayasaların aksine anayasanın değiştirilmesine ilişkin bir usulü kurala hukuki bakımdan üstünlük verilmesi de söz konusu olamayacaktır.⁶⁷

1. 2. 2. 2. Yazısız Anayasa Kavramı

Yazısız anayasalar, nitelikleri bakımından doktrinde bazı tartışmalara yol açmıştır. Bazı düşünürlere göre yazılı olmadığı müddetçe bir anayasa normunun varlığından bahsedilemeyecektir.⁶⁸ Nitekim onlardan biri olan Kemal Gözler, yazısız anayasaların her ne kadar adına anayasa denilse de onların aslında bir anayasa olmadığını söylemektedir. Zira ona göre bir

⁵⁹ İbrahim Özden Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2020, (Anayasa), s. 2.

⁶⁰ Aydın, s. 311.

⁶¹ Eroğlu, Anatüzeye, s. 23.

⁶² Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 177.

⁶³ Kemal Gözler, **Kurucu İktidar**, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2016, (Kurucu İktidar), s. 158.

⁶⁴ Mustafa Erdoğan, **Anayasa Hukukuna Giriş (Genel Esaslar)**, 2. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2019, (Hukukuna Giriş), s. 130.

⁶⁵ Atilla Özer, **Anayasa Hukuku**, Ankara: Gazi Kitabevi, 2016, s. 16.

⁶⁶ Erdoğan, Hukukuna Giriş, s. 130.

⁶⁷ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 11-12.

⁶⁸ Erdoğan, Hukukuna Giriş, s. 130.

kuralın anayasa olarak nitelendirilebilmesi için bu kuralın kanunlardan daha üstün bir değere sahip olması gerekmektedir. Dolayısıyla İngiltere gibi yazısız anayasayı benimsemiş bir ülkede anayasanın olmadığını söylemenin daha yerinde olacağını ileri sürmüştür.⁶⁹

Elbette aksi görüşler de vardır. Bu görüşün savunucularından biri olan Wil Waluchow bu kabule gerekçe olarak uzun süredir devam eden sosyal kuralların ve geleneklerin genellikle açık ve kesin olduğunu ve ayrıca yazılı olanlardan daha katı ve yerleşik olduğunu belirtmiştir. Zira bu tarz teamüllerin ortadan kaldırılması, değiştirilmesi veya yeniden yorumlanması; tipik olarak geleneksel tutumlarda, inançlarda ve davranışlarda yaygın değişiklikler gerektirdiğini ve bunların gerçekleştirilmesinin de oldukça zor olduğunu dile getirmiştir.⁷⁰

1. 2. 3. Normlar Hiyerarşisi Teorisi

Normlar hiyerarşisi, bir hukuk düzeni içindeki normların gelişi güzel bir şekilde değil altlık-üstlük ilişkisi içinde olması şeklinde tanımlanabilmektedir. Bugün normlar hiyerarşisi olarak bilinen hiyerarşik yapı teorisinin teorisyen Hans Kelsen'dir.⁷¹

1. 2. 3. 1. Kelsen'in Anayasa Yaklaşımı

Doğal hukuk geleneğinden sonra pozitivist bir hukuk anlayışını ortaya atan Hans Kelsen anayasayı, anayasanın işlevini ve anayasanın hukuk sistemi içindeki yerini anlamamız bakımından oldukça önemli eserler ortaya koymuştur. Hans Kelsen'in anayasa anlayışı ve bu bağlamda ortaya koyduğu teoriler, adeta modern anayasa hukukunun temellerini oluşturmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce onu anlayabilmek, modern anayasa hukukunu anlayabilmek için oldukça önemlidir. Kelsen'i anlayabilmek için en önemli eserlerinden; "Devlet Hukuku Teorisinin Temel Prensipleri (Principal Problems of the Theory of State Law)", "Hukukun Genel Teorisi ve Devlet (General Theory of Law and State)" ve "Saf Hukuk Teorisi (Pure Theory of Law)" adlı eserlerini derinlemesine incelemek gerekmektedir.

Kelsen belirli bir hukuk düzeni ile değil pozitif hukuk ile ilgili incelemeler yapmış ve olması gereken ile değil olan ile ilgilenmiştir. Pozitivist hukukun temsilcisi olan Kelsen, devletin varlık kazanmasının ancak hukuk ile mümkün olacağını düşündüğünden hukuk düzeni ile devleti aynı düşünmüş ve aralarında bir ayrım yapmamıştır. Nitekim Kelsen, bu yönüyle doğal hukuk teorisyenleri ile ayrılmıştır.⁷²

⁶⁹ Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt 1**, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011, (Genel Teorisi), s. 112.

⁷⁰ Wil Waluchow, "Constitutionalism", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Edward N. Zalta (Ed.), 2018, <https://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/#Wri>, 06 Aralık 2021.

⁷¹ Ömer Anayurt, **Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku)**, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, (Anayasa), s. 131.

⁷² Teziç, s. 94.

Çok sayıda farklılığa uğramasına rağmen anayasanın kalıcı bir öze sahip olduğunu düşünen Kelsen anayasayı, *“devletsel birliğin unsurlarının karşılıklı davranışlarını düzenleyen hukuksal normların, aynı zamanda, bu normları uygulamak ve bu normlara uyulmasını sağlamak için gerekli olan organları ve bu organların izleyecekleri yöntemleri belirleyen hukuksal normların vazgeçilmez temeli, diğer bir ifadeyle, kısacası devlet düzeninin temel dayanağıdır”* şeklinde tanımlamıştır.⁷³

1. 2. 3. 2. Kelsen’in Hiyerarşik Yapı Teorisi

Kelsen normlar hiyerarşisi teorisini “Pure Theory of Law” adlı eserinde detaylıca açıklamıştır. Ona göre hukukun dinamik karakteri nedeniyle bir norm, belirli bir şekilde, yani başka bir norm tarafından belirlenen bir şekilde yaratıldığı için geçerlidir. Dolayısıyla diğer norm yeni normun geçerlilik nedenidir. Bununla birlikte Kelsen, başka bir normun yaratılmasını düzenleyen norm ile öncekine uygun olarak yaratılan norm arasındaki ilişkinin mecazen altlık üstlük ilişkisi olarak sunulabileceğini ileri sürmüştür.⁷⁴

Ona göre; diğer normun yaratılışını düzenleyen norm daha üstün iken ona uygun olarak yaratılan norm daha düşüktür. Nitekim buradan yola çıkan Kelsen, hukuk düzeninin eşit düzeydeki koordineli normlar sisteminden ibaret olmadığını dile getirmiştir. O, bu düzenin farklı hukuki norm düzeylerinden oluşan bir hiyerarşiye sahip olduğunu söyleyerek hiyerarşik yapı teorisini ileri sürmüştür.⁷⁵

“General Theory of Law and State” adlı eserde de bir devletin hukuk düzeninin hiyerarşik yapısı, Kelsen tarafından kabaca anlatılmıştır. Ona göre bir ulusun hukuk sistemi içindeki en yüksek norm anayasadır. Ancak Kelsen, en üst norm olarak kabul ettiği anayasanın biçimsel anlamda değil maddi anlamda anayasa olduğunu vurgulamıştır. Nitekim maddi anlamda anayasayı da açıklayan Kelsen’e göre maddi anlamda anayasa; genel hukuk normlarının, özellikle de kanunların yaratılmasını düzenleyen kurallardır.

Kelsen 1964’te yayınlanan “Anayasanın Fonksiyonu” adlı makalesinde de normlar hiyerarşisini şu şekilde açıklamıştır:

“Üstte ve altta yer alan normlar arasındaki ilişki bir normun herhangi bir yolla bir diğer normun geçerliliğini temellendirmesinde yatmaktadır. Bir norm diğer norma göre üstte olarak ilişkilendirilmişse altta yer alan norm üstte yer alan normun geçerliliğiyle temellendiriliyor demektir. Eğer altta yer alan normun geçerliliği üstteki normun geçerliliğiyle temellendiriliyorsa, bu durumda alttaki norm üstteki normun belirlediği biçimde oluşturulabilir ve alttaki normla ilişkisinde üstteki norm anayasa niteliğindedir. Bu nedenle de anayasa

⁷³ Hans Kelsen ve Yasin Sönmez, Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 64(3), 2015, s. 866.

⁷⁴ Hans Kelsen, **Pure Theory of Law** (Çev. Max Knight), Berkeley: University of California Press, 1967, (Pure), s. 221.

⁷⁵ Kelsen, Pure, s. 221.

kavramının özü normların yaratılmasının düzenlenmesinden ibarettir. O halde yasa- yasaları düzenleyen- bu organların prosedürüne ilişkin olarak anayasa olmaktadır. Daha dar anlamında anayasa yasa yapma prosedürüyle ilgili olarak anayasa niteliğindedir ve pozitif hukuksal anlamında anayasa olan ve tarihsel bakımdan ilk anayasa karşısında transandantal-mantıksal anlamında anayasanın olması gibidir.”⁷⁶

1. 3. Anayasanın İşlevi

Anayasanın işlevinin ne olduğu sorusu, birçok değişkene bağlı olarak farklı şekillerde cevaplandırılabilir. Ancak söylenebilir ki; anayasanın işlevinin ne olduğu, söz konusu anayasanın hangi kıstas temel alınarak meydana getirildiğine göre değişiklik göstermektedir. Örneğin liberal bir anlayış çerçevesinde tanımlanan anayasalarda anayasanın işlevi, yönetenlerin yetkilerini sınırlandırmak iken ana kuruluş olarak benimsenen anayasaların işlevi, teşkilatlanmayla ilgili kuralları belirlemektir.⁷⁷

Bununla birlikte anayasaya ilişkin sınıflandırmalar bir yana koyulduğunda anayasanın iki temel işleve sahip olduğu söylenilebilecektir. Bunlardan biri anayasanın hukuki işlevi iken diğeri siyasal işlevidir.⁷⁸ Nitekim Teziç’e göre; anayasanın hukuki ve siyasal olmak üzere iki anlamı var olup o, anayasanın bu iki boyutunu şöyle ifade etmiştir:

“Anayasa, yalnızca bir devletin hukuki statüsü olmayıp aynı zamanda devlet içinde siyasi iktidarı ve toplum içinde de devlet iktidarını sınırlayan bir belgedir. Anayasanın devlet iktidarını sınırlayan, kişi haklarını güvenceye alan bir belge olması, aynı zamanda bir siyasi tercihi de yansıtır; çünkü anayasanın devletin statüsü olması hukuki bir niteliğidir. Buna karşılık, devlet iktidarını sınırlaması, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi’nin 16. Maddesindeki, “insan haklarının güvenceye alınmadığı ve kuvvetler ayrılığının belirlenmediği bir toplumda asla anayasa yoktur” hükmü, anayasanın siyasi niteliğini ortaya koymaktadır.”⁷⁹

Siyasi ve hukuki sonuçları olan anayasanın⁸⁰ hukuksal işlevini, siyasi gücün teşkilatlanması ile ilgili kuralların belirlenmesi oluşturmaktadır. Buna karşın anayasanın siyasal işlevini, onun kuruculuk fonksiyonu oluşturmaktadır. Anayasanın kuruculuk işlevi; bir anayasanın devleti kurması, kurduğu bu devleti hukuka bağlı kılarak onun eylem ve muamelelerini düzenlemesidir. Nitekim anayasanın kurucu işlevine paralel olarak, anayasa yapma gücüne karşılık ‘asli kurucu iktidar’ kavramı kullanılmaktadır.⁸¹

⁷⁶ Hans Kelsen, **The Function of a Constitution** (Çev. Lain Stewart), Essays on Kelsen, Richard Tur, Wiliam Twining (Ed.), Oxford: Clarendon Press, 1986, 117-118’den Aktaran: Mehmet Turhan, “Hans Kelsen’e Göre Anayasa Kavramı, Anayasanın Fonksiyonu ve Anayasa Yargısı”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 3(1), (Hans), s. 206.

⁷⁷ Oder, s. 118.

⁷⁸ Oder, s. 118.

⁷⁹ Teziç, s. 4.

⁸⁰ Aykut Çelebi ve Ece Göztepe, **Demokratik Anayasa**, Metis Yayıncılık, 2012, s. 11.

⁸¹ Oder, 118.

1. 4. Anayasaya İlişkin Yerleşik Sınıflandırmalar

Anayasa ilişkin birçok yerleşik ayırım bulunmaktadır. Bunlardan biri yazılı anayasa yazısız anayasa ayırımı iken diğeri katı anayasa ve sert anayasa ayırımıdır.⁸² Bunların yanı sıra anayasa hukukunun önemli teorisyenlerden biri olan Hans Kelsen, maddi ve biçimsel olmak üzere bir başka anayasal sınıflandırma daha yapmıştır.⁸³ Yine anayasaların sınıflandırılmalarıyla ilgili fikirler ileri süren Karl Loewenstein de yerleşik anayasal sınıflandırmalar üzerinde durmuş ve maddi ve biçimsel anayasa ayırımının önemli olduğunu ileri sürmüştür.⁸⁴

1. 4. 1. Maddi-Biçimsel Anayasa Sınıflandırması

Hans Kelsen “Pure Theory of Law” adlı eserinde, anayasayı kategorize ederek maddi anayasa ve biçimsel anayasa ayırımı yapmıştır. Kelsen’e göre; maddi anlamda anayasa, biçimsel anlamda anayasadan, yani yazılı anayasa olarak anayasa adlı belgeden ayırt edilmelidir. Ona göre biçimsel anlamda anayasa, sadece genel normların (yani mevzuatın) oluşturulmasını düzenleyen normları değil, aynı zamanda politik olarak önemli diğerkonularla ilgili olan normları ve buna ek olarak, bu belgede yer alan normların adi kanunlar gibi değil, özel bir prosedürle ve daha sıkı koşullar altında kaldırılabilceğine veya değiştirilbilceğine ilişkin düzenlemeleri de içerebilir.⁸⁵

Kelsen’e göre bu düzenlemeler, anayasal biçimi temsil eder ve bu düzenlemelerin içeriğine atıfta bulunan belge, istenen herhangi bir içeriği barındırabilecek olan biçimsel anlamda anayasayı ortaya çıkarır. Biçimsel anlamdaki anayasanın değiştirilmesi ve kaldırılmasına ilişkin düzenlemelerin amacının ise maddi anayasayı istikrara kavuşturmak olduğunu söyleyen Kelsen, tüm bunların, ulusal hukuk düzeninin tamamının pozitif hukuksal temelleri olduğunu vurgulamıştır.⁸⁶

Karl Loewenstein ise anayasanın tatmin edici bir tanımına ulaşabilmek için maddi anayasa ve biçimsel anayasa ayırımının yapılması gerektiğini belirtmiştir. Ona göre her devlet veya devlet olarak nitelendirilen herhangi bir sosyal örgüt, siyasi sürecini devam ettirebilmek için belirli temel kurallara sahip olup bu kurallara göre işletilirler. Bu kuralların bütünlüğü ise maddi anlamda anayasaya karşılık gelmektedir. Buna karşın biçimsel anlamda anayasa ise siyasi süreci yönlendiren kulların tümünü olmasa da en önemlilerini, mantıksal bir konu dizisi içinde sözlü olarak ifade eden tek veya duruma göre birkaç yazılı belgeden oluşmaktadır.⁸⁷

⁸² Mehmet Turhan, “Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliği”, **Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 33(1), 1976, (Anayasa Değişikliği), s. 63-65.

⁸³ Kelsen, Pure, s. 222.

⁸⁴ Turhan, Sınıflandırılması, s. 231.

⁸⁵ Kelsen, Pure, s. 222.

⁸⁶ Kelsen, Pure, s. 222.

⁸⁷ Karl Loewenstein, “Constitutions and Constitutional Law In The West And In The East”, **The Indian Journal of Political Science**, 30(3), s. 207.

Günümüzde maddi ve biçimsel anayasa ayrımı, anayasa kavramına ilişkin yerleşik ayrımlardan biri haline gelmiştir. Kanaatimizce bu ayrım, anayasayı yapma ve değiştirme iktidarı bakımından oldukça önem taşımaktadır. Zira bugün, anayasaların büyük bir çoğunluğu biçimsel anlamda anayasadır.⁸⁸ Biçimsel anayasa anlayışına bakıldığında ise bu anlayışın anayasayı değiştirme iktidarının yetkisini sınırlandıran bir bakış açısına sahip olduğu söylenebilecektir.

Maddi anlamda ve biçimsel anlamda anayasa ayrımının özünü, anayasanın muhtevası ve usulü oluşturmaktadır. Zira maddi anlamda anayasa; kamu erkinin teşkilatlanması, devlet organlarının yetkilerinin kısıtlanmasını ve dağılımı hakkındaki kaidelerdir. Bununla birlikte bu anayasa, insan haklarına dayanan ve bu hakların özünü güvenceye alan hak ve özgürlüklerden oluşmaktadır.⁸⁹ Diğer bir ifadeyle maddi anlamda anayasanın kapsamını devletin örgütlenmesine ilişkin kuralların yanı sıra temel hak ve özgürlüklerle ilgili bütün kaideler oluşturmaktadır.⁹⁰

Buradan yola çıkarak söylenebilir ki; maddi anlamda bir anayasanın var olduğundan bahsedebilmek için bu anayasa bakımından, bir devletin teşkilatlanmasına ilişkin kurallardan çok daha fazlasına ihtiyaç olduğu düşünülebilir. Temel hak ve özgürlükleri barındırmayan bir anayasanın maddi anlamda bir anayasa olmayacağı apaçıktır. Nitekim Klaus Stern, Türkiye Barolar Birliği tarafından düzenlenen Anayasa Kurultayında yaptığı konuşmada bu durumu şöyle açıklamıştır:

“Devletin örgütlenmesine hasredilmiş bir anayasa, yetkilerinde bazı ufak tefek sınırlamaları kabul etmekle birlikte, mutlakıyetçi karakterlerinden tamamen sıyrılmamış ancien régime’in bir kalıntısı olacaktır. Bireyin devlet içinde temel statüsünü ortaya koymadıkça hele vatandaşın devlete nazaran temel sübjektif haklarını, temek kişisel ve siyasal özgürlük haklarını içermedikçe “gerçek” ve tam bir anayasa var olamaz.”⁹¹

Şekli anlamda anayasa ise adi kanunlardan değişik bir biçimde yapılması, değiştirilmesi ve isimlendirilmesiyle tanımlanabilir. Bu noktada şekli anayasa, konusu ile tanımlanmamakla birlikte bu anayasanın yazılı anayasa olduğu söylenebilmektedir.⁹² Maddi anlamda anayasanın ise kısmen yazılı normlardan kısmen ise yazılı olmayan normlardan oluşabileceği söylenebilir.⁹³ Diğer bir ifadeyle şekli anlamda anayasalar, diğer bütün hukuki işlemlerden daha üstün bir işlem olup onlardan daha zor ve değişik yollarla yapılır ve değiştirilirler.⁹⁴

Yukarıda maddi ve şekli anlamda anayasaya ilişkin tanımlamalar yapılmışsa da bu kavramlara ilişkin öğretilerde farklı anlamlar taşıyan ayrımlar da yapılmaktadır. Örneğin Özbudun,

⁸⁸ Anayurt, Anayasa, s. 39.

⁸⁹ Kaboğlu, Anayasa, s.10.

⁹⁰ Oder, s. 40.

⁹¹ Klaus Stern, “Küresel Anayasacılık Hareketleri ve Yeni Anayasalar” (Çev. Ayhan Tekinsoy), **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Ankara: TBB Yayınları, 2001, s. 46.

⁹² Teziç, s. 173.

⁹³ Kelsen, Pure, s. 222.

⁹⁴ Abdullah Sezer, **1982 Anayasası Ekseninde Türev Kurucu İktidar Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi** (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s.11.

maddi ve usuli anayasa ayrımını yukarıda açıkladığımızın dışında, farklı bir karşıtlığa ilişkin yapmıştır. Ona göre:

“Maddi anlamda (substantive) anayasa ..., belli sosyo-ekonomik politika tercihlerini anayasa hükmü haline getirerek onlara bir ölçüde değişmezlik sağlayan, başka bir deyimle iktidar mücadelesinin sonucu ne olursa olsun, bu politikaların devamlılığını belli ölçüde garanti altına almaya çalışan bir anayasadır. Usuli ya da yöntemsel (procedural) anayasa ise, sosyo-ekonomik politika tercihlerini iktidar mücadelesinin sonuçlarına bırakarak, sadece bu mücadelenin kurallarını koymakla yetinen, demokratik bir sistemde iktidarın nasıl ele geçirilebileceğini ve geçirildikten sonra da nasıl kullanılabileceğini belirleyen bir anayasadır.”⁹⁵

1. 4. 2. Katı Anayasa-Yumuşak Anayasa Ayrımı

Anayasalara ilişkin yerleşik sınıflandırmalardan bir diğeri de katı-yumuşak anayasa ayrımıdır. Birçok kitapta yer alan⁹⁶ bu ayrım, anayasaların değişiklik biçimlerine göre yapılmaktadır.⁹⁷ Bu sebeple kanaatimizce anayasayı değiştirme iktidarı dediğimiz ve ilerde detaylı olarak anlatacağımız türev kurucu iktidar bakımından bu ayrım son derece önem taşımaktadır. Zira bu ayrım, anayasa değişiklik yönteminin kolay veya zor olmasından ortaya çıkmıştır.⁹⁸

Katı-yumuşak anayasa ayrımını, sistematik bir şekilde ilk defa James Bryce dile getirmiştir.⁹⁹ James Bryce, 1901 yılında yayımlanan “Studies in History and Jurisprudence” adlı eserinde, anayasaların bazılarını farklı kaynaklardan gelen, yalnızca geleneğe veya emsallere dayanan ancak pratik olarak eşit yetkiye sahip kabul edilen geleneksel kurallarla karıştırılmış, farklı tarihlerde çeşitli özel kanunnamelerden veya anlaşmalardan oluştuğunu ileri sürmüştür. Bunun dışında kalan anayasaların ise adeta bir sanat eseri olup devletin kurulup yürütülmesini sağlayacak tutarlı hükümlerin bir bütün olarak ve bir kez belirlenmesi için bilinçli bir çabanın ürünü olduğunu belirtmiştir.¹⁰⁰

Bryce bu ayırmadan hareketle katı anayasaları, diğer yasaların otoritesinden daha üstün bir otoriteye sahip olanlar tarafından değiştirilebilen anayasalar olarak tanımlamıştır. Yumuşak anayasaları ise katı anayasaların aksine özel bir iktidar gerekmeden değiştirilebilen anayasalar olarak tanımlamıştır. Buna ilaveten son yüzyıldır katı anayasaların, esnek anayasalara göre çok daha yaygın olduğunu da belirtmiştir.¹⁰¹

A.V. Dicey ise “An Introduction to the Study of the Law of the Constitution” adlı eserinde katı anayasaya ilişkin bir tanım yapmıştır. Ona göre katı anayasalar; tamamı veya bir kısmı ancak

⁹⁵ Ergun Özbudun, **Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı**, Ankara: Bilgi Yayınları, 1993, s. 129.

⁹⁶ Anayasa Hukuku ile ilgili yayımlanmış çoğu hukuk kitabında, katı anayasa-yumuşak anayasa ayrımına yer verilmiştir. Bunun için bkz. Gözler, Genel Teorisi, s. 117.; Kaboğlu, s. 11; Oder, s. 41.

⁹⁷ Anayurt, Anayasa, s. 40.

⁹⁸ San, s. 33.

⁹⁹ Gözler, Genel Teorisi, s. 117.

¹⁰⁰ Bryce, s. 127.

¹⁰¹ Bryce, s. 127-130.

olağanüstü yöntemlerle değiştirilebilecek anayasalardır.¹⁰² Hans Kelsen ise “Hukuk ve Devletin Genel Kuramı” adlı eserinde katı ve yumuşak anayasa ayrımına değinmiştir. Kelsen’e göre anayasalar, ulusal hukuk düzeninin temeli olduğu için bazen bu anayasalara sıradan kanunlardan daha istikrarlı bir karakter kazandırılmak istenebilecektir. Bu durumda anayasadaki bir değişiklik, olağan kanunların çıkarılması veya değiştirilmesinden daha zor hale getirilebilir. İşte bu tür anayasalara katı, sabit veya esnek olmayan anayasa denir.¹⁰³

Bu görüşlere karşın Loewestein, anayasa değişiklik prosedürüne odaklanan yumuşak anayasa- katı anayasa ayrımının değerini yitirdiğini ileri sürmüştür. Ona göre değişiklik prosedürü, artık ayırt edici bir kriter olmamalıdır. Zira anayasalar, anayasa metnini resmi olarak değiştirmeden yargı yorumu veya anayasal uygulamalar gibi resmi olmayan yöntemlerle değiştirebilmektedir.¹⁰⁴ O bu düşüncelerden yola çıkarak tıpkı yazılı-yazısız anayasa ayrımı gibi yerleşik olan katı-yumuşak anayasa ayrımının da önemini yitirdiğini ileri sürmüştür.¹⁰⁵

Diğer sıradan yasalar gibi spesifik bir usul aranmaksızın değiştirilebilen anayasalar yumuşak anayasalardır.¹⁰⁶ Bir anayasanın yumuşak olup olmadığı hususu, bu anayasanın yazılı veya yazısız olmasına göre de değişkenlik gösterecektir. Zira teamüli anayasalarda, bu anayasaların diğer kanunlara göre üstün olduğuna ilişkin bir anlayış bulunmamaktadır.¹⁰⁷ Dolayısıyla yazısız anayasaların hepsi teorik olarak yumuşak anayasalardır. Ancak yazılı anayasalar yumuşak anayasalar olabileceği gibi katı anayasalar da olabilmektedir.¹⁰⁸

Yazılı bir anayasanın yumuşak anayasa olarak nitelendirilebilmesi için ilk ihtimal; bu anayasalarda, onların diğer kanunlar gibi değiştirilebileceklerine ilişkin açık bir hükmün bulunmamasıdır. Diğer bir ihtimal ise; bu anayasalarda onların diğer kanunlardan daha zor veya onlar gibi bir usulle değiştirilebileceğine dair herhangi bir hükmün bulunmamasıdır. Yani diğer bir ifadeyle; bu tür anayasalarda, anayasaların nasıl değiştirileceğine dair herhangi bir hüküm bulunmadığı için anayasa değişiklikleri diğer kanun değişiklikleri gibi yapılmaktadır.¹⁰⁹

Anayasaların yumuşak olarak nitelendirilmeleri, bu anayasaların üstün norm kabul edilip edilmemeleri ve değiştirilme usullerinin nasıl olduğu bakımından oldukça önemlidir. Zira yukarıda da belirtildiği gibi bu tür anayasaların değiştirilme usulleri bakımından diğer kanunlardan farkları bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu tür anayasalar, maddi bakımdan diğer kanunlardan daha üstün olmakla birlikte onlar gibi yapılabilmekte veya anayasal değişiklikler sıradan kanunlar gibi

¹⁰² A.V. Dicey, **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, 10. Baskı, The Macmillan Press, 1959, s. 91.

¹⁰³ Hans Kelsen, **General Theory of Law and State** (Çev. Anders Wedberg), Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1945, (General), s. 259.

¹⁰⁴ Loewenstein, s. 212-213.

¹⁰⁵ Turhan, Sınıflandırılması, s. 232.

¹⁰⁶ San, s.3 3.

¹⁰⁷ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 19.

¹⁰⁸ Teziç, s. 192.

¹⁰⁹ Gözler, Genel Teorisi, s. 117.

gerçekleştirilmektedir.¹¹⁰ Netice olarak geline nokta normal kanunları değiştiren organlar tarafından, aynı usulle değiştirilebilen anayasalar olarak tanımlanan yumuşak anayasalarda, anayasanın üstünlüğü yalnızca sözde kalmış bir ibare haline gelmektedir.¹¹¹

1. 5. Anayasayı Yapma ve Değiştirme İktidarı: Kurucu İktidar

Henüz 17. yüzyılın ortalarında George Lawson, kurucu gücü hükümet biçimlerini oluşturma, değiştirme ve ortandan kaldırma şeklinde tanımlamıştır. Ona göre kurucu güç, devleti modelleme gücüne karşılık gelmektedir. Ardından Locke kurucu gücü, hükümet biçimini belirleme, değiştirme ve devirme yetkisi anlamında kullanmıştır. Madison da yine kurucu iktidarı, benzer bir şekilde tanımlamıştır. Ancak kurucu iktidar düşüncesinin, teorik formülüne ve kavramsal içeriğine Thomas Paine ve Emmanuel Sieyès’in devrimci yazıları ile ulaştığı söylenebilecektir. Ancak kurucu iktidarın yerinin, normsuz bir doğa durumu olduğunu söyleyerek bu teoriyi radikalleştiren ise Sieyès ile Schmitt’tir.¹¹²

Her ne kadar önceleri egemenlik kavramı en üstün iktidar olarak devlet gücüne karşılık kullanılmışsa da yazılı bir anayasaya sahip ve anayasanın üstünlüğünü benimsemiş bir rejim bakımından elbette ki en üstün güç siyasi iktidar olmayacaktır. Zira anayasanın üstünlüğünü benimsemiş bu sistemlerde, iktidarın sınırları anayasa ile belirlendiğinden, üstün iktidar en üst norm olan anayasayı yapan iktidar olacaktır ki bu iktidara kurucu iktidar denilmektedir.¹¹³

Kurucu iktidar kavramı ile ilgili birçok tanım yapılmıştır. Teziç kurucu iktidarı, “*devleti hukuki ve siyasi bir kurum olarak kuran iktidar*” olarak tanımlamıştır.¹¹⁴ Gözler ise kurucu iktidarı, başlığımızdaki gibi kabaca anayasayı yapma ve değiştirme iktidarı olarak tanımlamıştır.¹¹⁵ Özer ise kurucu iktidarı, “*devleti kuran, onun siyasi ve hukuki organizasyonunu sağlayan güç*” olarak tanımlamış ve kurucu iktidarın tüm bu kurma organizasyonları yapma eylemlerini anayasa yoluyla yaptığının belirtmiştir.¹¹⁶

Erdoğan kurucu iktidarı, “*anayasa hukukunda anayasayı yapmak ve değiştirmek suretiyle devleti hukuki bir kurum olarak kuran, yeniden kuran veya kurulmuş yapıda köklü değişiklikler yapan güç*” olarak tanımlamıştır. Kurucu iktidar kavramının esasen sosyolojik bir olgu olduğunu düşünen Erdoğan, bu iktidarın kim olduğunun durumlara göre değiştiğini ancak modern

¹¹⁰ Hüseyin Nail Kubalı, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler)**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1971, (Dersleri), s. 93.

¹¹¹ Gözler, Kurucu İktidar, s. 161.

¹¹² Andreas Kalyvas, “Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power”, **Constellations**, 12(2), 2005, s. 226-227.

¹¹³ Münici Kapani, **Politika Bilimine Giriş**, 58. Baskı, 2019, (Politika), s. 72.

¹¹⁴ Teziç, s. 177.

¹¹⁵ Gözler, Kurucu İktidar, s. 10.

¹¹⁶ Atilla Özer, **Anayasa Hukuku**, Ankara: Gazi Kitabevi, 2016, s. 19.

demokrasilerde bu iktidarın halka ait olduğunun kabul gördüğünü belirtmiştir.¹¹⁷ Antonio Negri'ye göre ise kurucu iktidar paradigması, önceden var olan tüm dengeleri ve gerçekleşmesi muhtemel sürekliliği parçalayan, bozan ve yerinden oynatan bir güce işaret etmektedir.¹¹⁸

Martin Loughlin'e göre ise kurucu iktidar doğa kanununa göre hareket eden ulusun ifadesi olmayıp ona göre kurucu iktidar, anayasaya hayat veren gelişen siyasi davranış kurallarını ifade eden modern bir kavramdır. Ona göre bu güç, siyasi ve hukuki boyutları da olan modern anayasal bir kavramdır. Ancak Kelsen, kurucu iktidarı hukuki değil siyasi bir mesele olarak ele almıştır.¹¹⁹

Öğretide kurucu iktidara ilişkin bunun gibi pek çok tanım yapılmıştır. Ancak yukarıda bahsettiğimiz tanımlardan yola çıkarak söylenebilir ki; farklı kişiler tarafından yapılsa da kurucu iktidara ilişkin tanımlar, oldukça benzer mahiyettedir. Yapılan tanımlara bakıldığında, kurucu iktidarın iki unsur taşıdığı görülmektedir. Bunlardan biri anayasayı yapma iken diğeri anayasayı değiştirmedir. Nitekim bu iki unsur, aynı zamanda kurucu iktidara ilişkin ikili ayrımı da ortaya çıkarmış olup bu ayrım asli kurucu iktidar ve türev kurucu iktidar ayrımıdır.¹²⁰

Francis Delperee, asli kurucu iktidarı devletin ve kurumun asli kurucusu olarak tanımlamışken anayasayı değiştirme iktidarına türev kurucu iktidar demiştir.¹²¹ Ancak burada belirtmek gerekir ki asli kurucu iktidar ile türev kurucu iktidar arasındaki ayrım, ileride değineceğimiz üzere birçok düşünür tarafından reddedilmektedir. Nitekim bu düşünürlerin başında, kurucu iktidar teorisinin fikir önderi olan Sieyès gelmektedir.¹²² Ancak bu ayrımın, öğretide neredeyse yerleşik bir hal aldığını söylemek yanlış olmayacaktır.¹²³ Nitekim çalışmamızın konusu da bu ayrım esas alınarak belirlenmiştir.

Burada açıklamamız gereken bir diğer husus var ki çalışmamızın başlığını neden bu şekilde belirlediğimizi ifade etme bakımından da bu husus oldukça önem taşımaktadır. Öğretide anayasayı değiştirme iktidarı olarak kullanılan “türev kurucu iktidar” kavramı hususunda fikir birliği bulunmamaktadır. Bu kavram yerine öğretide bazı yazarlar¹²⁴ “tali kurucu iktidar” ifadesini

¹¹⁷ Erdoğan, Hukukuna Giriş, s. 148.

¹¹⁸ Antonio Negri, **Insurgencies: Constituent Power and Modern State** (Çev. Maurizia Boscagli), University Of Minnesota Press, 1999, s. 10-11.

¹¹⁹ Martin Loughlin, “The Concept of Constituent Power”, **European Journal of Political Theory**, 13(2), 2014, s. 221-222.

¹²⁰ Gözler, Kurucu İktidar, s. 11.

¹²¹ Fancis Delperee, “Avrupa İçin Bir Anayasa Kaleme Alınması”, **Avrupa Reformları ve Avrupa Anayasası Uluslararası Toplantısı**, İstanbul, 2002, s. 83.

¹²² Sieyès kurucu iktidar teorisini anlattığı “Üçüncü Sınıf Nedir?” adlı eserinde, asli kurucu iktidar-türev kurucu iktidar ayrımından hiç bahsetmemiştir. O ulusun egemenlik yetkisini asla devretmeyeceğinden bahsetmiş ve kurucu iktidar bakımından herhangi bir ayrım yapmamıştır. Nitekim o, anayasa yapma organı olarak kurucu iktidarın devamlı bir iktidar olduğunu ileri sürmüştür. Daha fazlası için bkz. Ömer Anayurt, **Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)**, 4. Baskı, Seçkin Hukuk, 2021, (Genel Kısım), s. 158.

¹²³ Anayurt, Genel Kısım, s. 160.

¹²⁴ Bkz. Gözler, Kurucu İktidar, s. 11.

kullanılmaktadır. Ancak bu çalışmada Eroğlu'nun görüşüne¹²⁵ katılarak “türev kurucu iktidar” kavramı kullanılmaktadır.

Eroğlu, kurucu iktidar yerine kurma fonksiyonu terimini kullanarak bu fonksiyonun iki düzeyinin olduğundan bahsetmiştir. Ona göre birinci düzey, hukuk boşluğunda meydana gelen bir kuruculuk olup bu kuruculuğa asli kurma fonksiyonu denmektedir. Kurma fonksiyonunun ikinci düzeyi ise bir hukuk ortamında, belli hukuk kuralları çerçevesinde yeni hukuk kurallarının meydana getirilmesi olup buna türev kurma fonksiyonu denilmektedir.¹²⁶

Tali yerine türev terimini kullanan Eroğlu, bunun sebebini de açıklamıştır. Ona göre; tali kuruculuk ikinci derecede önemli olduğu anlamına gelmektedir ve Eroğlu bunu kabul etmemiştir.¹²⁷ Nitekim bu çalışmada tali kurucu iktidar yerine türev kurucu iktidar kavramının kullanılma sebebi de budur. Zira anayasayı değiştirme iktidarı olarak kullanılan türev kuruculuk, tıpkı asli kurucu iktidar, yani anayasayı yapma iktidarı kadar önemlidir. Zira anayasanın sürekliliği için ve gerektiğinde ona yeni bir soluk verilebilmesi için anayasaların değiştirilmesi gerekmektedir.¹²⁸ Böylesine önemli bir iradenin, daha az önemli olduğunu düşünmek bizce de kabul edilebilir bir durum değildir.

1. 5. 1. Kurucu İktidar Düşüncesinin Kökeni

Kurucu iktidara ilişkin düşünceler, yani bu iktidarın ne olduğu ve sahibinin kim olduğuna ilişkin tartışmalar, egemenliğin kime ait olduğuna ilişkin sorgulamalar ile başlamaktadır. Buradan yola çıkarak söylenebilir ki, kurucu iktidara ilişkin düşüncelerin başlangıcı Aristo'nun Politeia'sına kadar dayanmaktadır.¹²⁹

Möller, kurucu iktidarın ne anayasa yapım süreciyle sona erdiğini ne de yerleşik anayasal usullerle tam olarak sisteme dahil edildiğinden bahsetmiştir. Ona göre kurucu iktidar, var olan resmi bir anayasa uygulamasının popülist yönü olarak kalıcı bir şekilde varlığını korumaktadır.¹³⁰ Kanaatimizce bu sebepledir ki kurucu iktidar kavramı, geçmişten bugüne varlığını koruyarak anayasa hukukunun ve hukukçularının önemli bir tartışma konusu olmuştur.

Kurucu iktidarın iki önemli teorisini vardır. Bunlardan biri Fransız devriminin önemli isimlerinden Emmanuel Joseph Sieyès iken diğeri Carl Schmitt'tir.¹³¹ Dolayısıyla kurucu iktidar teorisinin kökenini anlamak için bu iki önemli teorisinin ileri sürdüğü görüşleri ve bu görüşlerin

¹²⁵ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 22.

¹²⁶ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 22.

¹²⁷ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 22.

¹²⁸ Sezer, s. 13.

¹²⁹ Osman Can, **Kurucu İktidar**, 2013, (Kurucu), s. 25.

¹³⁰ Cristoph Möllers, “We are (afraid of) the people: Constituent Power in German Constitutionalism”, Martin Longhin ve Neil Walker (Ed.), **The Paradox of Constitutionalism, Constitutional Power and Constitutional Form**, Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 88.

¹³¹ Can, Kurucu, s. 66.

ortaya çıktığı dönemi detaylıca incelemek gerekmektedir. Zira kanaatimizce bugün kurucu iktidar kavramına ilişkin ileri sürülen pek çok düşünce, bu iki teorisyenin fikirleri üzerine kurulmuştur.

1. 5. 1. 1. Siey s ve Kurucu İktidar D   n s s 

Kurucu iktidar d   n s s s ni ilk olarak Siey s ileri sürmüştür. Onun bu d    n s s s nin, kuvvetler ayrılığı teorisiyle de oldukça bağlantılı olduğunu söylemekte yarar vardır.¹³² Nitekim bu nedenle çalışmamızda kuvvetler ayrılığı kuramından bahsedilmiştir. Fransız devriminin önemli ismi olan Siey s'ın kurucu iktidar teorisini anlayabilmek için kanaatimizce devrim  ncesi Fransa'nın siyasi ve hukuki koşullarının bilinmesi önemlidir. Zira devrimle sonuçlanan tepkiler, bu koşullara ilişkin olmuştur.¹³³ Bu sebeple devrim öncesi koşullarla ilgili kısa bir bilgi verildikten sonra Siey s'ın kurucu iktidar d   n s s s  detaylıca anlatılacaktır.

Devrim  ncesi Fransa'nın mutlak monarşi ile yönetildiği bilinmektedir.¹³⁴ O dönemde, iktidarın kaynağı Tanrı olup Tanrı bu iktidarı kullanacak kişileri de bizzat seçmektedir. Bu egemenlik anlayışının en açık göstergesi olarak XV. Louis'in 1770 tarihli Emirnamesindeki c ml leri tarihe geçmiştir. Emirnamede, *“Tacımızı Tanrıdan almaktayız; kanun koyma hakkı hiç kimse ile paylaşılmayan ve kimseye bağlı olmaksızın bize aittir.”* denilerek kralın ilahi bir yetkiye dayandığı açıkça vurgulanmıştır.¹³⁵

Yine XV. Louis 13 Mart 1766'da parlamentoda yapmış olduğu bir konuşmada “Yüce iktidar yalnız bendedir. Yasama gücü kayıtsız şartsız yalnız bendedir. Toplum düzeni tamamı ile benden doğar, milletin hak ve menfaatleri tabi ki bende toplanmıştır ve yalnız benim elimdedir.” demiştir.¹³⁶ Nitekim tüm bu sözler devrim  ncesi Fransa'daki koşulları açık bir şekilde göstermekte olup kralın mutlak bir otoriteye sahip olduğu ve bu bağlamda hiçbir sınırının olmadığı ortadadır.

18. yüzyıla gelindiğinde ise kilise ve devletin zorbalıklarına karşı felsefi bir hareket ba lamı tır. Aydınlanma dönemi dediğimiz bu dönemde siyasi, sosyal, ahlaki ve daha sayabileceğimiz birçok alanda zorbalık ve görenekler yerini akla bırakmıştır.¹³⁷ Nitekim yukarıda kurucu iktidarın en önemli teorisyenlerinden biri olduğunu söylediğimiz Siey s, bu yüzyılın sonlarına doğru aydınlanma düşünürlerinden biri olup eski rejime ilişkin d    n celeri yıkarak yeni d    n celer geliştirmiştir. Bu minvalde Siey s, ortak yasaların uygulanmadığı ayrıcalıklı sınıflara karşı çıkmış ve ulusal egemenlik ve temsili rejim ilkelerinin kurucusu olmuştur. Bununla da

¹³² Gözler, Kurucu İktidar, s. 22.

¹³³ Gencay  aylan, ** a da  Siyasal Sistemler**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1981, s. 66.

¹³⁴ Cemaleddin Güvenç, “Fransız Burjuvazi Devrimi: Bir Aydınlanma Hareketi Olarak Mutlak Monarşiden Cumhuriyete Geçiş”, **Kayseri Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 2(1), 2020, s. 66.

¹³⁵ Teziç, s. 104.

¹³⁶ Albert Soboul, **1789 Fransız İnkılabı Tarihi** ( ev. Şerif Hulusi), Cem Yayınevi, 1969, s. 77.

¹³⁷ Soboul, s. 61.

kalmayarak “kurucu meclis” düşüncesinin ilk teorisyeni olup kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar ayrımını ortaya koyan ilk isim olmuştur.¹³⁸

Siey s, “       Sınıf Nedir?” adlı eserinde ulusun her şeyden önce geldiğini ve her şeyin kaynağı olduğunu söyleyerek ulusun iradesinin her zaman yasal olduğundan bahsetmiştir. O bu düşüncesini, “       Sınıf Nedir?” adlı eserinde, “Her şeyden önce vardır ve her şeyin kaynağıdır ulus. Iradesi her zaman yasaldir, yasanın ta kendisidir. Ondan önce ve onun üstünde sadece doğal haklar vardır.” şeklinde dile getirmiştir.¹³⁹ Siey s’in ulus egemenliği düşüncesi 1789 Bildirisine doğrudan yansım  olacak ki bildirinin 3’nc  maddesi, “Tüm egemenlik ilkesi esas olarak ulusta bulunur. Hiçbir kurum ya da birey doğrudan ulustan kaynaklanmayan hiçbir yetkiyi kullanamaz.”  eklinindedir. Nitekim görülmektedir ki Siey s, önceleri hâkim olan kralın tanrısal egemenliği görüşüne karşı çıkararak ulus egemenliği ilkesini benimsemiştir.

O ulusu ise “*ortak bir yasa altında yaşayan ve aynı yasama organıyla temsil edilen vb. bir ortak insanlar topluluğu*” şeklinde tanımlamıştır. Ona göre bu şekilde tanımlanan ulus,       sınıftan, yani devrim  ncesi Fransa’da ayrıcalıklı sınıftan olmayan geniş halk kitlelerinden oluşmaktadır. Zira toplumda yaşamın sürdürülmesini için gerekli olan bütün işler, bu       sınıf tarafından yapılmaktadır.¹⁴⁰

“       Sınıf Nedir?” adlı eserinde Siey s, anayasayı ise ulusu belirli bir amaca ulaştırmak için onu örgütleyecek ve te kilatlandırarak temel yapı olarak tanımlamıştır. Dolayısıyla ona göre anayasaya; yasama iktidarının görev ve örgütlenmesini, yürütme iktidarını olu tıranların ise yine görev ve örgütlenmesini düzenleyecektir. Bu bağlamda ulusu hedeflerine ulaştıracak yol, yasama organının yasalar yapması ve yürütme organının da bu yasalara uymasından geçmektedir. Zira yasama organı tarafından yapılan yasalar amaç iken anayasa bir ara tır.¹⁴¹

Siey s’e göre anayasa, tüm yasaların üstündedir. Ancak bu üstünlük, anayasanın ulus iradesinden bağımsız olabilmesi anlamında değildir. Ona göre anayasanın üstünlüğü, bu anayasa çerçevesinde hareket eden ve bu anayasayla var olan erklerin anayasaya dokunamamasıdır.¹⁴² Kanaatimizce burada Siey s, anayasa ile var olan organ ile yasama organını, anayasa çerçevesinde icraat yapan organ ile yürütme organını kastetmektedir. Diğer bir ifade ile Siey s bu anlatımı ile kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar ayrımını formülize etmiştir. Ona göre; anayasa temel yasa olup yasama ve yürütme organı, anayasaya uymak zorundadır.

Tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda kanaatimizce Siey s’in, bugün modern anayasa hukukunun yerleşik ilkelerinden biri olan anayasanın üstünlüğü ilkesini benimsediği düşülebilecektir. Anlatımlarından yapılan çıkarımlar doğrultusunda ulus egemenliğini

¹³⁸ M. Emin Ruhi, **1789 Fransız Devrimi Birinci Kitap: Fransa’da Liberal Devrim ve Sieyes**, İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2018, s. 143-163.

¹³⁹ Emmanuel Joseph Siey s, “       Sınıf” Nedir? ( ev. İsmet Birkan), İmge Kitabevi, 2005, s. 71.

¹⁴⁰ Siey s, s. 10.

¹⁴¹ Siey s, s. 71-72.

¹⁴² Siey s, s. 71.

benimsediği söylenebilen Siey s, ulusun, temsilcilerini bu anayasal üstünlük anlayışıyla sınırlandırabilmesiyle sınırlı bir iktidar amaçlamıştır. Nitekim Siey s, sınırlı iktidar düşüncesini şu şekilde dile getirmiştir:

“Kendilerine yasama yetkisinin veya ortak iradenin uygulanmasının emanet edildiği temsilciler grubu, ancak ulusun ona vermeyi uygun gördüğü biçim ve yapılar çerçevesinde var olabilir. Anayasasıyla belirlenen biçim ve yapılar dışında varlığı yoktur; ancak bunlarla ve bunlar sayesinde eylemde bulunabilir, kendine y n ve topluma buyruk verebilir.”¹⁴³

İleri sürdüğü görüşlerin uygulanması bakımından anayasanın önemini anlatan Siey s, bu anayasanın kim ya da kimler tarafından yapılacağına ilişkin de birtakım görüşler ileri sürmüştür. Nitekim çalışmamızın konusu bakımından Siey s’ın ileri sürdüğü bu görüşler oldukça önemlidir. Siey s “   nc  Sınıf Nedir?” adlı eserinde anayasanın kurulmuş iktidar tarafından değil kurucu bir iktidar tarafından meydana getirildiğini açıkça dile getirerek bu ikisi arasında bir ayrım yapmıştır.¹⁴⁴

Siey s’e göre bir iktidar, ona devredilen yetki ile eylemde bulunabiliyorsa bu iktidar, söz konusu yetkinin devredilmesiyle ilgili hiçbir şart hakkında değişiklik yapamaz.¹⁴⁵ Sanıyorum Siey s’in bu d ş nesi, kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar ayrımı yapmasındaki temel sebebi açıklaması bakımından oldukça önemlidir. Ona göre temel yasa denilen anayasayı kurucu iktidar yapıyor iken diğer yasaları kurulmuş iktidar olarak yasama organı yapmaktadır. Zira kurulmuş iktidar dediğimiz anayasa ile kurulmuş bir organ, kendi kuruluşu konusunda bir karar veremez.¹⁴⁶

Tüm bunların yanı sıra ulus ile idare kavramları arasında bir ayrım yapan Siey s, ulusun doğal hukuka göre oluşmasına karşın idarenin pozitif hukuka ait bir kavram olduğundan bahsetmiştir. Dolayısıyla pozitif hukuka ait olan idarenin ancak anayasaya uygun olmak koşuluyla yasal olabileceğini savunmuştur. Oysa ulus her zaman yasal olup bunun için yalnızca var olması yeterli olacaktır. Buradan yola çıkararak Siey s, ulusun anayasaya bağlı olmaması gerektiğinden bahsetmiştir. Zira ona göre her zaman en yüksek irade ulusun iradesidir.¹⁴⁷

Siey s’e göre halkın olağan temsilcileri, yasaları anayasanın belirlediği ölçütlere göre yürürlüğü koymakla yükümlüdür.¹⁴⁸ Dolayısıyla Siey s kurulmuş iktidarın sahibinin kim olduğu sorusuna halkın olağan temsilcileri yanıtını vermiştir. Peki kurucu iktidarın sahibi kimdir? Bu sorunun cevabı olarak, Siey s’in kurucu iktidar teorisinin temelini ulus oluştırmakta olup elbette ki anayasayı yapma hakkı da ulusa aittir.¹⁴⁹ Ancak ona göre her durumda ulusun bizzat ve gerçek varlığıyla toplanmasının güç olması nedeniyle kurucu iktidarın sahibi, olağanüstü temsilcilerdir. Bu

¹⁴³ Siey s, s. 70.

¹⁴⁴ Siey s, s. 72, 75.

¹⁴⁵ Siey s, s. 71.

¹⁴⁶ Siey s, s. 72, 75.

¹⁴⁷ Siey s, s. 73.

¹⁴⁸ Siey s, s. 76.

¹⁴⁹ Can, Kurucu, s. 66.

temsilciler, ulusun ona verdiği yetkiyle sınırlıdırlar. Bu organ, yani kurucu iktidar, ulusun bizzat toplanması yerine geçmektedir.¹⁵⁰

Kurucu iktidarın kime ait olduğunu söyleyen Siey s, bu iktidarın özelliklerinden de bahsetmiştir. Ona göre bu iktidar anayasa ile bağlı değildir. Zira bu kurallar henüz koyulmamış olup bu kuralları koyma görevi zaten bu olağanüstü temsilcilere aittir. Ayrıca bu iktidar, eğer bir sorun üzerinde pozitif kaideler belirlenmişse bunlar hakkında da herhangi bir şey söylemezler. Son olarak Siey s, bu temsilcilerin olağanüstü bir görevle faaliyette bulunduklarından bahisle bağımsız olduklarını da özel olarak vurgulamıştır.¹⁵¹

Son olarak Siey s kurucu iktidar ile kurulmuş iktidarın özelliklerini karşılaştırmalı olarak anlatmıştır.¹⁵² Nitekim kanaatimizce Siey s'in bu formülizasyonu, bugün hala önemini korumakta ve kurucu iktidar düşüncesinin temelini oluşturmaktadır. O, olağanüstü meclisin, yani kurucu iktidarın normal yasama meclisinden oldukça farklı olduğunu söylemiştir. Zira ona göre normal yasama meclisi anayasa ile bağlıyken olağanüstü meclisi bağlayan hiçbir kural bulunmamaktadır.¹⁵³ Nitekim Siey s'in bu düşünceleriyle kurucu iktidar, 1789'un devrimci ve kurucu; yenilikçi ve koruyucu yönlerini anlayanın anahtarı haline gelmiştir.¹⁵⁴

Görülmektedir ki anayasayı yapma organı olarak ayrı bir kurucu iktidarın varlığını Siey s, "    nc  Sınıf Nedir?" adlı eserinde ileri sürmüştür. Eserden anlaşılacağı üzere Siey s'in ayrı bir kurucu iktidarın varlığını ileri sürme nedeni; anayasa tarafından var edilen bir organ tarafından anayasanın var edilmesinin mantıklı olmaması ve mümkün olmamasıdır. Nitekim kanaatimizce Siey s'in bu düşünceleri zamanla yaygınlaşarak ve geliştirilerek bugünkü haline getirilmiştir.

1. 5. 1. 2. Carl Schmitt ve Kurucu İktidar Düşüncesi

Yukarıda kurucu iktidar düşüncesinin, Siey s tarafından ortaya koyulduğundan detaylıca bahsettik. Ancak belirtmek gerekir ki kurucu iktidar hususunu geliştirerek bugünkü şekline getiren teorisyen Carl Schmitt'tir.¹⁵⁵ Bu minvalde konumuz bakımından Carl Schmitt'in anayasa anlayışı ve bu çerçevedeki kurucu iktidar düşüncesi oldukça önemlidir. Dolayısıyla  ncelikli olarak Carl Schmitt'in anayasa anlayışından bahsedildikten sonra bu anlayış çerçevesinde oluşturduğu kurucu iktidar teorisinden bahsedeceğiz.

Genel ders kitaplarında anayasa kavramına karşılık temel norm veya temel yasa kavramlarının kullanıldığını belirten Schmitt, temel kavramının ne anlama geldiğinin ise henüz

¹⁵⁰ Siey s, s. 76.

¹⁵¹ Siey s, s. 77.

¹⁵² Siey s, s. 77.

¹⁵³ Siey s, s. 77.

¹⁵⁴ Lucien Jaume, "Constituent Power in France: The Revolution and its Consequences", Martin Longhin ve Neil Walker (Ed.), **The Paradox of Constitutionalism, Constitutional Power and Constitutional Form**, Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 69.

¹⁵⁵ Can, Kurucu, s. 67.

belirsiz olduğunu söylemiştir.¹⁵⁶ Schmitt anayasa kavramını; devletin mevcudiyetini ve durumunu dile getiren bir metin olarak tanımlamanın yeterli olmadığını savunmuştur.¹⁵⁷ Ona göre anayasanın ilk anlamı, bir devletin politik birliğinin ve sosyal düzeninin somut ve kolektif bir koşuludur. Diğer bir deyişle ona göre, anayasa devletin ruhu ile onun somut yaşamı ve bireysel varlığıdır.¹⁵⁸

Anayasanın ikinci anlamı ise siyasi ve toplumsal düzenin özel bir türüdür. Bu anlamıyla anayasa, devlet biçimiyle eş değerdir. Ona göre mutlak anlamda bir anayasa, temel bir yasal düzenleme anlamına gelmektedir. Diğer bir ifadeyle anayasa, yüksek ve nihai normların birleşik, kapalı bir sistemini ifade etmektedir. Bununla birlikte anayasanın ve anayasa hukukunun biçimsel ve tanımlayıcı işareti, anayasa değişikliklerinin nitelikli şartlarla özel bir prosedüre tabi tutulmasında bulunur.¹⁵⁹

Schmitt'e göre anayasanın bir de üçüncü anlamı vardır. Bu anlamda anayasa, siyasi birliğin dinamik olarak ortaya çıkması, sürekli yenilenen oluşum sürecinin ve bu birliğin temel veya nihai olarak etkili bir güç ve enerjiden ortaya çıkması ilkesidir.¹⁶⁰ Görülmektedir ki Schmitt, anayasayı birden fazla anlamıyla açıklamaya çalışmıştır. Kanaatimizce kurucu iktidar felsefesini de anayasanın bu çeşitli anlamlarının üzerine inşa etmiştir.

Carl Schmitt kurucu iktidar konusuna, anayasa yapımı ve değişikliği ile ilgili bir ayrım yaparak başlamaktadır. Zira Schmitt anayasa yapımı ve bireysel anayasa hükümlerinin revizyonunun niteliksel olarak farklı olduğundan bahsederek anayasa yapan meclisin de nitelik itibarıyla geleneksel yasama organından farklı olması gerektiğinden bahsetmiştir. Diğer bir ifadeyle anayasa yapan meclis ona göre anayasaya bağlı olan yasama organından farklıdır.¹⁶¹ Kanaatimizce onun bu cümleleri kurucu iktidar teorisine ve Sieyès'in aksine asli-türev kurucu iktidar ayrımına işaret etmektedir.

Schmitt, "*Verfassungslehre*" adlı eserinin 8'nci bölümünde kurucu iktidarı detaylıca anlatmıştır. Ona göre; anayasa yapıcı güç, gücü veya otoritesi kendi siyasi varoluşunun türü ve biçimi hakkında somut ve kapsamlı bir karar verebilecek olan siyasi iradedir. Orta çağ döneminde tüm gücün Tanrıda olduğunu söyleyen Schmitt, Fransız Devrimiyle bu durumun değiştiğinden bahsetmiştir.¹⁶²

Ona göre kurucu iktidar, kanun ile sınırlandırılmayacağı gibi bu iktidar, hiçbir yasal prosedür ile düzenlenemez. Zira kurucu öznenin iradesi, aracısız, doğrudan bir iradedir. Diğer bir ifade ile hiçbir anayasa, kurucu iktidarı sunamaz veya bu iktidarın başlangıcını düzenleyemez.

¹⁵⁶ Carl Schmitt, **Constitutional Theory** (Çev. Jeffrey Seitzer), Durham and London: Duke University Press, 2008, (Constitutional), s. 59.

¹⁵⁷ Ece Göztepe, Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in "Anayasa Öğretisi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 73(1), 2015, ("Anayasa Öğretisi"), s. 139.

¹⁵⁸ Schmitt, Constitutional, s. 60-61.

¹⁵⁹ Schmitt, Constitutional, s. 60-71.

¹⁶⁰ Schmitt, Constitutional, s. 61.

¹⁶¹ Schmitt, Constitutional, s. 80.

¹⁶² Schmitt, Constitutional, s. 125-127.

Schmitt, kurucu iktidarın gerekli gördüğü durumda, kendi siyasi varoluş biçimini belirleyebileceğini dile getirmiştir. Ancak o, her ne kadar hiçbir sınıra veya düzenlemeye tabi olmadığını söylese de bu iktidarın kararlarının uygulanışı ve formülasyonu ile ilgili kurucu öznenin bir prosedüre ve organizasyona ihtiyacı olduğunu söylemiştir.¹⁶³

Nitekim Schmitt, Fransız Devrimi sırasında Sieyès'in anayasa yapım gücünün konusu olarak halk teorisini (daha doğrusu ulusun teorisini) geliştirdiğini söylemiştir. O gelişen bu teorinin, insanların kendi siyasi varoluşlarının türünü ve biçimini kendilerinin belirlemesine ilişkin olduğunu ifade etmiştir. Sonuç itibarıyla ona göre halk, tam bir farkındalıkla birlikte, kendi kaderini eline aldı ve siyasi varoluşunun türü ve biçimi konusunda özgür bir karara vardı.¹⁶⁴

Görülmektedir ki Schmitt, anayasa yapma gücünü oldukça detaylı bir şekilde açıklamıştır. Nitekim bu nedenle de bu teorinin en önemli isimlerinden biri haline gelmiştir. Ona göre bu iktidar, diğer tüm güçlerin (yasama, yürütme, yargı) ve kuvvetler bölümlerinin kapsamlı bir şekilde temelini oluşturmaktadır.¹⁶⁵

Anayasayı asli kurucu iktidarın emri olan bir karar olarak gören Carl Schmitt, asli kurucu iktidarı, “*siyasal varlığın bilincine varmış halkın, kendi siyasal kaderi ve birliği için verdiği asli siyasi karar ve irade*” şeklinde tanımlamıştır. Ona göre asli kurucu iktidar, anayasal düzen kurulsa dahi yok olmaz ve varlığını sürdürür. Ayrıca anayasa ile ilgili bir çatışma olduğunda çözümleyici kararı da yine asli kurucu iktidar verecektir.¹⁶⁶

Kurucu iktidar ile ilgili en önemli düşüncelerinden biri olarak Schmitt, anayasa ile anayasa metni arasında bir ayrım yapmıştır.¹⁶⁷ O, anayasanın gerçek anlamda varlığının, ancak anayasa ile anayasal yasanın ayırt edilmesi halinde mümkün olabileceğini söylemiştir.¹⁶⁸ Nitekim o, anayasa ile anayasal yasa arasında bir ayrım yaparak kurucu iktidar teorisini, bu ayrım çerçevesinde şekillendirmiştir.¹⁶⁹

Schmitt'e göre anayasa, kendini kurmamakta olup bu kurma eylemi kurucu iktidar tarafından yapılmaktadır. Dolayısıyla geçerli bir anayasanın varlığından söz edebilmek için bu anayasanın kurucu bir iktidar tarafından kurulmuş olması gerekmektedir.¹⁷⁰ Zira ona göre anayasa, politik düzene ilişkin ana kararlar olup¹⁷¹ anayasa yapma, siyasi birliğin spesifik şekli ile ilgili, halkın

¹⁶³ Joel I. Colon-Rios, “Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Columbia”, *Constellations*, 18(3), 2011, s. 367.

¹⁶⁴ Schmitt, *Constitutional*, s. 125-127.

¹⁶⁵ Schmitt, *Constitutional*, s. 126.

¹⁶⁶ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin: Duncker&Humblot, 1928, s. 1954'den Aktaran: Göztepe, “Anayasa Öğretisi”, s. 16.

¹⁶⁷ Göztepe, “Anayasa Öğretisi”, s. 139.

¹⁶⁸ Schmitt, *Constitutional*, s. 75-76.

¹⁶⁹ Bkz. Schmitt, *Constitutional*, s. 60-77.

¹⁷⁰ Schmitt, *Constitutional*, s. 75-76.

¹⁷¹ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, München: Duncker& Humblot, 1928, (*Verfassungslehre*), s. 21'den Aktaran: Aydın, s. 318.

tümü tarafından bir karar vermesidir.¹⁷² Bu karar, ancak kurucu iktidar tarafından verilebilecektir.¹⁷³

Ona göre anayasal yasa ise anayasadan farklı olarak ancak bir anayasa temelinde geçerli olup bu yasalar bir anayasanın varlığını önceden varsayar. Ayrıca ona göre anayasa, asla ihlal edilemezken anayasal yasalar bazı durumlarda, diğer bir deyişle istisna hallerde, askıya alınabilir.¹⁷⁴ Kanaatimizce Schmitt tarafından yapılan bu ayrımın, çalışmamız bakımından en önemli sonuçlarından biri ise anayasa ve anayasal yasa bakımından değişiklik yetkisinin sınırları ile ilgilidir.

Schmitt anayasa değişikliği bakımından anayasa ile anayasal yasalar arasında yetki farklılıkları olduğundan bahsetmiştir. Bir anayasada, anayasa değişiklik usulü düzenlenmiş ise bu anayasalardaki anayasa değiştirme yetkisinden, anayasal yasaların değiştirilebileceği anlaşılmalıdır. Bunun dışında kalan ve anayasa olarak adlandırılan kısımla ilgili ancak ve ancak anayasa koyucu iktidar değişiklik yapabilecektir.¹⁷⁵ Değişiklik yetkisinin, yeni bir anayasa kurma yetkisi olmadığını vurgulayan Schmitt, bu yetkinin yalnızca anayasal yasaların değiştirilmesi olarak anlaşılması gerektiğini de vurgulamıştır.¹⁷⁶

Görülmektedir ki Schmitt'e göre anayasada meydana getirilecek değişiklik, asli kurucu iktidar yetkisinde olup türev kurucu iktidar ancak anayasal yasalarda değişiklik yetkisine sahiptir. Nitekim o, türev kurucu iktidar tarafından yapılacak anayasa değişikliğini, anayasal yasalarda yapılacak münferit değişiklikler olarak tanımlamıştır. Ona göre bu değişiklikler ancak anayasanın bir bütün olarak kimliğinin ve sürekliliğinin korunması koşulu ile yapılabilir.¹⁷⁷

Schmitt, anayasal yasalardan farklı olarak anayasanın ancak ve ancak anayasa koyucu iktidar olan asli kurucu iktidar tarafından değiştirilebileceğini söylemiştir. Ona göre bu iktidar, istediği zaman ve koşulda anayasada değişiklik yapabilecektir.¹⁷⁸ Zira ona göre bir anayasanın temel politik kararları ile ilgili yapılacak bir değişiklik, anayasa koyucu iktidarın konusu ve yetkisindedir.¹⁷⁹

Carl Schmitt tarafından yapılan anayasa-anayasal yasa ayrımının, kurucu iktidar teorisi ve türev kurucu iktidar yetkisi bakımından oldukça önemli olduğunu düşünmekteyiz. Öyle ki bu ayrımın, ileride değineceğimiz üzere türev kurucu iktidar olan anayasa değiştirme iktidarının, içeriksel sınırlarının da fikişsel zeminini oluşturduğu söylenmektedir.¹⁸⁰ Ayrımın Türk Anayasa Hukuku bakımından da oldukça önemli olduğunu söyleyen Can, Schmitt'in yaptığı ayrımı şu cümlelerle özetlemiştir:

¹⁷² San, s. 37.

¹⁷³ Schmitt, Constitutional, s. 75-76.

¹⁷⁴ Schmitt, Constitutional, s. 75-76.

¹⁷⁵ Schmitt, Verfassungslehre, s. 17-26.'dan Aktaran: Aydın, s. 319.

¹⁷⁶ Schmitt, Constitutional, s. 151-152.

¹⁷⁷ Schmitt, Constitutional, s. 151-152.

¹⁷⁸ Schmitt, Verfassungslehre, s. 17-26.'dan Aktaran: Aydın, s. 319.

¹⁷⁹ Schmitt, Constitutional, s. 152.

¹⁸⁰ Göztepe, "Anayasa Öğretisi", s. 141.

“Anayasa, yukarıda belirtildiği gibi, siyasal birliğin tarz ve biçimi hakkındaki temel karar iken, anayasal yasa bu kararın ifade edildiği bir metin olmanın yanında temel kararın dışında pek çok teknik hukuksal normu da içermektedir... Dolayısıyla anayasa temel kararın ifadesi, anayasal yasa bu temel kararın asli ve teknik unsurlarıyla birlikte normatif güce kavuşturulmuş halidir.”¹⁸¹

Oder de Schmitt’in yaptığı anayasal yasa ile anayasa ayırımına “*Avrupa Birliği’nde Anayasa ve Anayasacılık*” adlı kitabının “*Siyasi Bir Karar Olarak Anayasa*” başlığı altında değinmiştir. Oder, Schmitt’e göre bir anayasanın varlığından söz edebilmek için bu anayasanın ancak varoluş ile ilgili politik kararları içeren kurallardan oluşması gerektiğini vurgulamıştır. Bunun dışında kalan kuralların ise Schmitt’e göre şekli anlamda anayasa kuralları olduğunu ve onun bu kuralları anayasal yasa olarak adlandırdığından bahsetmiştir.¹⁸²

Schmitt, Sieyès tarafından ileri sürülen kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar ayırımından da bahsetmiştir. Ona göre kurucu iktidar, halkın iradesinin ta kendisidir. Buna karşın kurulmuş iktidar, kurucu iktidar tarafından meydana getirilen ve anayasaya bağlı hareket edebilen organlardır. Ancak belirtmek gerekir ki bu teoriye göre, kurucu iktidar tarafından meydana getirilen yapının devamının sağlanması için kurulmuş iktidarın var olması gerekmektedir. Zira kurucu iktidarın, mütemadiyen anayasa yapması olanaklı değildir.¹⁸³ Buradan yola çıkılarak söylenebilir ki; kurulmuş iktidarlar da Schmitt tarafından oldukça önemli bir konuma yerleştirilmiştir.

Sieyès’in ulusun kurucu gücü teorisini formüle ettiğinden ve daha sonra da kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar arasında bir ayırım yaptığını söyleyen Schmitt, bu yeni teoriye göre ulusun, anayasa yapma otoritesinin öznesi olduğundan bahsetmiştir.¹⁸⁴ İki önemli teorisinin kurucu iktidar düşüncesine bakıldığında görülmektedir ki; Schmitt ile Sieyès, kurucu iktidarın öznesi olarak halk iradesinin her şeyin üstünde tutulması bakımından ve kurucu iktidarı bitmeyen bir “natura naturans” olarak kabul etmeleri bakımından benzer görüşler ileri sürmüşlerdir. Ancak bu yönden benzer düşünceler taşıyan teorisyenler arasında çok temel bir fikir ayrılığı bulunmaktadır.¹⁸⁵

Sieyès’e göre kurucu iktidar üstün bir pozisyonudur. Ancak ona göre kurucu iktidarın bu pozisyonu yalnızca kurulmuş iktidar karşısında böyledir. Diğer bir deyişle, kurucu iktidar, her ne kadar kurulmuş iktidar karşısında üstün bir konumdaysa da bu iktidar doğal hukuk ile bağlı durumdadır. Onun üstünlüğünün muhatabı yalnızca kurulmuş iktidardır. Buna karşılık Schmitt bakımından, kurucu iktidarı sınırlandıracak herhangi bir kaide yoktur. Yani ona göre kurucu iktidar üstün konumda olup bu yalnızca kurulmuş iktidara karşı değildir.¹⁸⁶

¹⁸¹ Can, Kurucu, s.68.

¹⁸² Oder, s. 67.

¹⁸³ Murat Ertan Kardeş, **Schmitt’le Birlikte Schmitt’e Karşı (Politik Felsefe Açısından Carl Schmitt ve Düşüncesi)**, İletişim Yayınları, 2020, s. 154.

¹⁸⁴ Schmitt, Constitutional, s. 127.

¹⁸⁵ Ali Emre Zeybekoğlu, **Carl Schmitt’in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı** (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 87.

¹⁸⁶ Zeybekoğlu, s. 87.

Schmitt ile Siey s'in kurucu iktidar anlayışı arasındaki bir diğ r önemli farklılık ise kurucu iktidarın kim tarafından kullanılacağına ilişkindir. Siey s kurucu iktidarın bir kurucu meclis e kullanılması gerektiğini söylerken Schmitt'e göre bu iktidar, bir monarka veya bir başka gruba ait olabilir. Zira ona göre önemli olan, bu iktidarın halk ile  zde leşmesidir.  zde leştiğı müddetçe bu yetki monarka bile verilebilmektedir.¹⁸⁷

Netice itibariyle tüm asli farklılıklara rağmen kurucu iktidar kavramı, bu iki önemli teorisyenin düşünceleri üzerine inşa edildiğı bilinmektedir. Kanaatimizce çalışmamızın konusunu oluşturan türev kurucu iktidar düşüncesi de bu iki teorisyen tarafından ileri sürülen kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar ayrımı temel alınarak geliştirilmiştir. Dolayısıyla kanımızca gerek kurucu iktidar düşüncesini gerekse çalışmamızın ana konusu olarak türev kuruculuk kavramlarının ana felsefesini anlama bakımından Siey s ve Schmitt'in teorileri çok büyük bir önem taşımaktadır.

1. 5. 1. 3. Hannah Arendt'in Anayasal Kuruluş Düşüncesi

Buraya kadar kurucu iktidar düşüncesinin ortaya çıkışından bahsettik. Bu minvalde bu düşüncenin Siey s tarafından ilk defa ileri s r ld ğini ancak Schmitt tarafından geliştirildiğini ve Anayasa Hukuku bakımından bu teorinin sonuçlarının neler olduğunun yine Schmitt tarafından ifade edildiğinden bahsettik. Bu noktada Siey s ile Schmitt'in birkaç fikir ayrılığı dışında paralel bir çizgide olduğunu da dile getirdik. Ancak Arendt, kurucu iktidar düşüncesinin en önemli teorisyenleri olan bu iki ismin düşüncelerini ve bu düşüncelerin Fransa'daki uygulanış biçimini ciddi bir şekilde tenkit etmiştir.¹⁸⁸

Arendt anayasayı, halkın örgütlenerek ortak bir hukuk yaratması olarak görmüş ve o güne kadar gerçekleştirilen anayasal hareketlerin ortak hukuku yaratma bakımından eksik olduğunu ileri sürmüştür. Ona göre, o güne kadar hazırlanan anayasalar ortak bir hukuk yaratamamıştır. Zira bu anayasalar halkın teşkilatlanması sonucunda değil daha ziyade uzman kişiler tarafından ortaya çıkarılan metinler olmuştur. Bu nedenle ortaya çıkan bu anayasalar, ortak hukuk yaratma hedefinden uzaktır.¹⁸⁹

Ona göre yeg ne hedefi anayasa yapmak olan kurucu meclisler mutlaka gereklidir. Bunun gibi o meclislerce hazırlanan anayasa taslağının insanlara ulaşması ve meclis oturumlarında taslakta yer alan anayasa maddelerinin tek tek görüşülmesi de bir gerekliliktir. Zira amaç, yönetimin halka değil halkın yönetime bir anayasa sunmasıdır.¹⁹⁰ Kanaatimizce Arendt'in bu cümlesi, kurucu iktidara y klediğı anlam bakımından oldukça önemlidir. Zira o bu cümlesiyle anayasanın yönetim tarafından yapılarak halka dayatılmasına açık bir biçimde karşı çıkmıştır.

¹⁸⁷ Schmitt, Verfassungslehre, s. 23, 77.'den Aktaran: Aydın, s. 319

¹⁸⁸ Osman Vedat Işsevenler, Hannah Arendt'e Göre Anayasal Kuruluş, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 14(175), 2019, (Anayasal Kuruluş), s. 835.

¹⁸⁹ Işsevenler, Anayasal Kuruluş, s. 836.

¹⁹⁰ Hannah Arendt, **Devrim  zerine** ( ev. Onur Eylül Kara), İstanbul: İletişim Yayınları, 2012, s. 191.

Bu düşüncesinin bir sonucu olarak Arendt anayasaları, yönetim tarafından halka sunulan anayasalar ile olması gerektiği gibi halkın yönetimi kurarken yararlandığı anayasalar olmak üzere ikiye ayırarak bu ikisi arasında ciddi farklılıklar olduğunu vurgulamıştır. 18'inci ve 19'uncu yüzyıllarda insanlar, sınırlandırılmamış yönetimlere güvenmiyordu ve bu nedenle de anayasa yapıcılarının, yani kurucu iktidarların iki yüzyıl bakımından da ortak hedefi iktidarın sınırlandırılmasıydı. Tam bu noktada Arendt, bu ortak hedef ile ilgili Amerika'daki gelişmeleri ayrı tutmuştur. Zira ona göre Amerika devrimi sırasında o anayasal sistemdeki kurucu iktidar, siyasi iktidarı nasıl sınırlayacaklarından ziyade onu nasıl kuracakları sorusuyla ilgilenmiştir.¹⁹¹

Arendt kurucu iktidar teorisinin ilk olarak Fransa'da ortaya çıktığını ancak bu teorisinin ilk olarak Amerika'da uygulandığını iddia etmiştir.¹⁹² Zira ona göre, kurucu iktidar teorisinin Fransa'da ortaya çıktığı halinde, yani Sieyès tarafından ortaya atılan kurucu iktidar teorisinde birtakım problemler bulunmaktadır. Bu problemlerden ilki; iktidarı oluşturma'nın mutlak bir başlangıç fikrinden oluşması gerektiğidir. Siyaset alanında mutlak bir arayışın istikrar ve temeller arzusundan kaynaklandığını düşünen Arendt, bu arzunun nihayetinde kendi kendini yenilgiye uğratan ve başarısızlığa mahkûm olan bir arayış olduğunu, çünkü insan ilişkilerinde mutlak bir başlangıcın imkânsız olduğunu ileri sürmüştür.¹⁹³

İkinci olarak Arendt, iktidarın kanunsuz bir doğa durumunda konumlandırılmasının tehlikeli olduğunu ileri sürmektedir. Ona göre Fransız Devrimi, bütün Fransız ulusunu bir doğa durumuna fırlatmış olup bu devrim otomatik olarak ülkenin siyasi yapısını ve sakinleri arasındaki bağları feshetmiştir. Buna karşılık Amerikan devrimcileri, sınırsız vahşi doğadan ve aynı zamanda kanunla sınırlandırılmamış insanların sınırsız inisiyatifinden korkmuşlar ve onların böyle bir duruma düşmelerini önlemek için gerekli önlemleri almışlardır.¹⁹⁴ Zira ona göre, aksi durumda kurucu iktidarın doğa durumunda olduğunun kabulü birçok keyfiyete yol açacaktır.¹⁹⁵

Üçüncü ve son olarak ise Arendt, Sieyès'in kurucu iktidar teorisinin temelini oluşturan irade anlayışının kökeninin Rousseau'ya dayandığını söylemiştir. Ancak ona göre Sieyès'in kurucu iktidar teorisinin temelini oluşturan Rousseau'nun bu teorisi, ulusun iradesi ile bireyin yan yana gelmesine dayanmakla birlikte bu teori, bütünün çıkarının otomatik ve aslında kalıcı olarak vatandaşın özel çıkarına düşman olması gerektiği varsayımına dayanmaktadır. Arendt bu yönüyle

¹⁹¹ Arendt, s. 195.

¹⁹² Osman Vahdet İşsevenler, **Kurucu İktidarın Felsefi Temellendirilmesi** (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, (Kurucu), s. 131.

¹⁹³ James Muldoon, "Arendt's Revolutionary Constitutionalism: Between Constituent Power and Constitutional Form", **Constellations: An International Journal of Critical and Democratic Theory**, 23(4), 2016, s. 599-600.

¹⁹⁴ Muldoon, s. 601.

¹⁹⁵ İşsevenler, Kurucu, s. 131.

Siey s'in irade anlayışının kökenini eleştirmiştir.¹⁹⁶ Zira ona göre bu iktidar anlayışı, diktat rl ge zemin hazırlamaktadır.¹⁹⁷

Nitekim bu eleştirilerinin ardından Arendt, daha istikrarlı ve arzu edilen bir kurucu iktidar teorisinin, kanunsuz bir doğa durumunda, kendi kendine toplanan bir kurucu iktidar anlayışını atlatan ABD geleneğinde yer alabileceğini savunmuştur.¹⁹⁸ Zira ona göre, Amerika'da feodal ilkenin tesis edilmesi, iktidarın halka dayanmasını; iktidar ile hukukun ayrı kaynaklarının olması ise hukukun otorite durumunda olmasını sağlamıştır.¹⁹⁹

1. 5. 1. 4. Jellinek ve Kurucu İktidar Teorisi

Siey s'in kurucu iktidar teorisinden sonra Jellinek bu teoriyi Almanya bakımından, 1800'l  yılların başlarında ele almıştır. Ancak onun kurucu iktidar düşüncesi, Siey s'in teorisıyla farklılıklar içermektedir. İki teorisyen arasındaki en önemli fark, kurucu iktidarın kaynağından çıkmaktadır.²⁰⁰

Jellinek'e göre devlet ve halk eşit kabul edilmelidir. Zira ona göre; hangi miktarda insan bir araya gelirse gelsin, onların bir halk iradesi ortaya çıkarmaları mümkün değildir. Bireylerin bir halk iradesi ortaya koyabilmeleri için, onların bir teşkilat çerçevesinde, belirlenmiş kurallar ile bir araya gelmeleri gerekmektedir. Ancak bu şekilde hukuk kuralları ile var olmuş, hukuki bir iradeye bağlı olarak halk iradesi ortaya çıkabilecektir.²⁰¹

Dolayısıyla Jellinek kurucu iktidarın, devlet şeklinde teşkilatlanmış halka dayandığını ileri sürmüştür.²⁰² Diğer bir ifadeyle; Siey s'in kaynağının halk olduğunu söylediği kurucu iktidarı Jellinek devlete dayandırmıştır. Bu yönüyle Jellinek ile Siey s'in kurucu iktidar düşüncesinin oldukça farklı olduğu görülmektedir. Zira Siey s'e göre halk, herhangi bir kurala veya usule bağlı olmaksızın kurucu meclisler aracılığı ile yeni bir anayasa yapabilecekken; Jellinek, halkın ancak devlet teşkilatının belirlemiş olduğu sınırlara uyduğu ölçüde halk olabileceğini, dolayısıyla halkın anayasada belirlenen sınırlara tabii olduğunu dile getirmiştir.²⁰³

1. 5. 2. Anayasanın  st nl ğ n n Bir Sonucu Olarak: Kurucu ve Kurulmuş İktidar Ayrımı

Bir anayasanın işlevsel olarak birey hak ve özgürlüklerini düzenlemesi ve güvence altına alması için bu anayasanın hem maddi hem de şekli bakımdan üstün nitelikte olması gerekmektedir.

¹⁹⁶ Muldoon, s. 601.

¹⁹⁷ İşsevenler, Kurucu, s. 131.

¹⁹⁸ Muldoon, s. 601.

¹⁹⁹ İşsevenler, Kurucu, s. 131.

²⁰⁰ Aydın, s. 316-317.

²⁰¹ Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Auflage, 1914, s. 114'ten Aktaran: Aydın, s. 316.

²⁰² Jellinek, s. 459'dan Aktaran: Aydın, s. 316.

²⁰³ Aydın, s. 316-317.

Bununla birlikte anayasanın, bir devletin gerek hukuki gerekse politik konumunu oluşturmaları için de yine anayasanın üstün nitelikte olması gerekmektedir. Burada anayasanın üstünlüğü ile kastedilen, anayasanın normlar hiyerarşisinde diğer bütün normlarının üstünde olmasıdır.²⁰⁴

Diğer bir ifade ile temel kanun olarak anayasa, diğer kanunların üstünde olmalıdır. Anayasanın bu üstünlüğünün ise iki önemli sonucu vardır. Bunlardan ilki kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar arasında bir ayırım yapılmasıdır.²⁰⁵ Kanımızca bu ayırımın, kurucu iktidar teorisi bakımından oldukça önemli sonuçları bulunmaktadır.

Anayasanın en üstün norm olarak hukuk ve siyasi düzenin kurucusu olduğunun kabulü sonucunda ortaya çıkan bu ayırımın yapılması son derece tabiidir. Zira nasıl ki anayasa; devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını üstün norm olarak kendine tabii kılıyor ise anayasa ile kurulmuş bu organların da tabii oldukları bir kurucu iktidar elbette vardır.²⁰⁶ İşte kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar ayırımı, anayasanın bu üstün niteliğinden doğmuştur.

Her ne kadar ayırımın buradan ortaya çıktığını söylesek de kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar arasındaki ayırımın çok eskilere dayandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Zira bu ayırımın dayanağını Rousseau'nun egemenlik ile ilgili düşüncelerinin gelişmesi sonucunda ortaya çıkan halk egemenliği teorisine kadar götürmek mümkündür.²⁰⁷ Şöyle ki Rousseau, egemenliğin niteliklerini sıralamış ve egemenliğin hiçbir koşulda devredilemeyeceğinden bahsetmiştir. Ona göre egemenlik, kayıtsız şartsız olarak halkındır. Halk bu egemenlikten hiçbir koşulda vazgeçemeyecektir. Aksi halde demokrasiden söz etmek olanaksızdır.²⁰⁸

Rousseau'ya göre egemenlik nasıl ki devredilemez ise bu egemenliğin bir başkası tarafından kullanılması da söz konusu değildir. Yani bu egemenlik, doğrudan halk tarafından kullanılacak olup vekiller aracılığıyla bu egemenliğin kullanılması da söz konusu olmayacaktır.²⁰⁹ Nitekim Rousseau “...*temsil edilenin bulunduğu yerde, temsil diye bir şey kalmaz.*” diyerek durumu net bir şekilde izah etmiştir.²¹⁰

Halk egemenliği teorisine göre iktidarın kaynağı halk olduğu gibi kullanım yetkisi de yine halka aittir.²¹¹ Yasama organını seçen halk, onları seçerken onlara sahip oldukları kurucu güçleri kesinlikle devretmemiştir. Zira yukarıda da söylendiği üzere bu teoriye göre egemenlik devredilemez niteliktedir. Halk, seçtikleri yasama organına yalnızca sıradan yasaları yapmak için

²⁰⁴ Kubalı, Dersleri, s. 95.

²⁰⁵ Kubalı, Dersleri, s. 95.

²⁰⁶ Georges Burdeau, **Traité de Science Politique**, 3(1), Paris: LGDJ, 1975, s. 173'den Aktaran: Gözler, Kurucu İktidar, s. 13.

²⁰⁷ Raymond Carre de Malberg, **Contibution a La Théorie Generale de L'Etat**, 2, Paris: Recueil Sirey, 1922, s. 536-537'den Aktaran: Gözler, Kurucu İktidar, s. 15.

²⁰⁸ Salim Işık, J.J. Rousseau ve Egemenlik Anlayışı Üzerine, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 8(2), 2017, s. 89.

²⁰⁹ Işık, s. 89.

²¹⁰ J. J. Rousseau, **Toplum Sözleşmesi** (Çev. Vedat Günyol), 30. Baskı, Kültür Yayınları, 2021, s. 88.

²¹¹ Gülce Tarhan, “Rousseau ve Sieyès'de Egemenlik Kuramı”, **ETHOS: Felsefe ve Toplumsal Bilimlerde Diyaloglar**, 2(4), 2009, s. 5.

yetki vermiştir. Dolayısıyla bu yasama organı anayasayı yapamamakta, anayasayı yapmak için olağanüstü yetkilere sahip ayrı bir kurucu meclise ihtiyaç bulunmaktadır.²¹²

Nitekim halk egemenliği teorisinin savunucularının ileri sürdüğü bu görüşlerden çıkardığımız sonuca göre, yasama organı halkın kurucu gücüne sahip değildir. Dolayısıyla bu görüşe göre yasama organı ancak alelade yasaları yapabilmektedir. Kanaatimizce bu yönüyle yasama organı bir kurucu iktidar olmayıp kurulmuş iktidar niteliğindedir. Anayasa ise yukarıda belirtildiği üzere ancak olağanüstü yetkilerle donatılmış kurucu bir meclis tarafından yapılabilmekte olup bu anlamda söz konusu kurucu meclis, kurucu bir iktidar niteliğindedir.

Bu düşünceye paralel olarak öğretide kurucu iktidarın kurulmuş iktidara göre daha üstün nitelikte olduğu düşünülmüştür. Bu düşüncenin dayanağı ise kurucu iktidarın kurulmuş iktidara nazaran, yani parlamentoya göre, gerçek egemen olan halkın iradesini daha iyi yansıtacağı düşüncesidir. Zira kurucu iktidarı daha üstün bir şekilde konumlandıranlar, kurucu iktidarın, halkı kurulmuş iktidara göre daha gerçek bir şekilde temsil ettiğini düşünmüşlerdir. İşte bu iki iktidar arasındaki statü farkının temelinde bu düşünce yatmaktadır.²¹³

Kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar ayrımı ilk olarak Sieyès tarafından dile getirilmiştir.²¹⁴ Ancak zamanla bu ayrım birçok düşünürün gündeminde olan ve üzerinde çokça tartışılan bir husus haline gelmiştir. Buna en iyi örnek, kurucu iktidar ile anayasal biçimin bir anayasacılık paradoksu olduğunu söyleyen ve hatta bu başlık altında bir kitap yayımlayan Loughlin ve Walker'dır.²¹⁵ Onlar gibi pek çok isim, bu ayrım hususunda çeşitli görüşler ileri sürmüşlerdir.

Sieyès tarafından ileri sürülen bu ayrıma katılan birçok görüş olduğu gibi değineceğimiz üzere bu görüşü eleştiren bazı düşünürler de olmuştur. Bunlardan biri olan Arendt, Sieyès ve Schmitt'in kurucu iktidar teorisini birçok yönden eleştirdiği gibi bu ayrım hakkında da çeşitli olumsuz görüşler ileri sürmüştür. Ona göre bu ayrım ile Sieyès, ulus veya halk iradesini hiyerarşik olarak anayasanın bile üstünde bir yere konumlandırmıştır. Bu bağlamda halkın veya ulusun bu üstün niteliğiyle birlikte gerek anayasa gerekse kurulmuş iktidar her zaman halk veya ulusun isteği doğrultusunda değiştirilebilecektir. Bu da siyasi olarak bir istikrarsızlığa yol açarak, sürekli bir devrim durumuna sebep olacaktır.²¹⁶

Bu yönüyle Arendt, bu ayrımı kabul etmemiş ve son derece eleştirmiştir. Buna karşın Grimm, anayasanın kaynağının tek meşru güç olan halk olduğunu söylemiştir. Bu nedenle kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar ayrımının gerekliliğinden bahsetmiştir. Zira ona göre, anayasa en üst

²¹² Malberg, s.536-537'den Aktaran: Gözler, Kurucu İktidar, s. 15.

²¹³ Özbudun, Anayasalcılık, s. 32.

²¹⁴ Dinçer Demirkent, "Anayasal Kuruluş Konusunda Kapanmayacak Tartışma: Hannah Arendt ve Carl Schmitt'te Kurucu İktidar Sorunu", *Mülkiye Dergisi*, 39(3), 2015, s. 96.

²¹⁵ Bkz. Martin Loughlin ve Neil Walker (Ed.), *The Paradox of Constitutionalism, Constitutional Power and Constitutional Form*, Oxford: Oxford University Press, 2007.

²¹⁶ Demirkent, s. 96-97.

hukuk kuralı olup hükümetten kaynaklı olan tüm yasalardan ve yasal düzenlemelerden daha üstün niteliğe sahiptir.²¹⁷

Benzer bir düşünce Paine tarafından dile getirilmiştir. Ona göre, modern anlamda anayasanın dört temel unsuru bulunmaktadır. Bu dört unsurdan birine göre, anayasa hükümetten üstün olup hükümet anayasanın bir ürünüdür. Bu unsur ile Paine, kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar ayrımına değinmiş ve halkın anayasanın ürünü olan hükümet karşısındaki üstün konumundan bahsetmiştir.²¹⁸

Kurucu iktidar ile kurulmuş iktidarın en açık tanımı bizce Kubalı tarafından yapılmıştır. Ona göre; bir devleti gerek hukuki gerekse politik bir kurum olarak ortaya çıkaran, diğer bir ifadeyle anayasayı meydana getiren iktidar kurucu iktidardır. Kurulmuş iktidar ise politik ve hukuki konumu anayasa ile belirlenen devlet organlarıdır. Bu minvalde kurulmuş iktidar, anayasa tarafından kendisine verilen yetkileri yine anayasal sınırlar çerçevesinde ancak kullanabilecektir.²¹⁹ Netice olarak Kubalı'nın yapmış olduğu tanımdan, kurucu iktidarın aksine kurulmuş iktidarın sınırlı bir iktidar olduğu ve anayasa tarafından bu sınırların çizildiği anlaşılmaktadır.

Kubalı, kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar arasındaki ayrımın anayasa ile adi kanun ayrımını da meydana getirdiğinden bahsetmiştir. Zira ona göre anayasaya yapma ve değiştirme kurucu iktidara ait olan bir tasarruftur. Bu bağlamda kurucu iktidarın bu tasarrufu, en üstün norm olan anayasa ile ilgilidir. Ancak adi kanunları yapma ise kurulmuş organ tarafından yapılan adi bir yasama tasarrufudur. Kurulmuş organın yaptığı bu tasarruf anayasaya, yani üstün norma uygun olması gereken bir norm sistemi meydana getirmektedir.²²⁰

Eroğlu ise bu ayrıma farklı bir boyut getirmiştir. Ona göre bu ayrım kurma fonksiyonunun iki türünden ortaya çıkmıştır. Daha açık bir anlatımla ona göre kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar arasındaki ayrım, asli kurucu iktidar ile türev kurucu iktidar arasındaki ayrıma karşılık gelmektedir.²²¹

Eroğlu, kurucu iktidar kavramı ile asli kurucu iktidarın kastedildiğini söylemiş ve hukuki çerçevenin dışına çıkılarak bir devletin esas kaidelerini belirleyen organı asli kurucu organ olarak tanımlamıştır. Nitekim kimseden yetki almaksızın bir anayasa yapan her organ, ona göre asli bir kurucu organdır. Ancak anayasa değiştirme eylemi, hukuki çerçeve içinde yapıldığı için bu eylemi gerçekleştiren türev kurucu organ bir kurulmuş organdır. Ancak ona göre diğerlerinden farklı olarak türev kurucu iktidar, kendisine kuruculuk işlevi yüklenen kurulmuş bir organdır.²²²

²¹⁷ Grimm, *The Achievement of Constitutionalism*, s. 9

²¹⁸ Martin Loughlin, "What is Constitutionalisation?", Petra Dobner ve Martin Loughlin (Ed.), **The Twilight of Constitutionalism?**, New York: Oxford University Press, 2010, s. 49.

²¹⁹ Kubalı, s. 96.

²²⁰ Kubalı, s. 96.

²²¹ Eroğlu, *Değiştirme Sorunu*, s. 27.

²²² Eroğlu, *Değiştirme Sorunu*, s. 26-27.

Oysa Eroğlu aynı kitabında, kuruculuk fonksiyonunun asli ve türev kuruculuk olmak üzere ikiye ayrıldığını söylemiştir.²²³ Peki kurucu iktidarın bir türü olduğunu söylediği türev kurucu iktidarın, kurulmuş iktidar olduğunu söylemesindeki dayanak nedir? Nitekim o da türev kurucu organın tutarsız bir niteliğe sahip olduğundan bahsetmiştir. Ancak bu tutarsızlığın görünüşte olduğunu söylemiştir. Zira ona göre kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar ayrımının esası bir organın hukuki niteliği ile ilgilidir.²²⁴

Ona göre asli kurucu organın görevi bir hukuk düzeni yaratmasıyla, yani anayasa yapmasıyla son bulacaktır. Zira bu iktidar yarattığı düzene ve meydana getirdiği anayasaya uymakla birlikte hukuk dışı niteliğini kaybedecek ve hukuki bir niteliğe sahip olacaktır. İşte bu durumda asli kurucu iktidar, türev kurucu iktidara dönüşecektir. Burada değişen şey organ olmaktan ziyade bu organın hukuki niteliği olup bu dönüşümün kaynağı da iktidarın hukuki niteliğidir.²²⁵ Dolayısıyla kanaatimizce Eroğlu, kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar ayrımını yaparken söz konusu organın hukuki niteliğine bakmıştır.

Kanaatimizce Eroğlu'nun bu düşüncelerinden çıkan sonuca göre; bir iktidar hukuki çerçeve içinde hareket ediyorsa, diğer bir deyişle bir organ hukuki bir organ ise bu organ kurulmuş bir iktidardır. Buna karşın bir iktidarın kurucu bir iktidar olmasının tek yolu ise hukuk dışı olmasıdır. Oysa türev kurucu iktidar, hukuki bir iktidardır.

Görülmektedir ki; kanımızca Eroğlu'nun bu ayrımının fıkırsel temellerini, asli kurucu iktidarın hukuk dışı bir iktidar olduğu düşüncesi oluşturmaktadır. Zira kurucu iktidar teorisi, devrim ve direniş teorilerine paralel olarak gelişmiştir.²²⁶ Oysa kurucu iktidarın hukuki bir iktidar olabileceğini savunan görüşler de vardır. Bu görüşe göre kurucu iktidar, siyasi bir varlık olduğu gibi aynı zamanda hukuki de bir varlıktır.²²⁷

İki kavram arasındaki ayrıma Kapani tarafından da değinilmiştir. O, anayasanın üstünlüğünün benimsendiği siyasi rejimlerde en üstün iktidarın siyasi iktidar olmadığını, siyasi iktidardan daha üstün bir iktidarın var olduğunu ve bu iktidarın da anayasayı yapan iktidar olarak kurucu iktidar olduğunu söylemiştir. Zira anayasanın üstün olduğu bir rejimde, siyasi iktidar sınırsız bir iktidar olmayıp sınırları en üstün norm olan anayasa tarafından belirlenen bir iktidar konumundadır.²²⁸

Kapani anayasanın üstünlüğü ilkesi neticesinde kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar arasında bir ayrım yapılması gerektiğini de ileri sürmüştür. O kurucu iktidarı, *“devletin temel hukuk düzenini kuran, siyasal iktidarın hangi organlar tarafından, nasıl ve hangi sınırlar içinde*

²²³ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 22.

²²⁴ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 22-27.

²²⁵ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 27.

²²⁶ Gabriel L. Negretto, “Constitution-Making in Comparative Perspective”, **Oxford Research Encyclopedia of Politics**, USA: Oxford University Press, 2016, s. 5.

²²⁷ Kaya, s. 186.

²²⁸ Kapani, Politika, s. 72.

kullanılacağını belirten, herkes için bağlayıcı üstün anayasa normlarını koyan iktidar” olarak tanımlamıştır. Buna karşın kurulu iktidardan ise devletin yasama ve yürütme organının anlaşılması gerektiğinden bahsederek bu iktidarın sınırlı bir iktidar olduğundan ve gerek yetkilerinin gerekse sınırlarının anayasa tarafından belirlendiğinden bahsetmiştir.²²⁹

Kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar arasındaki en temel farkın bu iktidarların sınırlı olup olmamaları olduğunu söyleyen Kapani’ye göre, kurucu iktidar sınırsız bir iktidar iken kurulmuş iktidar sınırlı bir iktidardır. Ancak bununla birlikte kurucu iktidarın asıl ve ikincil kurucu iktidar olarak ikiye ayrıldığından ve bazı durumlarda türev kurucu iktidarın da iradesine sınırlar koyulabileceğinden bahsetmiştir. Buna rağmen kurucu iktidarın egemen bir iktidar olduğunu, kurulmuş iktidarın ise egemen olmayan bir iktidar olduğunu belirtmiştir.²³⁰

Yukarıdaki düşünceler ışığında özetleyecek olursak, kurucu iktidar bir devletin anayasasını yapan ve değiştiren iktidar olarak tanımlanabilmektedir. Bu minvalde kurucu iktidar içinde iki fonksiyon barındırmaktadır. Bunlardan ilki; bir anayasanın sıfırdan yapılması olup bunu yapan kurucu iktidara asli kurucu iktidar denilmektedir. Kurucu iktidarın barındırdığı ikinci fonksiyon ise; bir anayasanın sonradan değiştirilmesi olup bunu yapan iktidara ise türev kurucu iktidar denir. Oysa kurulmuş iktidar, kurucu iktidarın sahip olduğu anayasayı yapma ve değiştirme yetkilerine sahip değildir. Bu iktidarlara, anayasadaki kurallar çerçevesinde görev yapıp bu bağlamda yetkilerini kullanarak anayasayı uygulayan organlardır.²³¹

Kuruculuk esasen bir işlevdir. Yani aslında kurucu iktidarın somut bir kurum veya organ olduğu söylenemez. Bu işlevi yerine getiren ise yasa dışı bir grup olabileceği gibi yasal bir organ da olabilmektedir. Ancak netice olarak yeni bir anayasa yapımı asli kuruculuk işlevi iken anayasayı değiştirme ise türev kuruculuk işlemidir. Bu minvalde bu işlemi yapan parlamento olsa bile burada yapılan işlem bir yasama işlemi olmayacaktır. Buna karşın kurulu iktidar meşruluğunu, kurucu iktidar tarafından yaratılan hukuk kurallarına uyarak elde edebilecektir. Kurucu iktidar bakımından böyle bir meşruiyet sınırı yok iken kurulmuş iktidar bakımından meşruiyetin kaynağı pozitif hukuk kurallarıdır.²³²

1. 5. 3. Kurucu İktidar Türleri

Kurucu iktidar kavramı ile ilgili açıklama yaptığımız bölümde, kabaca kurucu iktidar ayrımından da bahsetmiştik. Kurucu iktidara ilişkin attığımız başlıktan da anlaşılacağı üzere ve doktrindeki genel kabule göre kuruculuk yetkisi, anayasayı yapma ve değiştirme olmak üzere iki

²²⁹ Kapani, Politika, s. 72.

²³⁰ Kapani, Politika, s. 73.

²³¹ Sezer, s. 18.

²³² Osman Can, “Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu”, **AÜSBF Dergisi**, 62(3), 2007, (Değiştirme İktidarı), s. 106-107.

unsurdan oluşmaktadır.²³³ Nitekim bunlardan anayasa yapma iktidarı asli kurucu iktidar iken anayasayı değiştirme iktidarı ise çalışmamızın asıl konusu olan türev kurucu iktidardır.²³⁴

Asli kurucu iktidar ile türev kurucu iktidar ayrımının doktrinde neredeyse yerleşik bir hale geldiğini daha önce söylemiştik. Ancak bu ayrım, bazı düşünürler tarafından son derece eleştirilmiştir.²³⁵ Zira bu ayrımı eleştirenler, anayasanın kurucu niteliği dolayısıyla onu var etmenin kurucu bir eylem olduğunu ancak değiştirmenin aynı niteliği taşımadığını ileri sürmüşlerdir. Bu düşünceye göre kurucu güç, aynı zamanda egemenliği ifade ettiği için sınırlı olması düşünülemez. Oysa türev kurucu iktidar birtakım sınırlara tabiidir.²³⁶

Bazı düşünürler ise anayasa değiştirmenin, tıpkı anayasa yapımı gibi kurucu bir eylem olduğunu kabul etmekle birlikte bu iki eylem arasında herhangi bir ayrım yapılmasına gerek olmadığını ileri sürmüştür. Zira bu görüşe göre; asli kurucu iktidar ile türev kurucu iktidar arasında ontolojik bir fark bulunmamaktadır. Yine bu iki iktidarın, meşruiyeti açısından da herhangi bir farklılık yoktur.²³⁷

Anayasayı var etmek ile onu sonradan değiştirmek arasında herhangi bir farkın olmadığını ileri süren bazı görüşlere göre; asli kurucu iktidar ile türev kurucu iktidar bakımından hiçbir hiyerarşik farklılık da bulunmamaktadır. Zira anayasa değiştirilen erk, anayasanın var edilmesiyle birlikte asli kurucu iktidarın yerini alacaktır.²³⁸ Dolayısıyla kanaatimizce bu kabul, anayasayı yapma ile değiştirmeyi, kurucu iktidarın fonksiyonları olarak kabul etmekte ancak bunlar arasında bir ayrımı gerek görmemektedir.

Bu ayrımın kökenine bakıldığında ise; asli-türev kurucu iktidar ayrımının ilk olarak Fransa’da ortaya çıktığı, ardından Avrupa’nın bazı ülkelerinde de bu ayrımın kabul edildiği görülmektedir.²³⁹ Kurucu iktidar düşüncesinin fikir önderi olarak bilinen Sieyès’in teorilerinde, asli kurucu iktidar ile türev kurucu iktidar ayrımına değinmediği görülmektedir. Kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar arasındaki ayırmadan ilk olarak o bahsetmişse de kurucu iktidarın, kendi içindeki bir ayrımın varlığından hiç söz etmemiştir.²⁴⁰

Daha önceki konu başlıklarında da değindiğimiz üzere Sieyès, ulusun irade beyan etme hakkını hiçbir zaman devretmeyeceğini ve ulusun istediği her zaman, hiçbir usule bağlı olmaksızın irade beyanında bulunabileceğini ileri sürmüştür.²⁴¹ O, ulusun irade beyan etme hakkını asla devredemeyeceğini söyleyerek kanaatimizce kalıcı bir kurucu iktidarın varlığını işaret etmiştir.

²³³ Anayurt, Genel Kısım, s. 160.

²³⁴ Gözler, Genel Teorisi, s. 316.

²³⁵ Anayurt, Genel Kısım, s. 159.

²³⁶ Anayurt, Genel Kısım, s. 159.

²³⁷ Kaya, s. 191.

²³⁸ Zafer Gören, “Anayasa Koyan Erk ve Anayasa Değişikliklerinin Sınırı”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 8(16), 2009, (Anayasa Koyan Erk), s. 6.

²³⁹ Anayurt, Genel Kısım, s. 160.

²⁴⁰ Kemal Gözler, **Le pouvoir de révision constitutionnelle**, Villeneuve d’Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 1997, (Le Pouvoir), s. 14.

²⁴¹ Sieyès, s. 73-74.

Nitekim o, bu iktidarın hiçbir sınıra bağlı olmaksızın, istediği zaman anayasayı değiştirebileceğinden bahsetmiştir.²⁴²

Dolayısıyla Sieyès, bu ayrımı açıkça dile getirmemişse de kanımızca aksi yöndeki düşünceleri ile bu ayrımı zımnen reddetmiştir. Zira kanaatimizce onun teorilerinden sürekli bir kurucu iktidarın varlığı anlaşılmaktadır. Nitekim Gözler de Sieyès'in kurucu iktidar teorisinin, bu ayrım ile taban tabana zıt olduğundan bahsetmiştir.²⁴³ Sonuç itibarıyla kurucu iktidar teorisinin aksine, bu ayrımın fikir önderi Sieyès değildir.

Asli kurucu iktidar ile türev kurucu iktidar arasındaki ayrımı ilk olarak Raymond Carré de Malberg geliştirmiştir. Malberg'in bu düşüncelerinden etkilenen Georges Burdeau da bu ayrımdan bahsetmiştir. Son olarak ise Roger Bonnard, asli kurucu iktidar ile türev kurucu iktidar ayrımını dile getirmiş ve Bonnard'ın bu ayrımı Fransız Anayasa Hukuku bakımından yerleşik hale gelmiştir.²⁴⁴

Bu ikisi arasındaki ayrım ise iki farklı şekilde yapılmaktadır. Doktrindeki bazı görüşler²⁴⁵, bu iki erk arasında biçimsel bir ayrım yapmaktayken bazıları²⁴⁶ ise bu iki erki maddi olarak ayırmaktadırlar. Ancak doktrinde, biçimsel ayrıma ilişkin görüşün daha ağır bastığı söylenebilecektir.

Biçimci ayrımdaki esas kriter, asli kurucu iktidar ile türev kurucu iktidarın uygulandıkları durumlardır. Bu ayrıma göre; asli kurucu iktidar, herhangi bir anayasanın olmadığı durumlarda yeni bir anayasa oluşturma gücü iken türev kurucu iktidar, var olan bir anayasaya göre o anayasada değişiklik yapma gücünü ifade etmektedir. Bu anlayışa göre asli kurucu iktidar ya yeni bir devletin doğuşu gibi halihazırda var olan bir hukuk boşluğunda ya da rejim değişikliği vb. gibi sonradan yaratılan bir hukuk boşluğunda ortaya çıkacaktır.²⁴⁷

Asli kurucu iktidar ile türev kurucu iktidarın maddi ayrımı(konularına göre) ise Carl Schmitt tarafından yapılmıştır. O, kurucu iktidar ve anayasal revizyon iktidarı olarak ikili bir ayrım yapmıştır. Ona göre kurucu iktidar, yeni bir anayasa yapma iktidarı iken; anayasal revizyon yetkisi, anayasal yasalarda²⁴⁸ değişiklik yapma yetkisidir.²⁴⁹ Schmitt'in bu düşüncelerinden etkilenen Beaud ise halkın ulusal egemenliğini etkileyen bir durumda, türev kurucu iktidardan söz edilemeyeceğini; asli kurucu iktidarın yetkili olduğunu ifade etmiştir.²⁵⁰

²⁴² Sieyès, s. 73- 75.

²⁴³ Gözler, Le Pouvoir, s. 14

²⁴⁴ Gözler, Le Pouvoir, s. 15.

²⁴⁵ Örneğin Raymond, Carré de Malberg, Georges Burdeau, Roger Bonnard gibi pozitivist hukukçular. Detaylı bilgi için bkz. Gözler, Le Pouvoir, s. 21 vd.

²⁴⁶ Örneğin Carl Schmitt, Olivier Beaud gibi pozitivist olmayan hukukçular. Detaylı bilgi için bkz. Gözler, Le Pouvoir, s. 21 vd.

²⁴⁷ Gözler, Le Pouvoir, s. 21-22.

²⁴⁸ Carl Schmitt'in anayasa ile anayasal yasa ayrımı için bkz. s. 27-31.

²⁴⁹ Gözler, Le Pouvoir, s. 30.

²⁵⁰ Gözler, Le Pouvoir, s. 34.

Bugün ise asli kurucu iktidar ile türev kurucu iktidar ayrımı yerleşik hale gelmiş durumdadır.²⁵¹ Kurucu iktidar teorisini anlatan çoğu hukuk kitabında²⁵², bu ayrımın varlığı kabul edilmiş ve teori bu ayrım üzerinden anlatılmıştır. Nitekim biz de bu ayrımın varlığını esas alarak teoriyi anlatmaya çalıştık.

1. 5. 3. 1. Asli Kurucu İktidar

Asli kurucu iktidar, anayasayı ilk defa veya yeniden yapan iktidardır. Bu yönüyle asli kurucu iktidar, devleti kurarak ona gerek hukuki gerekse siyasi statüsünü sağlamaktadır. Nitekim bir anayasanın ilk defa veya yeniden yapılması halinde herhangi bir hukuk kuralının varlığından söz edilemeyeceği için bu iktidarın herhangi bir kural ile bağlı olmadığı da açıktır. Zira asli kurucu iktidar, yürürlükte herhangi bir anayasanın olmadığı veya mevcut anayasanın yürürlüğünün sona erdiği hallerde ortaya çıkacaktır.²⁵³

Asli kurucu iktidarın hukuki niteliğinin ne olduğu ise oldukça tartışmalı bir husustur. Asıl konumuz olmamakla birlikte kısaca değinmek gerekirse, asli kurucu iktidarın hukuk dışı bir iktidar olduğunu söyleyen düşünürler olduğu gibi hukuki bir niteliğe sahip olduğunu iddia edenler de mevcuttur. Daha ziyade pozitivistlerce hukuk dışı bir iktidar olduğu savunulurken; doğal hukukçular, genel olarak bu iktidarın hukuki bir iktidar olduğunu ileri sürmektedir.²⁵⁴

Bu iktidarın hukuk dışı bir niteliğe sahip olduğunun düşünülmesinin asıl nedeni, bu iktidarın herhangi bir hukuk kuralı ile bağlı olmamasıdır. Zira bir işlemin hukuki bir işlem olarak nitelendirilebilmesi için bu işlemin mevcut birtakım hukuk kurallarına göre yapılmış olması gerekmektedir. Nitekim asli kurucu iktidar, yeni bir anayasaya yapmakta olup bu yönüyle bu iktidara hukukilik niteliği kazandırabilecek mevcut, daha eski bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Dolayısıyla asli kurucu iktidarın bu bakımdan nitelik itibarıyla hukuk dışı bir iktidar olduğu düşünülmektedir.²⁵⁵

Türk Anayasa Hukuku bağlamında kurucu iktidar ile ilgili gerek yapılan tanımlamalara gerekse asli kurucu iktidar ile ilgili tartışmalara bakıldığında bazı düşünürlerin bu iktidarı olağanüstü bir iktidar olarak kabul ettiği görülmektedir. Nitekim bu düşünceye göre kurucu iktidar, özellikle asli kurucu iktidar, olağanüstü yetkilerle donatılmış bir iktidar olmakla birlikte bu iktidarın ortaya çıkması için ise darbe, devrim, savaş vb. gibi olağanüstü birtakım hallerin varlığı gerekmektedir.²⁵⁶ Bu husus Türk hukukçuları bakımından oldukça tartışmalıdır. Zira bu görüşte

²⁵¹ Anayurt, Genel Kısım, s. 160.

²⁵² Bkz. Gözler, Genel Teorisi, s. 316; Anayurt, Genel Kısım, s. 160; San, s. 36.; Eroğlu, s. 21-29.

²⁵³ Teziç, s. 178.

²⁵⁴ Gözler, Kurucu İktidar, s. 24.

²⁵⁵ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 23.

²⁵⁶ Ender Ethem Atay, **Anayasa Hukuku**, Ankara: Doruk Kitapevi, 2022, (Anayasa Hukuku), s. 18.

olanlara göre, yukarıda sayılan olağanüstü durumların birinin olmaması halinde yeni bir anayasa yapılması mümkün olmayacaktır.²⁵⁷

Bu görüşe göre asli kurucu iktidar bir hukuk boşluğu olması durumunda ortaya çıkacaktır. Bu hukuk boşluğu baştan beri mevcut olabileceği gibi sonradan da ortaya çıkabilecektir. İlk durumda, yani hukuk boşluğunun zaten baştan itibaren var olduğu durumlarda, asli kurucu iktidarın mevcut bir anayasa olmadığı için herhangi bir anayasayı ortadan kaldırmasına gerek olmayacaktır.²⁵⁸

Burada asli kurucu iktidarın yapmış olduğu anayasada, söz konusu devlet için ilk anayasa olacaktır. Ancak ikinci durumda, yani sonradan hukuk boşluğunun meydana çıktığı durumlarda, asli kurucu iktidar önce mevcut anayasayı ortadan kaldırıp yeni bir anayasa yapacaktır. Haliyle bu anayasa, söz konusu devlet bakımından da ilk anayasa olmayacaktır.²⁵⁹

Bu görüşe göre antidemokratik bir girişimin bulunmaması halinde yeni bir anayasanın yapılması olanaklı değildir. Nitekim bu görüşün savunucularından biri olan Gözler, bu görüşün aksini savunanların mevcut anayasayı nasıl ortadan kaldıracıklarını da söylemeleri gerektiğini belirterek bunun pek mümkün olmayacağını dile getirmiştir.²⁶⁰

Kubalı ise asli kurucu iktidarı ve bu iktidarın hangi durumlarda ortaya çıkacağını şu cümlelerle ifade etmiştir:

“Bu nevi kurucu iktidar Devleti kuran, onun ilk hukuki ve siyasi statüsünü meydana getiren veya Anayasasını yeni baştan yapan, hiçbir iç pozitif hukuk normu ile sınırlı olmayan, otonom, yani özerk, bağımsız kurucu iktidardır. Yalnız tarifi, sosyolojik tesirlerle, belirli bir dünya görüşünün ifadesi olan halk ve adalet prensipleri ile ve ideolojik ilkelerle bağlı olan, pozitif hukukun, iç hukuk yönünden, ilk kaynağı olan bu nevi kurucu iktidar ya yeni bir Devletin kurulması halinde(Zamanımızda yeni kurulan Arap Devletleri, Afrika’nın yeni Devletleri gibi) veya mevcut bir Devletin yabancı istilası ile ortadan kalkmasından sonra yeniden kurulması halinde(Birinci Dünya Savaşı sonunda Polonya ve Türkiye’de olduğu gibi), veyahut bir rejimin dayandığı Anayasanın bir ihtilal ile ortadan kaldırılması halinde(1793 ve 1848 de Fransa’da, 1921 ile 1923 ve 1924 de ve 27 Mayıs 1960 da Türkiye’de olduğu gibi) ortaya çıkmaktadır.”²⁶¹

Her ne kadar asli kurucu iktidarın, ancak yukarıda saydığı durumlarda ortaya çıkabileceğini söylese de Kubalı’ya göre bu iktidar fiili bir iktidardır. Ona göre bu iktidar, yeni bir devletin kurulması, var olan bir devletin yıkılması veya darbe gibi durumlarda ortaya çıkmakta ve mevcut bir anayasaya göre de kurulmamaktadır. Ancak o bu durumun, asli kurucu iktidarın hukuki bir

²⁵⁷ Ahmet Nohutçu ve Mücahit Bektaş, “Yeni Anayasa Tartışmaları Etrafında Kurucu İktidar, Kurucu Meclis ve Referandum Kavramlarının Analizi”, *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*, 2017, 5(1), s. 3

²⁵⁸ Kemal Gözler, "Asli Kurucu İktidar- Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?", Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (Ed), *Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler*, İstanbul: Metis Yayınları, 2012, ("TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir Mi?"), s. 47.

²⁵⁹ Gözler, "TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir Mi?", s. 47.

²⁶⁰ Gözler, "TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir Mi?", s. 52.

²⁶¹ Kubalı, *Dersleri*, s. 96-97.

nitelik taşımasına engel olmadığını ileri sürmüştür. Onun bu düşüncesinin dayanağı ise asli kurucu iktidarı ortaya çıkaran ihtilallerin meşru olduğunu düşünmesidir.²⁶²

Kubalı'ya göre ihtilalin amacı ne olursa olsun, eğer bu ihtilal kanunların ve anayasanın üstünde bir hak ve adalet düşüncesine sahipse bu ihtilal meşrudur. Dolayısıyla meşru bir ihtilal sonucunda ortaya çıkan asli kurucu iktidar, her ne kadar fiili bir iktidar olup hiçbir hukuk kuralına bağlı olmasa da meşru bir şeyden doğduğu için hukuki bir niteliğe sahiptir.²⁶³ Kanaatimizce Kubalı'nın ihtilali amacından bağımsız olarak sonucuna göre meşrulaştırması, demokratik hukuk devleti ilkesi bakımından tartışmalara yol açabilecektir.

Yine bu görüşte olan düşünürlerden biri olan Burdeau da benzer şekilde asli kurucu iktidarın hukuki niteliğini vurgulamaya çalışmıştır. O da bu hukukiliği, asli kurucu iktidarı ortaya çıkaran devrimin meşruluğu ile açıklamaya çalışmıştır. Devrimi hukukun askıya alınması veya kesintiye uğraması olarak görmeyen Burdeau, devrimi hukuki yapının değişmesi olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla asli kurucu iktidarın yaptığı eylem de hukuksuz bir işlem olmayıp boşalan hukuk düzeninin yerini yenisiyle doldurmaktır. Bu nedenle bu iktidar, hukuki bir iktidardır.²⁶⁴

Ancak hukukun sürekliliği göz önünde bulundurularak her bir kurucu iktidarın, bir hukuk düşüncesine sahip olduğunu savunanlar da vardır. Bu görüşe göre hukuk süreklidir ve asli kurucu iktidarın hukuki bir boşlukta ortaya çıkması mümkün değildir.²⁶⁵ Bu hususta çok çeşitli görüşler ve tartışmalar olmakla birlikte, çalışmamızın konusu olmaması nedeniyle bu husustaki tartışmalara değinmenin gerekli olmadığı kanısındayız.

1. 5. 3. 2. Asli Kurucu İktidarın Yok Olması

Asli kurucu iktidarın sürekliliği hususu, tıpkı hukuki niteliği gibi üzerinde çokça tartışılan bir konu olmuştur. Diğer bir ifadeyle asli kurucu iktidarın anayasanın yapılması ile birlikte yok olup olmayacağı veya bu iktidarın sürekliliği hususlarında, aşağıda yer verileceği üzere geçmişten günümüze doktrinde çok çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bugün hala asli kurucu iktidarın bu niteliğinin tartışıldığı görülmektedir. Özellikle Türk Anayasa Hukuku bakımından son dönemlerde de oldukça tartışılan bu husus, kanaatimizce TBMM'nin yeni bir anayasa yapıp yapamayacağı şeklindeki tartışmaları da beraberinde getirmiştir.²⁶⁶

Asli kurucu iktidarın sürekli olup olmadığına ilişkin tartışmalar, türev kurucu iktidar bakımından da son derece önem taşımaktadır. Zira bu iktidarın sürekli olup olmamasına göre türev kurucu iktidarın niteliği de değişebilmektedir. Bu minvalde her ne kadar asli kurucu iktidar

²⁶² Kubalı, Dersleri, s. 99.

²⁶³ Kubalı, Dersleri, s. 100.

²⁶⁴ Burdeau, s. 80'den Aktaran: Gözler, Kurucu İktidar, s. 30.

²⁶⁵ Anayurt, Genel Kısım, s. 163.

²⁶⁶ Gözler, "TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir Mi?" adlı makalesinde söz konusu tartışmaları konu almıştır.

hususunu yüzeysel olarak anlatsak da bu tartışmalara çalışmamızda değinmenin gerekli olduğu kanısındayız.

Asli kurucu iktidarın sürekliliği hususundaki tartışmalarla ilgili ileri sürülen görüşlere elbette bu kavramın en önemli teorisyenlerinden biri olan Emmanuel Sieyès'in görüşleri ile başlanmalıdır. Sieyès, kurucu iktidar teorisini anlattığı ve bizim de daha önce değindiğimiz “*“Üçüncü Sınıf” Nedir?*” adlı eserinde, idarenin ancak anayasaya bağlı olmak koşuluyla yetki kullanabileceğini, buna karşılık ulusal iradenin yalnızca var olmasının yeterli olabileceğini belirtmiştir. Zira ona göre ulusal irade, yasallığın ta kendisidir.²⁶⁷

Buradan yola çıkarak Sieyès, ulusun irade beyan etme hakkını asla devredemeyeceğini ve ulusun ortaya koyduğu irade beyanını ise istediği zaman değiştirme hakkını asla yitirmeyeceğini özellikle vurgulamıştır. Sieyès'e göre, bir ulusun yalnızca istemesi yeterlidir. Bu bakımdan ulus herhangi bir biçime bağlı değildir. Zira en yüksek irade olan ulus iradesinin birtakım biçimlere bağlanması mümkün değildir.²⁶⁸

Görülmektedir ki Sieyès, kanaatimizce ulus iradesini her şeyden bağımsız tutmakta ve bu iradenin mevcut her türlü düzeni istediği zaman değiştirebileceğini ileri sürmektedir. Sieyès'in bu düşünceleri göz önünde bulundurulduğunda, onun ulus iradesini her şeyin üstünde tutması ve kurucu iktidarın da bu iradenin karşılığı olması nedeniyle, ona göre kurucu iktidarın devamlı bir iktidar niteliğinde olduğu söylenebilecektir. Nitekim o, daha önce de söylediğimiz gibi kurucu iktidarı, asli türev gibi bir ayrıma sokmamıştır.²⁶⁹

Asli kurucu iktidarın bir diğer önemli teorisyeni olan Carl Schmitt de asli kurucu iktidarın devamlı bir iktidar olduğunu eserlerinde dile getirmiştir. Ona göre anayasa, asli kurucu iktidar tarafından meydana getirilmiş bir emir niteliğinde olup bu iktidar, anayasanın var olmasıyla birlikte yok olmayacaktır. Zira mevcut anayasayla ilgili bir çatışma olması durumunda, anayasal düzenin üstünde duran asli kurucu iktidar bu çatışmayı çözecektir.²⁷⁰

Bununla birlikte Schmitt'e göre anayasadaki her boşluk, asli kurucu iktidar tarafından doldurulmaktadır. Anayasada meydana gelecek herhangi bir tereddütte veya öngörülemeyen bir durumda, yine asli kurucu iktidar söz konusu durumu karara bağlayacaktır.²⁷¹ Dolayısıyla Schmitt, kurucu iktidarın anayasal düzen içerisinde kendisini yeniden öne sürebileceğini, otoritesini yeniden gösterebileceğini ileri sürmüştür.²⁷²

²⁶⁷ Sieyès, s. 73.

²⁶⁸ Sieyès, s. 73-74.

²⁶⁹ Anayurt, Genel Kısım, s. 158.

²⁷⁰ Göztepe, “Anayasa Öğretisi”, s. 144.

²⁷¹ Schmitt, Constitutional, s. 125-126.

²⁷² David Dyzenhaus, “The Politics of the Question of Constituent Power”, Martin Loughlin ve Neil Walker (Ed.), **The Paradox of Constitutionalism, Constitutional Power and Constitutional Form**, Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 129.

Görölmektedir ki Schmitt, asli kurucu iktidarın varlığını, anayasal düzen kurulduktan sonra da devam ettireceğini; anayasal çatışmalar durumunda veya herhangi bir anayasal boşlukta, bu durumların ancak ve ancak yine asli kurucu iktidar tarafından karara bağlanacağını açıkça belirtmiştir. Bu noktada Schmitt, asli kurucu iktidar ile anayasayı değiştirme iktidarı arasındaki ayrımı da vurgulamıştır.²⁷³

O, anayasa kanunlarını değiştirme veya revize etme yetkisinin, asli kuruculuk yetkisinin aksine kanunen düzenlenmiş bir yetki olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla ona göre bu yetki sınırlı bir yetki olup bu yetki kullanılırken dayandığı anayasal düzenleme çerçevesi aşılamayacaktır.²⁷⁴ Halbuki anayasa ile ilgili değişiklik yapma yetkisi her zaman ve ancak asli kurucu iktidara aittir.²⁷⁵ Bu düşünceden çıkan sonuç ise asli kurucu iktidarın devamlı olduğu yönündedir.

Dolayısıyla Schmitt'in kurucu iktidar anlayışında, asli kurucu iktidarın türev kurucu iktidara dönüşmesi gibi bir durum da söz konusu değildir. Ona göre asli ve türev kurucu iktidarın kapsam ve sınırları tamamen farklıdır ve bu sebeple bu iktidarlara asla birbirleri yerine geçemezler. Nitekim bu teoriye göre; asli kurucu iktidar anayasal düzen kurulduktan sonra da varlığını korur ve türev kurucu iktidar ile birlikte kurulmuş olan anayasal düzen içinde varlıklarını, birbirleri içinde kaybolmadan sürdürmeye devam ederler.²⁷⁶

Ancak Gözler, Schmitt'in bu görüşüne karşıdır. Ona göre asli ve türev kurucu iktidarlara birlikte faaliyet göstermeleri imkânsız olup birinin faaliyet gösterebilmesi için diğerrinin olmaması gerekmektedir. Zira bu iki iktidar birbirlerinin alternatifi durumundadır. Ona göre asli kurucu iktidar yeni bir hukuk düzeni kurduktan sonra yeni bir hukuk boşluğu durumu ortaya çıkana kadar adeta uykudadır. Onun uykuda olduğu sürede ise türev kurucu iktidar faaliyet göstermektedir.²⁷⁷

Gözler'in bu teorisi, yeni bir anayasanın yalnızca bir hukuk boşluğu durumunda olabileceği, yani asli kurucu iktidarın ya baştan beri mevcut bir hukuk boşluğu durumunda ya da sonradan ortaya çıkacak bir hukuk boşluğunda ortaya çıkabileceği görüşüne dayanmaktadır. Oysa yukarıda değindığımız üzere doktrinde birçok görüş, yeni bir anayasanın yalnızca hukuk dışı bir duruma gerçekleşmeyeceği, hukuki bir ortamda da yeni bir anayasa yapılabileceği yönündedir.

²⁷³ Schmitt, *Constitutional*, s. 145-146.

²⁷⁴ Schmitt, *Constitutional*, s. 145-146.

²⁷⁵ Anayurt, Genel Kısım, s. 165.

²⁷⁶ Aykut Çelebi, **Carl Schmitt'in Düşüncesinde Siyasal Kavramı ve Kurucu İktidar Sorunu**, Ankara: İmaj Yayınevi, 2008, s. 187.

²⁷⁷ Gözler, "TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?", s. 49-51.

İKİNCİ BÖLÜM

2. TÜREV KURUCU İKTİDAR

2. 1. Türev Kurucu İktidar Kavramı

Kimilerine²⁷⁸ göre tali, kimilerine²⁷⁹ göre ise türev kurucu iktidar, isminden de anlaşılacağı üzere mevcut anayasada değişiklik yapma yetkisine sahip olan iktidardır.²⁸⁰ Diğer bir ifadeyle bu iktidar; var olan anayasayı, yine bu anayasada mevcut olan kural ve kaidelere uygun şekilde değiştiren iktidardır.²⁸¹ Bu yönüyle kurucu iktidarın ikiye ayrıldığı; sıfırdan bir anayasaya yapma iktidarının asli kurucu iktidar olarak adlandırıldığı, buna karşın mevcut anayasaya uygun usullerle anayasayı değiştirme iktidarının ise türev kurucu iktidar olarak adlandırıldığı söylenebilmektedir.²⁸²

Bu iki kurucu iktidar türü bakımından en önemli fark; yetkilerini kullanırken, yani kural koyarken kendilerinden önce mevcut olan kurallara bağlı olup olmamalarıdır. Zira her ne kadar aksini iddia edenler olsa da asli kurucu iktidar, kural koyarken kendinden önce var olan bir kurala bağlı olmak zorunda değilken türev kurucu iktidar için aynı şey söz konusu değildir.²⁸³ Anayasayı değiştirme iktidarı olan türev kurucu iktidar, mevcut anayasaya bağlı olması nedeniyle elbette bağımsız bir yetki olmayıp mevcut anayasadan kaynağını alan bir yetkidir. Nitekim Erdoğan’a göre anayasayı değiştirme iktidarı olan türev kurucu iktidar, anayasadan türeyen bir yetkidir. Zira anayasadan türeyen bu yetki ile türev kurucu iktidar yine anayasadaki kaidelere uygun bir şekilde bu yetkisini kullanabilecektir.²⁸⁴

Türev kurucu iktidarın, kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar ayrımındaki konumunun ne olduğu bazı düşünürler bakımından kafa karışıklığına yol açmıştır. Nitekim bu durumdan, daha önceki konu anlatımlarında bahsetmiştik. Ancak türev kurucu iktidarın bir kurucu iktidar mı yoksa kurulmuş iktidar mı olduğunu, Kubalı son derece açık bir şekilde ifade etmiştir. Öyle ki mahiyetinin daha iyi anlaşılması adına Kubalı’nın yapmış olduğu ayrımı aynen alıntılıyoruz:

“Tali kurucu iktidar, asli kurucu iktidar gibi doğuşu itibariyle tarihi hadiselerin yarattığı fiili bir iktidar olmayıp kaynağını Anayasadan alan kanuni bir iktidardır. Hem asli kurucu iktidar tarafından kurulmuş olan bir devlet organıdır, hem de Devletin diğer organları üzerinde

²⁷⁸ Kemal Gözler neredeyse tüm kitaplarında “tali kuruculuk” ifadesini kullanmıştır.

²⁷⁹ Bkz. Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 22.

²⁸⁰ Kapani, Politika, s. 74.

²⁸¹ Kubalı, Dersleri, s. 100.

²⁸² Süheyl Batum, “Anayasalar nasıl yazılır, nasıl değiştirilir?”, İbrahim Ö. Kaboğlu (Ed.), **Türkiye’nin Anayasa Gündemi**, Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği, İstanbul: İletişim Yayınları, 2018, (Anayasalar), s. 45.

²⁸³ Ali Şafak Balı, **Hukuk Politikası**, Ankara: Astana Yayınları, 2016, s. 222.

²⁸⁴ Erdoğan, Hukukuna Giriş, s. 151-152.

kuruculuk yetkisine sahip asli ve birinci derecede bir organdır. Bu itibarla asli kurucu organa nazaran tali, Devletin diğer organlarına nazaran ise asli bir hukuki statüye sahiptir.”²⁸⁵

Kurucu iktidar başlığı altında da detaylıca değindiğimiz üzere, kuruculuk iki temel fonksiyondan oluşmaktadır. Bunlardan biri yeni bir anayasa yapma iken diğeri anayasayı değiştirme işlevidir.²⁸⁶ Bu işlevlerden birine sahip olan bir iktidarın, kurulmuş bir iktidar olduğunu söylemek kanaatimizce mümkün değildir. Zira bu işlevler kuruculuk fonksiyonunu içinde barındırmakta olup kurucu iktidara ait olan işlevlerdir. Dolayısıyla kanaatimize göre türev kurucu iktidar, isminden de anlaşılacağı üzere kurucu bir iktidar olup bu kuruculuk çerçevesinde anayasayı değiştirme yetkisine sahiptir.

Ancak burada hemen Tanilli’nin ayırımına da değinmek gerekmektedir. O, türev kurucu iktidarı maddi ve şekli yönden ikiye ayırmıştır. Türev kurucu iktidarın yapmış olduğu faaliyet bakımından kurucu bir işleve sahip olduğunu söyleyen Tanilli, bu yönüyle, diğeri bir ifadeyle maddi anlamda bu iktidarın kurucu bir iktidar olduğunu ileri sürmüştür. Ancak buna karşın bu iktidar kuruculuk faaliyetini gerçekleştirirken yetkilerini belirli bir usul çerçevesinde kullanabileceğinden, biçimsel anlamda bu iktidarın bir kurulmuş iktidar olduğunu belirtmiştir.²⁸⁷ Bu yönüyle türev kurucu iktidarın çift nitelikli bir yapısı olduğunu söylemek, kanaatimizce yanlış olmayacaktır.

Nitekim tüm bu tanımlamalardan yola çıkarak asli kurucu iktidar ile türev kurucu iktidar arasındaki temel farklılıklar sıralandığında; kanaatimizce bunlardan ilki elbette asli kurucu iktidarın yeni bir anayasayı yapmak için ortaya çıkan bir organ olmasına karşın türev kurucu iktidarın anayasanın yapılmasından itibaren anayasada halihazırda mevcut olan bir organ olmasıdır. Bununla birlikte ikinci olarak, asli kurucu organ hiçbir metne veya hiçbir kurala bağlı olmazken türev kurucu iktidarın mevcut anayasaya bağlı oluşudur.

Asli kurucu iktidar ile türev kurucu iktidar arasında herhangi bir hiyerarşinin olup olmadığı ise oldukça tartışmalı bir husustur. Kimilerine göre asli kurucu iktidarın hiçbir kurala dayanmaması, iki kurucu iktidar bakımından bir hiyerarşik farka neden olmaktadır. Kimlerine göre ise böyle bir hiyerarşinin varlığından söz edilemez. Zira her ne kadar türev kurucu iktidar, mevcut anayasaya dayansa da asli kurucu iktidarın türev kurucu iktidar karşısındaki bu üstünlüğü geçici niteliktedir.²⁸⁸

Örneğin Gören, bu iki iktidar arasında bir hiyerarşinin var olduğunu ve bunun kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Ona göre anayasa koyma ve değiştirme, tamamen birbirinden farklı iki eylemdir. Anayasa koyucu, türev kurucu iktidarın sınırlarını belirlemekte olup bu durum, bu erki

²⁸⁵ Kubalı, Dersleri, s. 101.

²⁸⁶ Kapani, Politika, s. 72-74.

²⁸⁷ Server Tanilli, **Devlet ve Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş)**, İstanbul: Adam Yayınları, 2000, s. 124.

²⁸⁸ Sezer, s. 48.

hiyerarşik olarak daha üstün bir konuma getirmektedir. Son olarak Gören, sonsuzluk kaydına yer veren anayasaların, bu hiyerarşik farklılığı zımnen kabul ettiğini de ileri sürmüştür.²⁸⁹

Anayasa asli kurucu iktidar tarafından yapılsa da ve hatta türev kurucu iktidar, asli kurucu iktidarın iradesini taşıyan anayasayla sınırlandırılabilir de mutlak anlamdaki üstünlüğün anayasada olduğu kesindir. Bu minvalde anayasa yapılana kadar asli kurucu iktidarın üstün bir konumda olduğu düşünülebilir de bu üstünlük, anayasanın varlığı ile birlikte artık anayasaya geçecektir. Böylece anayasayı yapan asli kurucu iktidar ile anayasaya dayanan türev kurucu iktidar arasında herhangi bir üstünlük iddiası kalmayacaktır.²⁹⁰ Ancak bu düşünce, asli kurucu iktidarın sürekli bir iktidar olduğunu savunanlar²⁹¹ bakımından elbette geçerli olmayacaktır.

Türev kurucu iktidarın, anayasanın tümünü değiştirerek asli kurucu iktidara dönüşüp dönüşmeyeceği de düşünülmüştür. Bazı görüşlere göre türev kurucu iktidar, anayasayı değiştirme iktidarı olup bu yönüyle hiçbir zaman bu iktidar asli kurucu iktidar olmayacaktır.²⁹² Türev kurucu iktidar, bir anayasadaki bütün maddeleri değiştirse dahi söz konusu anayasa mevcut anayasanın devamı niteliğinde olacağından ve bu değişiklikler mevcut anayasaya uygun şekilde yapıldığından, buradaki iktidar türev kurucu iktidar olup buradaki yetki de türev kurucu iktidar yetkisi olacaktır.²⁹³

Ancak belirtmek gerekir ki kanaatimizce bu düşünce, asli kurucu iktidarın hukuk dışı bir iktidar olduğu ve anayasa yapma faaliyetinde, hiçbir hukuk kuralına dayanmadığı kabulüne dayanmaktadır. Oysa öğretilerde bunun aksini kabul edenler de vardır.²⁹⁴ Aksi görüşte olanlar için asli kurucu iktidarın, anayasa yapma eylemini herhangi bir anayasaya dayanarak yapmaması, hukuk düzeninin olmadığı anlamına gelmeyecektir.²⁹⁵ Zira bu görüşe göre, her ne kadar hukuk kuralları ortadan kalkabilse de hukuk daimidir.²⁹⁶

2. 2. Türev Kurucu İktidar Yetkisinin Sahibi ve Hukuki Niteliği

Önceki konularda tartışmalı olduğuna değindiğimiz üzere bazı düşünürler²⁹⁷, asli kurucu iktidarın hukuk dışı bir iktidar olduğunu söylemekte olup bu iktidarın sahibinin kim olduğu sorusunun da buna paralel olarak hukuk dışı bir soru olduğunu iddia etmektedir. Nitekim bu minvalde, asli kurucu iktidarın sahibinin önceden belirlenmesinin pek de mümkün olmayacağı da

²⁸⁹ Gören, Anayasa Koyan Erk, s. 6-9.

²⁹⁰ Sezer, s. 48.

²⁹¹ Bkz. Sieyès, s. 73-74; Schmitt, Constitutional, s. 125-126.

²⁹² Gözler, "TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?", s. 51.

²⁹³ Bkz. Gözler, "TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?", s. 51; Anayurt, Genel Kısım, s. 200.

²⁹⁴ Bkz. Erdoğan, Hukukuna Giriş, s. 148.; Aydın, s. 338 vd.; Bakır Çağlar, **Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı**, 1. Baskı, İstanbul: Kardeşler Matbaası, 1989, s. 84-85.

²⁹⁵ Erdoğan, Hukukuna Giriş, s. 148.

²⁹⁶ Anayurt, Genel Kısım, s. 163.

²⁹⁷ Bkz. Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 13. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2021, (Anayasa Hukukunun), s. 104; Batum, Anayasalar, s. 44.

ileri sürülmüştür.²⁹⁸ Kanaatimizce bu düşünceye göre ne zaman ve ne şekilde gerçekleşeceği belirsiz olan ve hukuk dışı bir ortamda beliren asli kuruculuk yetkisinin kim tarafından kullanılacağı da henüz ortaya çıkıp çıkmayacağı bile belirsiz olan hukuk dışı ortamın ortaya çıkması halinde belli olabilecektir.

Asli kurucu iktidarın aksine türev kurucu iktidarın niteliğinin ne olduğu hususunda öğretide neredeyse fikir birliği bulunmaktadır.²⁹⁹ Zira çoğu düşünür³⁰⁰, türev kurucu iktidarın hukuki bir niteliğe sahip olduğunu düşünmektedir.³⁰¹ Nitekim buna paralel olarak birçok düşünür tarafından, türev kurucu iktidarın kim olduğu hususu da hukuki bir sorun olarak kabul edilmiştir.³⁰² Ancak aksini düşünenler de vardır. Zira bu görüşte olanlara göre, anayasa değiştirme eylemi de tıpkı anayasa yapma gibi asli kurucu iktidarın yetkisinde olup bu yetkinin kime ait olduğunun önceden anayasa tarafından belirlenmesi mümkün değildir.³⁰³

Anayasanın nasıl değiştirileceği gibi bu değişikliğin kim tarafından yapılacağı, yani değiştirme yetkisinin kime verileceği, genellikle yine mevcut anayasa tarafından belirlenmektedir. Mevcut anayasa çerçevesinde bu yetki, normal bir yasama organına verilebileceği gibi farklı organ veya organlara da verilebilmektedir. Her anayasal sistem, kendisine uygun olarak bu yetkiyi istediği bir organa verebilmektedir. Ancak belirtmek gerekmektedir ki, her ne kadar bu noktada hukuki olarak anayasaların özgür olduğunu söylesek de görünmez bir sınırın varlığından söz edilebilecektir.³⁰⁴

Bu sınırın ne olduğuna gelecek olursak elbette bu sınır, türev kuruculuk yetkisinin mevcut hukuk sistemi ile uyumlu bir organa verilmesidir. Zira aksi halde hukuki bir tutarsızlığın varlığından söz edilebilecektir.³⁰⁵ Diğer bir ifadeyle anayasayı değiştirme yetkisi, yani türev kurucu iktidar yetkisi, anayasada belirlenen ilkeler çerçevesinde ve bu ilkelere uygun olarak bir organa verilmelidir. Örneğin egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu bir anayasal düzende, anayasayı değiştirme yetkisinin herhangi bir organın tek eline bırakılması hukuk mantığına uymayacaktır. Dolayısıyla her ne kadar anayasalar ile türev kurucu organın kim olduğunun özgürce belirlenebileceğinden bahsetsek de bu özgürlüğün sınırı hukuki tutarlılıktır.³⁰⁶

Türev kurucu iktidar yetkisinin kime ait olduğunun, genellikle anayasalar tarafından belirlendiğini söyledik. Bu durumda bu yetkinin kime ait olduğu, anayasayı yapan asli kurucu iktidar tarafından belirlenmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki türev kurucu iktidar, anayasa

²⁹⁸ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 27.

²⁹⁹ Teziç, s. 191.

³⁰⁰ Bkz. Teziç, s. 191; Kubalı, Dersleri, s. 100-101.; Gözler, Anayasa Hukukunun, s. 117; Eroğlu, s. 25-26.

³⁰¹ Gözler, Kurucu İktidar, s. 115.

³⁰² Bkz. Teziç, s. 191., Gözler, Kurucu İktidar, s. 116.

³⁰³ Anayurt, Genel Kısım, s. 202.

³⁰⁴ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 29.

³⁰⁵ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 29.

³⁰⁶ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 29.

tarafından kendisine verilen değiştirme yetkisini kullanırken bu değişikliklerde başkaca kişi veya organlar da etkili olup karar verme yetkisine sahip olabilmektedir.³⁰⁷

Nitekim bu duruma bir örnek olarak 1982 Anayasası verilebilir. 1982 Anayasasında, anayasa değişiklik yetkisi TBMM'ye verilmiştir. Ancak TBMM bu değişiklikleri yaparken parlamentodaki Anayasa Komisyonlarından denetimi bakımından Anayasa Mahkemesine kadar, birtakım organların veya kişilerin de karar verici rolü bulunmaktadır.³⁰⁸

Yapılan açıklamalardan yola çıkara özetle söylemek gerekirse; kanaatimizce türev kurucu iktidar bakımından hem bu iktidarın hukuki niteliği hem de kime ait olduğu hususları, genel kanaate varılmış hususlardır. En azından, asli kurucu iktidar kadar tartışmalı olmadığı görülmektedir. Nitekim neredeyse tüm anayasalar, katı veya esnek olup olmamalarına göre farklılık gösterse de nasıl değiştirileceklerine ilişkin kurallar belirlemektedir.³⁰⁹ Buna paralel olarak bu yetkinin kim tarafından kullanılabileceği de kanaatimizce yine anayasalarca belirlenmektedir.

2. 3. Kurucu İktidarın Gelecek Kuşakları Bağlama Yetkisi

Yazılı anayasaların varlığından bu yana anayasa yapmak, belli kesimlerce gelecek kuşakları bağlamak şeklinde algılanmış olup bu husus doktrinde tartışmalara sebebiyet vermiştir. Her ne kadar en katı anayasalarda bile anayasa değişikliği yapmak mümkün ise de asli kurucu iktidar, anayasadaki bazı hususların değiştirilemeyeceğine ilişkin yasaklar getirerek aslında türev kurucu iktidar bakımından da gelecek kuşakları bağlayabilmektedir.³¹⁰

Aslında bu sorun, geçmiş ile ileri zamanlar karşısında kurucu iktidarın konumu ve bunlarla ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Zira kurucu iktidarlar, bir yandan geçmişteki düzenlemelerle kayıtlı olmayı şiddetle reddederken, diğer yandan gelecek kuşakları sınırlama eğiliminde olurlar. İşte bu durum, kurucu iktidarların ikilemini oluşturmaktadır.³¹¹

Jon Elster kurucu iktidarların neden kendini bağlayacak anayasalar yaptığını, “Ulysses and Sirens” adlı eserinde açıklamaya çalışmıştır. Ona göre kurucu iktidarın anayasa yapmasındaki neden, iki temel tehlikedir. Bunlar; tutkulu halk çoğunluğu ve çıkarıcı temsilcilerdir. Diğer bir ifadeyle, kurucu meclislerin kendilerini bağlayıcı anayasa yapmalarının iki temel nedeni tutku ve menfaatlerdir.³¹²

Elster, iki tehlikeden biri olan tutkulu halk çoğunluğunu açıklarken Madison'ın alıntısına yer vererek çoğunluğun ortak bir çıkar veya tutku ile birleştiği her durumda, azınlığın haklarının

³⁰⁷ Sezer, s. 43.

³⁰⁸ Sezer, s. 43.

³⁰⁹ Ergun Özbudun, *Türkiye’de Demokratikleşme Süreci (Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014, s. 20.

³¹⁰ Gülsoy, s. 8-10.

³¹¹ Salih Akkanat, “Kurucu İktidara Dayalı Bir Demokrasinin İmkânı: Siyasal Bir Yaklaşım”, *Amme İdaresi Dergisi*, 48(2), 2015, s. 6.

³¹² Jon Elster, *Ulysses Unbound*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, s. 130.

tehlikede olduğunu söylemiştir. Ona göre bir toplumda yoksullar veya mülksüzler çoğunluğu oluşturuyorsa, bu onları mülkiyet haklarına aykırı yasalar yapmaya sevk edebilecektir. Nitekim Elster, bunu engellemenin yolunun güçlü bir şekilde korunan anayasal kısıtlamalar olduğunu ileri sürmüştür.³¹³

Buradan yola çıkarak söylenebilir ki Elster, bu tehlikeye çözüm olarak katı bir anayasanın yapılması gerektiğinin düşünüldüğünden bahsetmiştir. Zira ona göre belirli bir dönem parlamentoda çoğunluğa hâkim olanların, kalıcı olmayan bir şekilde ve dönemsel arzularıyla hareket etmeleri engellenmesi gereken bir faktördür.³¹⁴Bu nedenle Elster’a göre 18. yy kurucularınca, anayasa yapılırken tutkunun mantıksız ve yıkıcı gücü olabildiğince ortadan kaldırılmalıydı.³¹⁵Nitekim bu sebeplerle o, kurucu iktidarın kendini ve gelecek kuşakları bağladığını düşünmüştür. Benzer düşüncelerle Edmund Burke, 1688 İngiliz Parlamentosunun yasal olarak, gelecek kuşakları zamanın sonuna kadar bağladığını ileri sürmüştür.³¹⁶

Elster, kurucu iktidarın kendini ve gelecek kuşakları niçin bağladığını açıklamışsa da geçmişten günümüze bu düşüncelerin aksine kurucu iktidarın böyle bir hakkı olmadığını savunan birçok teorisyen de bulunmaktadır.³¹⁷ Bir yanda her ne kadar kurucu iktidarın anayasa ile gelecek kuşakları bağladığı düşüncesi var olsa da diğer yanda bu anayasal ön taahhüde karşı, hiçbir babanın oğullarını bağlayamayacağı ilkesi ileri sürülmüştür. Kurucu iktidarın gelecek kuşakları bağlama yetkisine karşı ileri sürülen bu ilke, aslında Locke tarafından dile getirilen temel bir kurala dayanmaktadır. Ona göre bir kişi, kendi vaatlerinin yükümlülüğü altındadır. Ancak hiçbir sözleşme, bu kişinin çocuklarını ve gelecek nesillerini bağlayamayacaktır.³¹⁸

Locke tarafından ileri sürülen bu ilkeden etkilenen birçok düşünür, kurucu iktidarın gelecek kuşakları bağlamasına karşı çıkmıştır.³¹⁹ ABD Yüksek Mahkemesi Yargıcı James Wilson, bu düşünürlerden biri olmuştur. Anayasanın halkın otoritesinin ürünü olduğunu söyleyen Wilson, bu yönüyle anayasayı halkın elinde olan çömlekçinin elindeki kile benzetmiştir. Nasıl ki çömlekçi bu kili istediği gibi şekillendirebilirse halk da anayasayı dilediği gibi şekillendirip geliştirebilecektir. Dolayısıyla ona göre anayasayı dilediği gibi şekillendirme hakkına sahip olan halkın, anayasayı değiştirme hakkının var olduğu da şüphesizdir.³²⁰

³¹³ Elster, s. 129.

³¹⁴ Özbudun, Anayasalcılık, s. 37.

³¹⁵ Elster, s. 132.

³¹⁶ Stephen Holmes, “Precommitment and The Paradox of Democracy”, Jon Elster ve Rune Slagstad (Ed.), **Constitutionalism and Democracy**, Cambridge: Cambridge University Press, 1988, s. 200

³¹⁷ Özbudun, Anayasalcılık, s. 38.

³¹⁸ Holmes, s. 199.

³¹⁹ Holmes, s. 199-205.

³²⁰ James Wilson, **Lectures on Law in 1 The Works of James Wilson**, James DeWitt Andrews (Ed.), 1896, s. 375’den Aktaran: Richard S. Kay, “Kurucu Otorite”, Ozan Ergül (Ed.), **Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2011, s. 52.

Bu konudaki en önemli isimlerden biri de Thomas Paine'dir.³²¹ Paine, kurucu iktidarın gelecek kuşakları bağlamaya hakkı olmadığını, her çağ ve neslin kendisinden önceki çağ ve nesiller kadar kendi adına hareket etme özgürlüğüne sahip olduğunu söyleyerek açıkça ifade etmiştir. Ona göre mezarın ötesine hükmetmek oldukça saçmadır.³²²

Parlamentonun veya herhangi bir dönem halkının, bir başka döneme ait olan insanları bağlama ya da onların tercihlerini ihlal etme hakkı olmadığını söyleyen Paine; insanın insanda hiçbir mülkü olmadığını, sonraki nesiller içinde hiçbir neslin bir mülkiyeti olmadığını söylemiştir. Ona göre ölümlerin hiçbir hükmü olmayıp olayların gerekliliğine bağlı olarak her nesil, bizzat kendisi gerekliliklere uygun bir şekilde yetkili olmalıdır. Nitekim o, bu husustaki düşüncelerini; yaşayanların haklarının, ölümlerin yazılı otoritesi ile alıkonulmasına karşı savaştığını söyleyerek oldukça açık bir şekilde dile getirmiştir.³²³

Paine, yukarıda değinmiş olduğumuz Burke'ün 1688 İngiliz Parlamentosunun gelecek nesilleri sonsuza dek bağladığı şeklindeki düşüncesine de şiddetle karşı çıkmıştır. Burke'ün bu söylemini Paine şu cümlelerle eleştirmiştir:

“Her ülkenin yasaları bazı ortak ilkelere benzemelidir. İngiltere'de hiçbir ebeveyn ya da usta ya da kendi deyimiyle her şeye gücü yeten parlamentonun tüm otoritesi, yirmi bir yaşından büyük bir bireyin kişisel özgürlüğünü bağlayamaz ya da ihlal edemez. Öyleyse, 1688 parlamentosu veya başka bir parlamento, hangi hak temelinde tüm gelecek kuşakları sonsuza kadar bağlayabilir?”³²⁴

Kurucu iktidarın gelecek kuşakları bağlama düşüncesini şiddetle reddeden diğer bir düşünür Thomas Jefferson'dır. Jefferson, bir neslin diğer bir nesli bağlama hakkı olup olmadığı sorusunu ele almış ve cevabının kocaman bir hayırdan ibaret olduğunu savunmuştur. O da tıpkı Paine gibi dünyanın ölümlere değil yaşayanlara ait olduğunu söyleyerek gelecek kuşakları bağlama düşüncesini şiddetle reddetmiştir.³²⁵ Nitekim Jefferson'ın bu teorisi, kuşaklar teorisi olarak adlandırılmakta olup ona göre dünyadaki tüm lütuflar yaşayanlar içindir.³²⁶

Jefferson hiçbir toplumun kalıcı bir anayasa yapamayacağını ileri sürmüştür. Hatta ona göre hiçbir toplum, kalıcı bir yasa dahi yapamayacaktır. Zira anayasalar ve hatta kanunlar, onları ortaya çıkaran ve var eden gücün ortadan kalkmasıyla birlikte tabii olarak sona erecektir. Nitekim o bu düşüncelerini, “*anayasa yapıcılarının fiziksel ölümü, anayasanın ruhsal ölümünü gerektirir*” diyerek çok güzel bir şekilde özetlemiştir.³²⁷ Jefferson, bu düşüncesini şu şekilde açıklamıştır:

³²¹ Özbudun, Anayasalcılık, s. 38.

³²² Thomas Paine, **Rights of Man, Common Sense and Other Political Writings**, Mark Philp (Ed.), Oxford University Press, 1995, s. 91-92.

³²³ Paine, s. 92.

³²⁴ Paine, s. 92.

³²⁵ Holmes, s. 202.

³²⁶ San, s. 55.

³²⁷ Holmes, s. 203-204.

“İnsan zihni gelişip aydınlandıkça, yeni buluşlar yapıldıkça, yeni gerçekler öğrenildikçe ve davranışlarla görüşler koşulların değişmesiyle birlikte değiştikçe, kurumlar da ilerlemeli ve zamana uydurulmalıdır...Bir kuşak çoğunluğu sağ kaldıkça kendini bağlayabilir, bu kaybolunca onun yerini alan başka bir çoğunluk öncekilerin bir zamanlar taşıdıkları bütün hak ve yetkileri eline alır ve yasalarla kurumları kendisine uyacak biçimde değiştirebilir. Öyleyse, insanın doğal ve devredilemez haklarından başka hiçbir şey değiştirilemez değildir.”³²⁸

Tüm bu düşünürlerin yanı sıra George Washington, 1787 yılında yeğeni Bushrod Washington’a yazdığı mektupta anayasa değişikliğinden bahsederek kurucu iktidarın gelecek kuşakları bağlama yetkisinin olmadığı hususunu açık bir şekilde ifade etmiştir. George Washington, kurucu iktidarın gelecek kuşakları bağlama yetkisi olmamasının gerekçesini ise, *“Bizden sonra geleceklerden daha fazla ilham dolu, daha bilgi veya daha erdemli olduğumuzu düşünmüyorum.”* şeklinde açıklamıştır.³²⁹

Yukarıda değindiğimiz üzere kanaatimizce kurucu iktidarın kendini ve gelecek kuşakları bağlamasının en temel yolu katı bir anayasa yapmasıdır. Bununla beraber çalışmamızın devamında değineceğimiz üzere, katı anayasaya yapmanın bir yöntemi olarak mutlak değişmezlik kurallarının bir anayasada yer alması da yine gelecek kuşakları bağlamak anlamına gelecektir. Ancak yukarıda farklı iki görüş ve bu iki görüşü savunanlar arasındaki tartışmalardan yola çıkarak söylenebilir ki; modern demokrasilerde adeta orta yolda bir uzlaş söz konusudur. Yani her ne kadar anayasaların değiştirilmesi normal kanunlardan zor bir hale getirilmiş ve katı anayasalar benimsenmişse de bu anayasaların tamamıyla değiştirilemez olduğu da kabul edilmemiştir.³³⁰

Aksinin zaten mümkün olamayacağı kanaatindeyiz. Zira bir anayasanın ancak anlaşıldığı ve desteklendiği ölçüde var olabileceğini düşünmekteyiz. Anayasanın anlaşılması ise kanımızca ancak mevcut toplumun ihtiyaçlarına göre değişmesi ve yine o toplumdan beslenmesi ile mümkündür. Düşünün ki geçmişten bugüne toplumsal anlamda çokça köklü değişiklik meydana gelmiştir. Öyle ki geçmiş mektupları bile bugünün çocukları artık anlayamaz durumda. Böyle dinamik bir toplum içerisinde geçmiş kurucu iktidarın iradesinin bugün anlaşılması, anlaşılıp desteklenmesi ne kadar mümkün olacaktır? Kanaatimizce mümkün olmayacaktır. Çünkü toplum tarafından anlaşılabilen bir anayasa, ancak yine o toplumun içinden çıkmalıdır.

Anayasanın desteklenmesi ise kanaatimizce anlaşılması ve kalplere dokunmasıyla mümkün olacaktır. Aksi halde o anayasanın teknik olarak ortadan kalkacağını söylemek çok da yanlış sayılmayacaktır. Çünkü bir anayasanın ruhunu alırsak geriye hiçbir şey kalmayacaktır. Dolayısıyla kanımızca kurucu iktidar tarafından, gelecek kuşakların kayıtlanması ve bağlanması suretiyle yapılan ancak yaşadığı toplumdan çıkmayan, onlar tarafından anlaşılmayan ve yüreklere yerleşmeyen bir anayasa, hemen sönecek bir balondan farklı olmayacaktır.

³²⁸ Thomas Jefferson, **Thomas Jefferson’dan Seçme Parçalar** (Çev. Mete Tunçay), İstanbul: Türk Siyasi İlimler Derneği Yayınevi, 1961, s. 17.

³²⁹ George Washington, **Letter of George Washington to Bushrod Washington**, 9 Kasım 1787, <https://founders.archives.gov/GEWN-04-05-02-0388>, 20 Aralık 2021.

³³⁰ Özbudun, *Anayasalcılık*, s. 38.

2. 4. Katı Anayasalar

Kurucu iktidar tarafından gelecek kuşakların bağlaması konusunda belirttiğimiz gibi kurucu iktidarın bunu yapmasının en temel yolu katı bir anayasa yapmasıdır. Zira katı bir anayasa ile hedeflenen amaç, anayasanın siyasi durumlara ve şartlara göre kolayca değiştirilememesidir.³³¹ Her ne kadar kurucu iktidarın gelecek kuşakları bağlaması birçok düşünür tarafından kabul edilemez bir husus olsa da kanaatimizce siyasi iktidarın sınırlandırılması bakımından, katı bir anayasanın varlığı oldukça önemlidir.

Siyasi iktidarın sınırlandırılması bakımında, bir anayasanın yazılı veya yazısız olmasından ziyade bu anayasanın katı bir anayasa olup olmaması büyük bir önem taşımaktadır. Yazılı bir anayasaya sahip olan ülkelerin çoğunluğunda ise katı bir anayasanın varlığından bahsedilebilir.³³² Ancak belirtmek gerekir ki; her ne kadar iktidarın sınırlandırılması için katı bir anayasanın varlığının oldukça önemli olduğundan bahsetsek de bundan daha da önemlisi, kanunların anayasaya uygun olup olmayacağını denetleyecek bir organın bulunmasıdır.³³³

Bir anayasanın katı bir niteliğe sahip olması, bu anayasanın değiştiriliş yöntemiyle ilgilidir. Katı anayasalar; değiştirilebilmeleri için özel bir yöntem veya yöntemler belirlenmiş olan anayasalardır. Bu bakımdan bu tür anayasalarda, değişiklik ancak özel bir usulle ve yetkilendirilmiş bir organ tarafından yapılabilmektedir.³³⁴ Bununla birlikte katı anayasaların benimsedikleri usullere göre, katılık derecelerinin çok çeşitli olduğu söylenebilir.³³⁵

Diğer bir ifadeyle bazı katı anayasalar, yine katı olan diğer bazı anayasalara göre değişiklik için daha zor bir usul benimsemiş olabilir. Bu durumda, her ne kadar iki katı anayasanın varlığından bahsetsek de bu anayasaların katılığı bakımından bir sınıflandırma yapılabilmektedir. Zira bazı anayasa koyucular, anayasanın katı niteliğinin daha da artması amacıyla değişiklik için, şekil ve usul sınırlandırılmalarının yanı sıra süre veya içerik bakımından da birtakım değişiklik sınırlamaları düzenlemiş olabilmektedir.³³⁶

Bu minvalde sıradan kanunlara nazaran daha zor ve farklı bir şekilde değiştirilebilen katı anayasaların bu niteliğinin sağlanması için çok farklı değişiklik usulleri benimsenmiş olabilmektedir. Nitekim bazı katı anayasalar bakımından anayasa değişikliği, ancak kurucu meclisler tarafından yapılabilmekteyken bazıları için değişiklik, ancak belirli bir zaman geçtikten sonra mümkün olabilmektedir. Bu yöntemlerin yanı sıra anayasada değiştirilemez maddeler olması, değişikliklerin nitelikli bir çoğunlukta yapılması veya zorunlu olarak halkoyuna sunulması, değişiklik önerilerinin ancak özel olarak belirlenmiş organlarca verilebilmesi gibi birçok farklı

³³¹ Kaboğlu, Anayasa, s. 11.

³³² Kubalı, Dersleri, s. 95.

³³³ Özbudun, Anayasalcılık, s. 44.

³³⁴ Tarık Zafer Tunaya, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, 1981, s. 116.

³³⁵ Özbudun, Anayasalcılık, s. 44

³³⁶ Teziç, s. 192.

usul, katı anayasalar için söz konusu olabilmektedir.³³⁷ Sonuç olarak bir anayasanın katı nitelikte olabilmesi için bu usullerden biri veya birkaçı benimsenmiş olabilmektedir.³³⁸

Daha önceden de belirttiğimiz üzere anayasalar hakkındaki katı anayasa-yumuşak anayasa ayrımı, James Bryce tarafından ileri sürülmüştür.³³⁹ Bryce'ın bu ayrımının kökeninde ise yazısız anayasa- yazılı anayasa ayrımı yatmaktadır. Diğer bir deyişle bu ayrıma göre; yazısız anayasalar yumuşak anayasalar olarak nitelendirilirken, yazılı anayasalar katı anayasalar ile eşdeğer kabul edilmektedir. Ancak söylemek gerekir ki bugün yazısız anayasalar yerini neredeyse tamamıyla yazılı anayasalara bıraktığı için, yani artık yazısız anayasalar yok denecek kadar az sayıda kaldığı için, yumuşak anayasa-katı anayasa ayrımı anayasa teorisi bakımından eski önemini kaybetmiştir.³⁴⁰

Türk Anayasalarına bakıldığında, katı anayasalara verilecek en iyi örneklerden biri 1982 Anayasasıdır. 1982 Anayasasının, 1961 Anayasasına göre çok daha katı bir anayasa olduğu söylenebilmektedir. Zira bu anayasadaki değiştirilemez hükümler, 1961 Anayasasına göre daha fazladır. Ayrıca 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının anayasa değişikliğini geri gönderme veya halka sunma gibi birtakım yetkileri bulunmaktadır.³⁴¹

2. 5. Anayasa Değişikliği ve Önemi

Elbette her anayasa için süreklilik esastır. Zira sürekliliğe dayanmayan bir anayasa, alelade bir yasa gibi olacaktır ki bu kabul edilemez bir durumdur. Ancak bu süreklilik amacıyla birlikte anayasalar, değişen şartlara da uyum sağlamalıdır. Bu sebeptendir ki anayasalar, esneklik ile sabitlik arasındaki dengeyi içinde barındırmalıdır. Dolayısıyla süreklilik amacı taşıyalar bile anayasalar, nasıl değiştirileceklerini ve buna ilişkin sınırları, yine bizzat kendisi düzenlemektedir. Nitekim hemen hemen bütün anayasalar, nasıl değiştirileceklerine dair hükümleri kendi içinde bulundurmaktadır.³⁴²

2. 5. 1. Anayasa Değişikliği Kavramı

Bazı hukukçular bakımından anayasa değişikliği kavramı, sıradan kanunları değiştirme kavramı ile eş değerdir. Anayasayı değiştirmenin sıradan kanunları değiştirmenin farklı bir türü olduğunu kabul eden bu yazarlara göre, anayasadaki maddeleri değiştirmek ile sıradan yasaları

³³⁷ San, s.34.

³³⁸ Kubalı, Dersleri, s.95.

³³⁹ Atay, Anayasa Kavramının, s. 236.

³⁴⁰ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s.176-177.

³⁴¹ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayıncılık, 2020, s. 139.

³⁴² Sigrig Boysen, "Anayasanın Değiştirilmesi", Ozan Ergül (Ed.), **Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim, Uluslararası Sempozyum**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2011, s.177.

değiştirmek arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.³⁴³ Nitekim bu düşünürlerden biri olan Jeselsohn anayasa değişikliğini, “*anayasa metnindeki değişiklik ile ilgili usullere göre çıkarılan yasalar yoluyla biçimsel anayasanın hükümlerine başka hukuksal anlamlar kazandırılması*” şeklinde ifade etmiştir.³⁴⁴

Anayasa değişikliği kavramı, anayasada yer alan değişiklik usullerine uygun olarak anayasal normları değiştirmeyi ifade etmektedir.³⁴⁵ Bu yönüyle anayasa değişikliği, kanaatimizce anayasa değiştirme iktidarı olan türev kurucu iktidarın faaliyete geçmesini ifade etmektedir. Bazı yazarlar, anayasa değişikliği kavramı yerine revizyon veya gözden geçirme kavramlarını kullanmaktadır.³⁴⁶ Ancak bazıları ise bu iki kavramın tamamen birbirinden farklı anlamlara geldiğini ileri sürmüştür.³⁴⁷

Revizyon ile anayasa değişikliği kavramları arasında farklılık olduğunu ileri süren görüşe göre anayasa değişikliği, yukarıda da belirtildiği gibi bir normun yerine yenisinin koyulmasıyken anayasanın revizyonu, anayasanın kapsamlı olarak gözden geçirilmesidir. Gözden geçirmedeki bu kapsamlılık, niceliksel olabileceği gibi niteliksel de olabilmektedir. Diğer bir ifadeyle bazen anayasanın birçok maddesinde değişiklik yapılarak niceliksel bir anayasal revizyon yapılabilirken bazen oldukça köklü anayasa değişiklikleri yapılarak niteliksel anlamda bir anayasal revizyon yapılabilir.³⁴⁸

Ancak belirtmek gerekir ki anayasa revizyonu ile değişikliği kavramları arasında farklılık olduğunu savunan veya reddeden her iki görüş bakımından da temel esas, revizyonun da değişikliğin de anayasaya uygun olarak yapılması gerekliliğidir. Aksi durumda yapılan işlem ne bir anayasa değişikliği ne de bir anayasa revizyonu olacaktır.³⁴⁹ Ayrıca her ikisinin de türev kurucu iktidarın eylemi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

2. 5. 2. Anayasa Değişikliğinin Gerekliliği

Anayasalar neden değiştirilmelidir sorusunu cevaplamadan önce, anayasa kavramının tanımına odaklanmak gerektiğini düşünmekteyiz. Zira konu başlığımızın cevabı, bu tanımlarda gizlidir. Daha evvel anayasa kavramı başlığı altında, anayasaya ilişkin pek çok tanımdan bahsetmiştik. Bu tanımlamalardan biri olan ve modern anlamda ilk anayasa tanımını yapan Emmerich de VATTEL, anayasayı şu şekilde tanımlamıştır:

³⁴³ San, s. 51.

³⁴⁴ Sigmund Jeselsohn, **Begriff, Arten und Grenzen der Verfassungsänderung**, Heidelberg, 1929, s. 15-16’dan Aktaran: San, s. 51.

³⁴⁵ Atay, Anayasa Kavramının, s. 536.

³⁴⁶ Bkz. Kaboğlu, Anayasa, s. 29.; Can, Kurucu, s. 34.

³⁴⁷ Bkz. Sezer, s. 53.

³⁴⁸ Sezer, s. 53.

³⁴⁹ Sezer, s. 53.

“Anayasa, kamu gücünün nasıl kullanılması gerektiğini belirleyen temel sistemdir. Ulusun bir siyasal varlık olarak nasıl hareket edeceğini, ulusun nasıl ve kimler tarafından yönetileceğini gösterir ve yönetilenlerin hak ve yükümlülüklerini belirtir. Temelde anayasa, bir siyasal toplum olarak amaçlarını ve çıkarlarını gerçekleştirirken ulusun, sınırları içinde hareket etmeyi taahhüt ettiği bir çerçeveden başka bir şey değildir.”³⁵⁰

Bu tanımlama derinlemesine tahlil edildiğinde, anayasanın o dönemdeki toplumsal gerçeklikle son derece bağlı olduğu anlaşılmaktadır. Bu bakımdan bir anayasanın değişiminin en temel gerekçesi, toplumsal realitedir.³⁵¹ Toplum sürekli değişen, dinamik bir özelliğe sahipken o toplumun anayasasının sabit kalması pek tabii düşünölemeyecektir. Zira anayasaların birçok maddesi, yapıldığı dönemdeki toplumun ihtiyaçlarına cevap vermektedir.³⁵²

Bu bakımdan kuşaklar sonrasının değişen şartlarına ve ihtiyaçlarına göre hazırlanmış bir anayasanın pek mümkün olmayacağı kanaatindeyiz. Öyle ki II. Dünya Savaşından sonra, kusursuz oldukları ileri sürölerek hazırlanan anayasalar bile toplumun değişen şartlarına ayak uyduramamıştır. Dolayısıyla tüm mükemmellik iddialarına rağmen diğer tüm anayasalar gibi bu anayasalar için de değişiklik ihtiyacı doğmuştur.³⁵³ Zira kanaatimizce dinamik bir toplum, sabit kurallarla ancak belli bir süreye kadar yönetilebilecektir.

Kavramsal olarak bir anayasa, değiştirilebilmeyi de içinde barındırmaktadır. Zira gerek hukuki bakımdan gerekse siyasi bakımdan anayasa kavramı değiştirilebilir niteliktedir. Hukuki açıdan bakıldığında bir kanun olan anayasa, diğer kanunlar gibi toplum ihtiyaçlarının farklılaşmasıyla değişebilmelidir. Siyasi bakımdan ise bir anayasa; devletin örgütlenmesini düzenlediği için gerek siyasi olarak gerekse sosyolojik olarak mevcut toplumu yansıttığı için ve kişi hak ve özgürlüklerini düzenlediği için değiştirilemez olması söz konusu değildir.³⁵⁴ Zira bu kadar dinamik verilere bağlı olan ve kişi hak ve özgürlükleri gibi asla aynı kalmayacak hususları düzenleyen bir anayasanın, tüm bu değişim karşısında sabit kalması kanımızca hukuk mantığına aykırı olacaktır.

Diğer yandan anayasaların, meydana geldikleri zamana ait birtakım sosyal, siyasal ve ekonomik seçimlerin bir yansıması olduğu düşünölürse, zamanın değişmesiyle birlikte değişen sosyal, siyasal ve ekonomik gereksinimlere göre anayasaların da değiştirilmeleri gerektiği düşünölülebilir. Buna bir örnek olarak 1814 Norveç Anayasası verilebilir. Zira bu anayasa, değişen koşullara ayak uyduramayınca, anayasada oldukça fazla değişiklik yapılmıştır.³⁵⁵ Ülkemize bakacak olursak, 1982 Anayasasının da günümüze kadar çok sayıda değişikliğe uğradığı

³⁵⁰ Stern, s. 46.

³⁵¹ Yavuz Atar, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, 2019, s. 399.

³⁵² Atar, s. 399.

³⁵³ San, s. 54.

³⁵⁴ Teziç, s. 200.

³⁵⁵ Levent Gönenç, “Anayasalar neden yazılır ve neden değiştirilir?”, İbrahim Ö. Kaboğlu (Ed.), **Türkiye’nin Anayasa Gündemi**, İstanbul: İletişim Yayınları, 2018, s. 41.

görülmektedir. Hala günümüzde anayasa değişikliği ihtiyacı ve hatta yeni bir anayasa gereksinimi oldukça tartışılmaktadır.³⁵⁶

Anayasalar bir siyasi sistemin tüm gerçeklerini tanımlamasa bile, dikkatli bakıldığında bir anayasa ile içinde yer aldığı siyasi sistemin altında yatan gerçeklik adeta okunabilmektedir. Anayasaların yer aldığı bu siyasi sistemler ise gerek çevresel faktörler gerek istenmeyen veya beklenmeyen kurumsal etkiler gerekse yasama, yürütme ve yargı organlarının vermiş olduğu kararların kümülatif etkisiyle birlikte değiştirilmeye ihtiyaç duymaktadır.³⁵⁷ Zira kanaatimizce söylenebilir ki anayasaların okunmasıyla anlaşılabilen siyasal sistemler, oldukça değişken ve dinamik bir yapıya sahiptir.

Siyasal sistemdeki bu değişiklikler, elbette bu sistemin bir yansıması olan anayasanın da değiştirilmesi zarureti doğurmaktadır. Bu nedenle anayasalar genelde ya bir rejim değişikliği nedeniyle ya anayasanın çağa uydurulması nedeniyle ya da çok sayıda değişiklik yapılması sonucunda, anayasanın özünün artık net olarak anlaşılamaması nedeniyle değiştirilmektedir.³⁵⁸ Değişen koşullar karşısında anayasa değişikliğinin gereksinimini Aksoy çok güzel ifade etmiştir. Aksoy bu gereksinimi şu şekilde ifade etmiştir:

“Zaten ideal ve zamanı yenebilen bir Anayasa, Dünyada yoktur ve olamaz. Başlangıçta böyle olsa da bu niteliğini sürdüremez. Anayasa şiir kitabı değildir. Toplum yaşamında özellikle Türkiye gibi geri kalmış, bu nedenle hızla değişmesi gereken bir ülkede, Anayasa düzenini yaratan kuralların bazılarıyla, bu hızla değişen ortamın getirdiği yeni sorunlar arasında tam bir uyum sağlanmayabilir. Bunun sonucu, anayasal düzenin de değişmesi olabilecektir. Kısacası Anayasaların ebedî olmaları ne genel olarak Dünyada, ne de özel olarak (geri kalmış bir ülke olan ve ileriye doğru pek çok adımlar atması gereken) Türkiye’de beklenemez.”³⁵⁹

Tüm bu hususların yanı sıra anayasanın değiştirilemeyeceğini savunmak, egemenlik anlayışıyla da taban tabana zıttır. Birinin savunulması diğerrinin reddedilmesini gerektirmektedir. Öyle ki eğer bir millet, anayasasının değiştirilemeyeceğini kabul etmiş ise bu millet, egemenliğinden de vazgeçmiş ve bunu kabul etmiştir.³⁶⁰ Sieyès, ““Üçüncü Sınıf” Nedir?” adlı eserinde, ulus irade beyanının sınırsızlığından ve sonsuzluğundan bahsetmiştir. Ona göre:

“Bir kere, ulus irade beyan etme hakkını ne başkasına devredebilir ne de kendine yasaklayabilir ve beyan ettiği irade ne olursa olsun, çıkarı gerektirdiği anda onu değiştirme hakkını asla yitirmez. İkinci olarak, kendini kime karşı bağlayacak bu ulus? Üyelerini, görevlerini, kendine ait her şeyi, herkesi nasıl zorunluluk altına koyabileceğini tasarlayabiliyorum: ama herhangi bir anlamda kendi kendine birtakım görevler dayatabilir mi?

³⁵⁶ Gönenç, s. 41.

³⁵⁷ Donald S. Lutz, “Toward a Theory of Constitutional Amendment”, Sanford Levinson (Ed.), **American Political Science Review**, 88(2), 1994, s. 357.

³⁵⁸ Lutz, s. 358.

³⁵⁹ Muammer Aksoy, **Devrimci Öğretmenin Kısıymı ve Mücadelesi Cilt: II**, Gündoğan Yayınları, 2000, s. 1194.

³⁶⁰ Julien Laferriere, **Manuel de Droit Constitutionnel**, Domat Montchrestien, Paris, 1947, s.88’den Aktaran: Teziç, s. 200.

Kendi kendisiyle sözleşme yapmak ne demek? İki taraf da aynı iradeyi temsil ettiğine göre, böyle sözde bir yükümlülükten her zaman cayabileceği kolayca görülür.”³⁶¹

“Anayasa Reformları ve Avrupa Anayasası Uluslararası Toplantısı”nda anayasanın işlevinin ne olduğu ile ilgili açıklama yapan Francis Delperee, anayasanın değiştirilmesinin niçin gerektiğini şu şekilde açıklamıştır:

“Anayasa sadece bir doğum belgesi değildir. Anayasa tarih içinde benimsenir. Kamu erklerinin faaliyetlerinin düzenlenmesini, yöneten ve yönetilenlerin statüsünü, güçlerin ve karşı güçlerin ortaya konulmasını ve bu surette bir siyasi toplumun doğuşunu gösterir. Ancak doğum belgesinde yazılı olduğu şekliyle sınırlı kalmaz. Sadece, tarihin bir anını tescil eden bir belge de değildir. Anayasa, sürekli güncel kalması gereken bir normdur. Dün için değil, bugün için ve hatta eğer mümkünse yarın için olmalıdır, anayasa. Anayasal devamlılık, kurumların devamlılığının teminatıdır. Dolayısıyla, amaç, uygulama olmalıdır.”³⁶²

1793 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 28’inci maddesinde de anayasanın değiştirilmesi gerektiği açıkça vurgulanmıştır.³⁶³ Dolayısıyla anayasacılığa inanan herkes, anayasa dışı yollara başvurmak yerine, gerektiğinde anayasasını değiştirebilecektir.³⁶⁴ Buradan yola çıkarak anayasalarda yapılan değişikliklerin, ulusal egemenlik bakımından son derece önemli ve gerekli olduğu söylenebilmektedir.

Anayasanın değiştirilebilmesi ve bu değişiklik ile ilgili formül, bu anayasayı kuran iktidarın anayasa üzerindeki yetkilerini sonraki nesillerle paylaşmasının bir yolu niteliğindedir. Eğer anayasa değişikliği yapma yetkisi olmaksızın halk, yalnızca periyodik seçimlerde oy kullanma ve özgür basın aracılığıyla somut politika alternatiflerine ilişkin tartışmalara katılabiliyorsa, burada demokrasi ile ilgili ciddi bir eksiklik söz konusudur.³⁶⁵ Halkın bu yetkilerine, anayasa değiştirme veya değiştirmeme hakkı da eklenmelidir ki demokrasinin varlığından söz edilebilsin. Bu minvalde siyasi meşruiyetin varlığı, anayasayı değiştirebilme yetkisinin varlığına bağlıdır.³⁶⁶

Bu açıklamalar ışığında söylenebilir ki çoğu anayasal sistem, anayasa değişikliğini açıkladığımız nedenlerden ötürü kabul etmektedir. Ancak her ne kadar anayasa değişikliği genellikle kabul edilse de bu değişikliğin sınırsız olmadığı, birtakım sınırlarının olduğu iddia edilmektedir.³⁶⁷ Bu bakımdan çoğu anayasal sistemde, anayasa değişiklikleri için birtakım sınırlar benimsenmiştir. Bu sınırlar, anayasal sistemlere göre değişiklik göstermekle birlikte oldukça da

³⁶¹ Sieyès, s. 73-74.

³⁶² Francis Delperee, “Avrupa İçin Bir Anayasa Kaleme Alınması”, **Avrupa Reformları ve Avrupa Anayasası Uluslararası Toplantısı**, 2002, s. 82.

³⁶³ Maddeye göre: “Bir halk her zaman anayasasını gözden geçirme, düzeltme ve değiştirme hakkına sahiptir. Bir nesil, gelecek nesilleri kendi kanunlarına tabi kılamaz.”

³⁶⁴ Lutz, s. 357.

³⁶⁵ Stephen Holmes ve Cass R. Sunstein, “The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe”, Sanford Levinson (Ed.), **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**, New Jersey: Princeton University Press, 1995, s. 276-277.

³⁶⁶ Holmes ve Sunstein, s. 276-277.

³⁶⁷ Boysen, s. 183.

çeşitlidir.³⁶⁸ Aşağıda örneklerine yer vereceğimiz üzere kimi anayasalarda değişiklik bakımından zamansal veya içeriksel birtakım sınırlar olabileceği gibi bazı anayasalarda biçimsel sınırlar da söz konusu olabilmektedir.

2. 5. 3. Anayasa Değişikliği Bakımından Çerçeve Anayasaların Önemi

Anayasa değişiklikleri bakımından, bir anayasanın çerçeve bir niteliğe sahip olup olmaması ciddi bir önem taşımaktadır. Zira yukarıda anayasaların zaman içinde neden değiştirilmesi gerektiğinden detaylıca bahsedilmiş olup bu gerekçeler, her konuyu son derece detaylı bir şekilde düzenlemiş olan anayasalar bakımından daha sıklıkla ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla düzenlemelerinde daha ayrıntıcı olan anayasalar, kendilerinin bu niteliğinden kaynaklanarak çok daha fazla değişikliğe ihtiyaç duyacaktır.³⁶⁹

Çerçeve anayasaların, anayasa değişiklik ihtiyacını azaltma bakımından önemini anlatmadan önce çerçeve anayasalar ile düzenleyici anayasalar arasındaki ayrıma değinmek gerekmektedir. Bu minvalde anayasaların çerçeve ve düzenleyici anayasalar olarak ikiye ayrıldığını söylemekle birlikte son derece kısa ve temel kurallardan oluşan anayasalara çerçeve anayasa, bunun tersi olarak uzun ve detaylı kuralları içeren anayasalara ise düzenleyici anayasa denilmektedir.³⁷⁰ Ancak farklı bir yaklaşım olarak Çağlar, bu ayrımı “*hukukla politika inşasını ölçü almak*” şeklinde nitelendirmiştir.³⁷¹

Düzenleyici anayasalara ülkemizin 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası örnek verilebilecektir. Bu anayasalar, bilindiği üzere son derece ayrıntılı ve uzun anayasalardır. Nitekim 1961 Anayasası ile ilgili Mümtaz Soysal, “çalıkuşu anayasası” benzetmesi yaparak bu nitelikteki anayasaları eleştirmiş ve neden anayasanın çerçeve nitelikte olması gerektiğini ifade etmiştir.³⁷² Çerçeve anayasaların en iyi örneği ise 1787 tarihli Amerikan Anayasasıdır.³⁷³

Bu anayasa, bazı küçük değişiklikler dışında 18. yy’dan bu yana varlığını sürdürmektedir. Amerikan anayasasının hala varlığını sürdürmesinin en önemli nedeni ise bu anayasanın adeta bir yol haritası gibi çerçeve nitelikte bir anayasa olmasıdır.³⁷⁴ Ancak 1787 ABD Anayasasına, yapıldığı dönemden başlayarak günümüze kadar birçok eklemeler yapıldığı göz önünde

³⁶⁸ Anayurt, Genel Kısım, s. 210-211.

³⁶⁹ Sezer, s. 94.

³⁷⁰ Faruk Bilir, “Çerçeve Anayasa- Düzenleyici Anayasa Ayrımı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 6(64), 2001, s. 82-83.

³⁷¹ Çağlar, s. 103.

³⁷² Mümtaz Soysal, “Türkiye’de Anayasacılık ve Anayasa Kültürü”, **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Ankara, 2001, (Anayasa Kültürü), s. 91.

³⁷³ Sezer, s. 94.

³⁷⁴ Sezer, s. 94.

bulundurulduğunda, bu anayasanın çerçeve niteliğini sürdürüp sürdürmediğinin tartışmalı olduğu da düşünülmüştür.³⁷⁵

Tarihsel süreç göz önünde bulundurulduğunda, bugün anayasaların çerçeve anayasa niteliğinden uzaklaşarak genellikle düzenleyici anayasa niteliğinde olduğu görülmektedir. Zira anayasalarda yer verilen konular, gün geçtikçe artmakta ve buna bağlı olarak da anayasalar çok daha fazla maddeli, kısa ve öz nitelikten oldukça uzak hale gelmiştir. Neticede ortaya çok çeşitli konuda düzenlemeler yapan, çok maddeli, uzun ve detaylı metinler ortaya çıkmıştır.³⁷⁶ Nitekim Mümtaz Soysal, oldukça kazuistik olan 1961 Anayasasının bu niteliğine ve her konuyu düzenlediğine örnek olarak, söz konusu anayasada yer alan ormanların korunması ve geliştirilmesi hakkındaki 131'inci maddesini vermiştir.³⁷⁷

Çerçeve anayasalar soyut niteliktedir. Bu minvalde bu anayasaların zamana ve değişen koşullara uydurulması daha kolaydır. Dolayısıyla bu anayasalar çok daha kalıcı ve uzun ömürlü anayasalardır. Bunun aksine düzenleyici anayasalar, son derece ayrıntılı hükümler içerdiği için bu anayasalar farklılaşan koşullar karşısında kolayca değişemeyecektir. Bu bağlamda değişime daha çok ihtiyaç duydukları için bu anayasaların uzun ömürlü olduğu söylenemeyecektir.³⁷⁸

Görülmektedir ki anayasa değişiklikleri bakımından, anayasaların çerçeve bir anayasa mı yoksa düzenleyici bir anayasa mı olup olmadıkları kanaatimizce son derece önem taşımaktadır. Zira çerçeve anayasalar, anayasa değişikliğine çok sık ihtiyaç duymamakla birlikte düzenleyici anayasalar için aynı şey söylenemeyecektir.³⁷⁹ Dolayısıyla daha az değişikliğe gereksinim duyan, daha uzun ömürlü ve istikrarlı bir anayasa için çerçeve nitelikte bir anayasa meydana getirilmesi kanımızca daha uygun olacaktır. Zira düzenleyici anayasalar, anayasa değişikliklerine bizzat kendileri niteliklerinden dolayı sebep olmaktadır.

2. 6. Anayasa Değişikliği Yöntemi

Çalışmamızın konusu olan türev kurucu iktidarın yetki sınırının anlaşılabilmesi için öncelikle bu iktidarın anayasa değişikliğini nasıl yaptığının ve değişiklik safhalarının derinlemesine incelenmesi gerekmektedir. Bu minvalde aşağıda anayasa değişikliklerinin aşamaları incelenecek, 1982 Anayasası bakımından bu değişikliklerin nasıl yapılacağı ve hangi safhaların var olduğuna ayrıca yer verilecektir.

³⁷⁵ Anayurt, Genel Kısım, s. 144.

³⁷⁶ Bertil Emrah Oder, “En iyi anayasa kısa anayasa mıdır?”, İbrahim Ö. Kaboğlu (Ed.), **Türkiye’nin Anayasa Gündemi**, İstanbul: İletişim Yayınları, 2018, s. 57-58.

³⁷⁷ Mümtaz Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1969, (100 Soruda), s. 70.

³⁷⁸ Bilir, s. 82-83.

³⁷⁹ Anayurt, Genel Kısım, s. 146.

2. 6. 1. Değişikliğin Anayasa Metni Bakımından Türleri

Anayasa metni bakımından anayasa değişikliği, farklı şekillerde yapılabilmektedir. Kimi anayasalarda, anayasaların ana metninde hiçbir değişiklik yapılmaksızın değişiklikler ekleme şeklinde yapılırken kimi anayasa değişiklikleri, ana metinde değişiklik yapılarak gerçekleştirilir. Gerek ana metne yapılan ekleme şeklindeki değişikliklerin gerekse ana metinde yapılan değişikliklerin anayasa değişikliği olduğu ise açıktır.³⁸⁰

Anayasanın asıl metninde hiçbir değişiklik yapılmaksızın değişikliklerin ekleme şeklinde yapıldığı anayasalara örnek olarak 1787 ABD Anayasası verilebilir. Amerikan Anayasası incelendiğinde, anayasa değişikliklerinin asıl anayasa metninde ek olarak yer aldığı görülmektedir. Nitekim “Amendment” adı verilen birçok anayasa değişikliğinin, anayasanın asıl metnine dokunulmaksızın yapıldığı görülmektedir.

Metinsel olarak diğer bir anayasa değişikliği türü ise yukarıda da belirttiğimiz gibi anayasanın asıl metninde yapılan anayasa değişikliğidir. Bu minvalde anayasa metnindeki bazı maddeler kaldırılabilceği gibi yeni bir veya birkaç madde, cümle veya kelime anayasaya eklenebilmektedir.³⁸¹ Türev kurucu iktidar tarafından gerçekleştirilebilecek olan bu eylemlerin tamamı, kanaatimizce anayasa değişikliği olarak adlandırılabilir. Bu noktada anayasanın bir maddesinin kaldırılması ile anayasaya bir kelimenin eklenmesi arasında herhangi bir farkın bulunmadığı kanımızca söylenebilecektir.

San’a göre anayasa değişikliği üç şekilde yapılabilmektedir. Bunlardan ilki mevcut bir hükme yeni sözcük veya cümle ekleme şeklindeyken, ikincisi çıkarma şeklinde yapılacak değişikliklerdir. Son olarak ona göre, anayasa değişikliği mevcut bir maddeyi yeni bir maddeyle değişme şeklinde gerçekleştirilebilecektir. Bu minvalde San, sıfırdan yeni bir anayasal ilkenin koyulmasının veya mevcut anayasal ilkenin değiştirilmesinin, yasama organının anayasa değişikliği bakımından yetkileri dışında kaldığını ileri sürmüştür.³⁸²

Bu noktada San’a katılmak pek de mümkün değildir. Daha evvel de söylenildiği gibi asli kurucu iktidarlar, anayasalarda türev kurucu iktidar bakımından bazı sınırlar belirlemiş olabilmektedir. Bu sınırlar, biçimsel olabileceği gibi içeriksel de olabilmektedir. Nitekim bazı anayasalar türev kurucu iktidarın değişiklik yetkisini bazı konular açısından, yani içeriksel olarak sınırlandırmış ve hatta yasaklamıştır.³⁸³ Örneğin; 1982 Anayasasının 4’üncü maddesi, anayasanın ilk üç maddesinin değiştirilemeyeceği, değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceği yönündedir.

³⁸⁰ Gözler, Genel Teorisi, s. 338.

³⁸¹ Gözler, Genel Teorisi, s. 338.

³⁸² San, s. 61,-62.

³⁸³ Çalışmamızın ikinci bölümünde değiştirilemez maddelerin mukayeseli hukuktaki yeri anlatılmıştır. Dolayısıyla bu bölümde bu duruma örnek birçok anayasadan bahsedilmiştir.

Ancak bazı anayasalar³⁸⁴ için ise böyle bir sınırlama, asli kurucu iktidar tarafından belirlenmemiş olabilmektedir. Dolayısıyla San'ın, türev kurucu iktidarın yetkisi bakımından böyle genel bir sınır çizmesinin doğru olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim dünya anayasaları içerisinde, türev kurucu iktidarın içeriksel olarak sınırlandırılmadığı veya değiştirilemez maddelerin olmadığı anayasalar da bulunmaktadır.³⁸⁵ Sonuç olarak bu anayasalar bakımından, anayasanın mevcut bir ilkesinin değiştirilmesinin türev kurucu iktidarın yetkisi dışında kaldığını söylemek kanaatimizce doğru olmayacaktır.

2. 6. 2. Türev Kurucu İktidarın Yeni Bir Anayasa Yapması

Yeni bir anayasanın asli kurucu iktidar tarafından yapılabileceğini, daha önceki konu anlatımlarımızda belirtmiştik. Yine asli kurucu iktidarın yeni bir anayasa yapımında, hiçbir kuralla bağlı olmadığını da söylemiştik. Ancak türev kurucu iktidar, mevcut anayasal hükümlere bağlı kalmak ve bu anayasalarda düzenlenen sınırlamalara uymak koşuluyla anayasada istediği değişikliği yapabilmektedir. Bu noktada türev kurucu iktidarın, anayasadaki tüm hükümleri değiştirerek yeni bir anayasa yapıp yapamayacağı sorusu gündeme gelmektedir.

Anayasa değişikliği; metinsel anlamda bir veya birkaç maddenin değiştirilmesi, eklenmesi veya çıkartılması şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi yalnızca bir kelimenin değiştirilmesi, eklenmesi veya çıkartılmasıyla da mümkün olabilecektir. Değişiklik bakımından değiştirilen madde veya maddelerin sayısının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Bu kapsamda bir madde değiştirilebileceği gibi çok sayıda maddenin değiştirilmesi de mümkündür. Dolayısıyla değiştirilemez maddelerin yer almadığı anayasalar bakımından, tüm maddelerin türev kurucu iktidar tarafından değiştirilerek yeni bir anayasanın meydana getirilmesi de söz konusu olabilecektir.³⁸⁶

Burada gerçekleştirilen eylem, mevcut anayasal kurallara uyularak yapılan bir anayasa değişikliği olsa da neticede tümünden yeni maddelere sahip yeni bir anayasanın varlığından söz edilebilecektir. Ancak bazı görüşlere göre³⁸⁷; yeni maddelerden oluşan bu anayasanın teknik olarak yeni bir anayasa olduğunu söylemek güçtür. Zira yeni bir anayasanın asli kurucu iktidar tarafından hiçbir kurala tabi olunmaksızın yapıldığı düşünüldüğünde burada yapılan türev kurucu iktidar tarafından, anayasa maddelerinin tümünden değiştirilmesidir. Nitekim Gözler yeni maddelerle var

³⁸⁴ Örneğin Hollanda, Belçika gibi ülkelerin anayasalarında değiştirilemez maddelere yer verilmemiştir.

³⁸⁵ 1853 Arjantin Anayasasının “Bildiriler, Haklar ve Teminatlar” başlıklı kısmın 30’ncu bölümünde; “Anayasa tamamen veya kısmen değiştirilebilir. Reformun gerekliliği, üyelerin en az üçte ikisinin oyu ile Kongre tarafından ilan edilmelidir; ancak bu amaçla çağrılan bir Meclis dışında yürütülmeyecektir” denmektedir. Dolayısıyla Arjantin anayasası bakımından böyle bir sınırlamanın varlığından söz edilemeyecektir.

³⁸⁶ Gözler, Genel Teorisi, s. 337.

³⁸⁷ Bkz. Gözler, Genel Teorisi, s. 337; Anayurt, Genel Kısım, s. 200.

olan bu anayasaların, anayasa değişikliği öncesi hangi isme sahipse o isimle devam etmesi gerektiğini ileri sürmüştür.³⁸⁸

Kanaatimizce türev kurucu iktidarın anayasa maddelerini tümünden değiştirerek yeni bir anayasa meydana getirip getiremeyeceğine ilişkin tartışmaların kökeni, asli kurucu iktidar ile türev kurucu iktidarın niteliklerine dayanmaktadır. Zira doktrinde yeni bir anayasanın yalnızca hukuk boşluğunda yapılabileceğini düşünen bir grup³⁸⁹ bulunmaktadır. Bu düşünceye göre hukuk dışılık durumunda, hukuk dışı bir organ olan asli kurucu iktidar yeni bir anayasa yapabilecektir.³⁹⁰

Hukuki bir organ olan türev kurucu iktidarın yaptığı bütün eylemler ise mevcut hukuk kurallarına bağlı olarak yapılmakta olup bu eylemlerin tamamı anayasa değişikliği niteliğinde olacaktır. Dolayısıyla bu görüşe göre türev kurucu iktidar tarafından anayasanın tüm maddeleri değişse de bu anayasa yeni bir anayasa değildir.³⁹¹ Ancak kanaatimizce bu düşüncenin, asli kurucu iktidarın hukuk boşluğunda ortaya çıktığı düşüncesine dayandığı unutulmamalıdır. Oysa bu görüşün aksini savunanlar da vardır. Onlara göre ise yeni bir anayasa yapılması için mutlaka bir hukuk boşluğu oluşması gerekmemektedir.³⁹²

2. 6. 3. Türev Kurucu İktidarın Yetkisi ve Anayasa Değişikliği

Anayasaların hiçbir şekilde değiştirilememesinin, ulus egemenliği ilkesiyle bağdaşmayacağını yukarıda detaylıca anlatmıştık. Kaldı ki hiç değişmeyecek kadar mükemmel nitelikte bir anayasanın varlığının da neredeyse imkânsız olduğunu söylemiştik. Ancak belirtmek gerekir ki, her ne kadar anayasaların farklılaşan koşullar karşısında ihtiyaçlara uygun olarak değiştirilmesi gerekse de anayasalar bakımından süreklilik düşüncesi hakimdir.³⁹³ Dolayısıyla kanaatimizce anayasalarda bu ikisi arasında bir dengenin kurulması gerekmektedir.

Bu dengenin sağlanmasının yolu ise katı anayasalardan geçmektedir. Normal kanunlara göre daha zor bir şekilde değiştirilebilen katı anayasalar, değişiklik ile istikrar gereksinimi arasındaki dengeyi kurabilmektedir.³⁹⁴ Normal kanunlar basit bir yasama çoğunluğu ile değiştirilebilirken anayasa değişiklikleri, daha yüksek bir çoğunluk gerektirmektedir.³⁹⁵ Bu katı anayasa örneklerinden biri de 1982 Anayasasıdır.³⁹⁶ Bu tür anayasalarda, değişiklik yapılması ya daha nitelikli bir çoğunluk gerektirmekte ya da teklif veya onay safhasının zorlaştırılması gibi birtakım

³⁸⁸ Gözler, Genel Teorisi, s. 337.

³⁸⁹ Bkz. Kubalı, Dersleri, s. 96-97; Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 23; Gözler, “TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?”, s. 47.

³⁹⁰ Tunaya, s. 122-123.

³⁹¹ Anayurt, Genel Kısım, s. 200.

³⁹² Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Aydın, s. 338 vd.

³⁹³ Zafer Gören, **Anayasa Hukuku**, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, (Anayasa), s. 30.

³⁹⁴ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 310.

³⁹⁵ Richard Albert, “The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules”, **McGill Law Journal** 59, (2), 2013, (Amendment Rules), s. 231.

³⁹⁶ T.C. Anayasasının yedinci bölümünde yer alan 175. maddesinde, anayasa değişikliği için gerekli olan nitelikli çoğunluk düzenlenmiştir.

koşulların sağlanmasını gerektirmektedir.³⁹⁷ Dolayısıyla kanaatimizce katı anayasalarda, değişiklik sürekli yapılamadığından istikrar hedefine daha kolay ulaşılmaktadır.

Anayasa değişikliği ile ilgili hükümler, değişiklik için resmi ve şeffaf bir çerçeve oluşturmaktadır.³⁹⁸ Bu hükümler, genel olarak anayasa metninde yer almakla birlikte bazı anayasal sistemlerde, değişiklik usulleri anayasa metninde yer almamaktadır. Bazı görüşlere göre, anayasa metninde anayasa değişiklik usullerinin yer almaması, bu anayasaların değiştirilemeyeceği anlamına gelmektedir.³⁹⁹

San'a göre kuralcı pozitivizme ait olan bu denli katı bir görüşün kabul edilmesi, akılcı bir çözüm değildir. Ona göre, değişiklik usulünün anayasa metninde yer almadığı anayasaların değişikliklerinin alelade kanun değişikliği biçiminde yapılabileceğini kabul etmek çok daha mantıklı olacaktır.⁴⁰⁰ Kanaatimizce asli kurucu iktidarın ayrıca bir değişiklik usulü düzenlememesi, anayasaların değişiklik ihtiyacı karşısında bir engel oluşturmamalıdır.

Türev kurucu iktidar anayasa değişikliği yaparken, mevcut anayasal metni esas alarak ve oradaki kurallara bağlı bir biçimde bu değişikliği yapabilmektedir.⁴⁰¹ Bu şekilde anayasada yer alan ilkelere ve usullere uygun olarak, yetkili organlarca yapılan anayasa değişikliklerine, anayasaya uygun anayasa değişikliği denmektedir. Ancak bazı durumlarda anayasa değişiklikleri; fetih, işgal, ihtilal gibi kuvvet yoluyla da gerçekleştirilebilmektedir.⁴⁰²

Coşkun San, anayasaya uygun anayasa değişikliğinin tanımını yaparken özellikle anayasal ilkelere uygun yapılan değişiklikler demektedir. Zira bazen anayasa metnine uygun olsa da ilkelerle bağdaşmayacak anayasa değişiklikleri yapılabilmektedir. Ona göre bu değişiklikler, her ne kadar anayasa metnine uygun olsa da anayasaya uygun olduklarını söylemek oldukça güçtür.⁴⁰³

Anayasa değişiklikleri, türev kurucu iktidar tarafından yapılmakla birlikte bu iktidarın hangi organa ait olduğu, her anayasa için farklı şekillerde düzenlenebilmektedir. Bu noktada türev kurucu iktidarın sahibinin kim olduğuna ilişkin genel olarak üç çeşit sistemin varlığından bahsedebiliriz. Bunlar; türev kurucu iktidarın olağan yasama meclisi olduğu sistemler, türev kurucu iktidarın özel olarak seçilmiş meclislerin olduğu sistemler ve son olarak anayasanın doğrudan halkın katılımıyla değiştirildiği sistemlerdir.⁴⁰⁴

İlk olarak bazı anayasalarda türev kurucu iktidar, olağan yasama meclisidir. Ancak bu meclisler, anayasa değişikliğini olağan kanunlardan farklı şekillerde ve genellikle nitelikli çoğunluk arayacak şekilde gerçekleştirirler. İkinci sistemde anayasa değişikliğini özel seçilmiş

³⁹⁷ Anayurt, Genel Kısım, s. 142.

³⁹⁸ Albert, Amendment Rules, s. 232.

³⁹⁹ San, s. 78.

⁴⁰⁰ San, s. 78.

⁴⁰¹ Atay, Anayasa Kavramının, s. 530.

⁴⁰² San, s. 59-60.

⁴⁰³ San, s. 60.

⁴⁰⁴ Tanilli, s. 127-129.

meclisler yapmaktadır. Bu sistemde olağan yasama meclisinin anayasa değişiklik yetkisi bulunmamaktadır.⁴⁰⁵

Bu sistemin kabulünün altında yatan düşünce; olağan yasama meclisinin, halktan anayasa değişikliğine ilişkin ayrıca vekalet almadığı sürece bu değişikliğe yetkili olmadığıdır. Dolayısıyla bu düşünceye göre anayasa değişikliği ancak halkın özel olarak vekalet verdiği kimselerden oluşan bir meclis tarafından yapılabilecektir. Son sistem ise halkın girişimi de denilen, halkın doğrudan katılarak anayasa değişikliği yapabildiği yöntemdir.⁴⁰⁶

1982 Anayasası bakımından değerlendirildiğinde, türev kurucu iktidarın olağan yasama meclisi olduğu söylenebilecektir. Zira T.C. Anayasasının yedinci ve son kısmında yer alan 175'inci maddesinde, anayasa değişikliğinin TBMM tarafından yapılabileceği açıkça belirtilmiştir. Ancak burada TBMM, değişiklik yetkisini elbette olağan kanunları değiştirme usulüyle kullanmayacaktır. Meclis ancak anayasada yer alan içeriksel ve biçimsel sınırlara uymak koşuluyla kendisine verilmiş olan değişiklik yetkisini kullanabilecektir.

Dolayısıyla 1982 Anayasasına göre; anayasa değişikliği bakımından TBMM, türev kurucu iktidar kisvesine bürünecektir. Bu minvalde adı bir kanunu kabul eden TBMM ile anayasa değişikliği yapan TBMM, her ne kadar aynı organ olsa da bu eylemler bakımından farklı işlevde bulunmaktadır.⁴⁰⁷ Dolayısıyla kanaatimizce TBMM her ne kadar kurulmuş bir organ olsa da anayasa değişikliği bakımından kurucu bir iktidar niteliğindedir.

Türev kurucu iktidar tarafından yapılacak anayasa değişikliklerinin üç safhadan oluştuğunu söyleyebiliriz. İlk safha anayasa değişikliğinin teklif edilmesidir. İkincisi ise teklif edilen anayasa değişikliğinin görüşülmesi ve karar safhasıdır. Üçüncü ve son safha ise anayasa değişikliğinin onaylanmasıdır.⁴⁰⁸

Kanaatimizce bu safhalar, aynı zamanda türev kurucu iktidarın biçimsel sınırlarını oluşturmaktadır. Bu sınırların yanında anayasalarda, türev kurucu iktidar bakımından birtakım içeriksel sınırlar da söz konusu olabilmektedir. Ancak türev kurucu iktidarın bu maddi sınırlarla bağlı olup olmayacağı ise son derece tartışmalıdır.⁴⁰⁹ Tüm bunlar türev kurucu iktidarın sınırlarını ve çalışmamızın da asıl konusunu oluşturmaktadır.

2. 7. Anayasa Değişikliğinin Sınırı: Türev Kurucu İktidarın Sınırlılığı

Anayasa değişikliği ile ilgili hususlar anayasaların çoğu tarafından düzenlenmektedir. Zira anayasa değişikliği, tüm anayasalar bakımından ciddi bir öneme sahip olmuştur. Öyle ki geçmişten günümüze hiç değiştirilmeyeceği iddia edilen anayasalar olsa da tarihi süreçte bunun pek de

⁴⁰⁵ Tanilli, s. 128-129.

⁴⁰⁶ Tanilli, s. 128-129.

⁴⁰⁷ Eroğlu, s. 30.

⁴⁰⁸ Eroğlu, s. 31-32.

⁴⁰⁹ Gözler, Kurucu İktidar, s. 132.

mümkün olamayacağı görülmüştür.⁴¹⁰ Ancak tüm gerekliliğine rağmen anayasa değişikliğinin birtakım sınırlara tabi olduğu, dolayısıyla bu değişikliği yapan türev kurucu iktidarın yetkisinin de sınırlı bir yetki olduğu hususunda doktrinde neredeyse fikir birliği bulunmaktadır.⁴¹¹

Önemli anayasa teorisyenlerinden biri olan Carl Schmitt'e göre; anayasal mevzuatın verdiği "anayasa değişikliği" yetkisi, diğer anayasal hükümlerin tek tek veya birden fazla hükmün yerine geçebileceği anlamına gelmekle birlikte bu değişikliğin sınırları, anayasa değişikliği kavramının doğru anlaşılmasından kaynaklanmaktadır. Ona göre anayasa değişikliğini yapacak olan organ, ancak anayasanın bir bütün olarak kimliğinin ve sürekliliğinin korunduğu varsayımıyla yapabilecektir.⁴¹² Dolayısıyla Schmitt de anayasayı değiştirme erkinin sınırsız bir erk olmadığını ileri sürmüştür.

Türev kurucu iktidarın yukarıda da belirttiğimiz gibi her ne kadar bağlayıcılığı tartışmalı olsa da içeriksel birtakım sınırları da olabilmektedir. Bu sınırlamayla anayasanın daha zor bir şekilde değiştirilmesi amaçlanabileceği gibi bazı durumlarda değiştirilemez maddeler gibi değişikliğin tamamıyla yasaklanması da hedeflenebilmektedir.⁴¹³ Nitekim bu duruma en yakın örneklerden biri olarak 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 4'üncü maddesi; ilk üç maddenin değiştirilemeyeceği, değiştirmenin teklif dahi edilemeyeceği şeklindedir.

Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde değiştirilemez maddelere detaylıca yer verilecektir. Ancak burada söylemek gerekir ki, türev kurucu iktidarı en çok sınırlandıran durumlardan biri olan değiştirilemez maddelere anayasamızda yer verilmesi, geçmişten günümüze oldukça tartışılan ve eleştirilen konulardan biri olmuştur. Zira yukarıda anayasa değişikliğinin yasaklanmasının, ulusal egemenlik ile hiçbir şekilde bağdaşmayacağının genel olarak savunulduğu detaylıca anlatılmıştır. Benzer bir görüş olarak Tanör, 1982 Anayasasındaki değiştirilemez maddelerin kapsamı ile ilgili eleştirilerini şu şekilde ifade etmiştir:

“Anayasanın 2. Md.si şöyle diyor...Bu maddeyle, artık 1961 anayasasındaki gibi liberal ve demokratik bir içeriği kalmayan Başlangıç, bölümündeki temel ilkelerin de değiştirilemez değiştirilmesi 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 ‘Başlangıç’ bölümünde yer alan temel ilkelerle yönetilebileceğini ve yönetilmesi gerektiğini söyleyebilme hakkı yoktur; herhangi bir anayasa koyucunun kendini bu kadar basiretli ve ileriye görür sayabilmesi mümkün değildir. Anayasalar, devletin dayandığı temel ilkeler sürekli değişirler. İdealin artık bulunduğunu sanmak bu gelişmeyi tökezletir. ‘Devletin bütünlüğü, resmî dili, bayrağı, millî marşı ve başkentiyle ilgili 3. maddenin de değiştirilmez kılınması ise fuzulidir. Bu konular başka ülkelerin anayasalarında da düzenlenmektedir; ancak bunların bir de ‘değiştirilemez’

⁴¹⁰ Tanilli, s. 126.

⁴¹¹ Sezer, s. 74.

⁴¹² Schmitt, Constitutional, s. 150.

⁴¹³ Sezer, s. 75.

sayılmalarına hiçbir gerek yoktur. 1982 Anayasa koyucusu, bu noktada da gereksiz ve aşırı bir duyarlılık göstermiştir.”⁴¹⁴

Her ne kadar türev kurucu iktidarın sınırlı bir iktidar olduğunu söylesek de bu sınır, her anayasa için farklı şekillerde belirlenmiştir. Bu minvalde anayasanın nasıl değiştirileceği ve bununla ilgili sınırlar oldukça çeşitli olup değişiklik sorunu ile ilgili ideal bir çözümün varlığından bahsedilemeyecektir.⁴¹⁵ Buna paralel olarak sınırlandırma yöntemleri için de bu farklılıklar söz konusu olmuştur. Örneğin; Belçika⁴¹⁶ gibi bazı ülkeler, anayasa değişikliğini zaman yönünden sınırlandırırken bazıları⁴¹⁷ ise konu veya zorlaştıran hükümler yoluyla anayasa değişikliğini sınırlandırmıştır.

2. 7. 1. Türev Kurucu İktidarın Biçimsel Sınırları

Anayasalar bakımından değişikliklerin niçin gerekli olduğunu ve bu değişikliklerin önemi yukarıda detaylıca anlatılmıştır. Bu gereklilik nedeniyle de her anayasa, kendi değişiklik yöntemini düzenlemektedir.⁴¹⁸ Nitekim türev kurucu iktidar anayasa değişikliklerini, asli kurucu iktidar tarafından çizilmiş sınırlara tabi olarak ve anayasada yer alan yöntemlere uygun şekilde yapabilmektedir.⁴¹⁹ Anayasalar tarafından düzenlenen anayasa değişikliği usulleri, türev kurucu iktidarın biçimsel sınırlarını oluşturmaktadır.⁴²⁰

2. 7. 1. 1. Anayasaların Değiştirilme Yöntemleri

Anayasa değişiklikleri üç temel safhada gerçekleştirilmektedir. Bunlar sırasıyla; teklif safhası, karar safhası ve onay safhasıdır.⁴²¹ Çalışmanın bu kısmında anayasa değişikliğinin bu safhalarında, yetkinin nasıl kullanıldığı ve bu yetkinin kime ait olduğu incelenecektir.

2. 7. 1. 1. 1. Anayasa Değişikliğinin Teklif Safhası

Anayasa değişikliğinin ilk safhası teklif safhasıdır.⁴²² Zira bir anayasa değişikliğinden bahsedebilmek ve bunu değerlendirebilmek için öncelikle bir değişiklik teklifinin yapılmış olması

⁴¹⁴ Bülent Tanör, **İki Anayasa 1961-1982**, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 151-152.

⁴¹⁵ Eroğlu, s. 31.

⁴¹⁶ Belçika Anayasasının 196'ncı maddesine göre; savaş dönemi boyunca veya parlamentonun federal bölgede serbestçe toplanmasının engellendiği zamanlarda anayasa değişikliği yapılamayacaktır. İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/be00000_.html, 15 Şubat 2022.

⁴¹⁷ Bu duruma en iyi örnek 1982 T.C. Anayasası verilebilir. Anayasanın ilk üç maddesi değiştirilemez nitelikte olup bu maddeler dışından kalan anayasa değişikliği bakımından ise nitelikli bir çoğunluk aranmaktadır.

⁴¹⁸ Tanilli, s. 126.

⁴¹⁹ Atay, Anayasa Kavramının, s. 530.

⁴²⁰ Gözler, Genel Teorisi, s. 345.

⁴²¹ Kaboğlu, Anayasa, s. 29.

⁴²² Gözler, Anayasa Hukukunun, s. 123.

gerekmektedir. Bu noktada anayasalarda değişiklik teklifi verme yetkisinin kime verileceği ve bu yetkinin ne şekilde kullanılacağı ise anayasalar tarafından çeşitli şekillerde belirlenmiştir.⁴²³ Dolayısıyla türev kuruculuk yetkisi ve bu yetkinin sınırları, anayasadan anayasa değişiklik göstermektedir.

Teklif safhası bakımından inceleyeceğimiz ilk konu, anayasalarca teklif yetkisinin hangi organa veya kimlere verildiğidir. İkincisi ise verilen bu teklif yetkisinin ne şekilde kullanılacağıdır. Kanaatimizce her ikisi de anayasa değişikliğinin biçimsel sınırını oluşturmaktadır. Zira anayasa değişikliği, ancak biçimsel olarak yukarıda belirtilen üç safhaya uygun olarak yapılabilecektir. Dolayısıyla kanaatimizce geçerli bir anayasa değişikliğinden bahsedebilmek için, değişiklik teklif safhasının usulüne uygun yapılması gerektiği gibi devamında gelen kabul ve onay safhalarının da anayasada belirtilen usullere uygun gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Anayasa değişikliğinin ilk safhası olan teklif safhası bakımından anayasalara bakıldığında, kurucu iktidarların teklif verme yetkisini farklı birtakım organlara tanımış olduğu görülmektedir. Ancak genel bir şema çizecek olursak, anayasaları teklif verme yetkisi bakımından üç farklı kategoriye ayırabiliriz. Bunlardan ilki; anayasa değişikliğini sadece yasama organına veren anayasalardır. İkincisi; bu yetkiyi hem yasama hem yürütme organına veren anayasalardır. Üçüncüsü ise; teklif verme yetkisini yasama, yürütme ve halka vermiş olan anayasalardır.⁴²⁴

Bu üç duruma ilaveten nadir görülmekle birlikte teklif verme yetkisini yalnızca yürütme organına ya da halka veren anayasalar da olmuştur.⁴²⁵ Bu duruma verilebilecek en iyi örneklerden biri 1999 İsviçre Anayasasıdır. İsviçre Anayasasında, 100.000 seçmen anayasa değişikliği teklifi verebilmektedir.⁴²⁶ Yani bu anayasa, değişiklik teklif yetkisini belli sayıdaki seçmene vermiştir. İlgili anayasaya⁴²⁷ göre; 100.000 seçmenin varlığı halinde başkaca bir organın talebi olmaksızın halk, anayasa değişikliği ile ilgili herhangi bir teklif verebilmektedir.

Bir diğer örnek ise Makedonya Anayasasıdır⁴²⁸. Bu anayasanın 130'uncu maddesinde, anayasa değişiklik teklif yetkisinin 150.000 yurttaşta verildiği düzenlenmiştir. Ancak bu anayasada yetki, yalnızca belli miktarda vatandaşa verilmemiş olup anayasa değişiklik teklif yetkisi hükümet, cumhurbaşkanı, belli bir miktar temsilci ve belli sayıdaki vatandaş arasında paylaştırılmıştır.

Benzer örnekler bakılacak olursa; Gürcistan Anayasasına göre en az 200.000 seçmen ile, Letonya Anayasasına göre ise seçmenlerinin onda birinden fazlasıyla anayasa değişikliği teklifinde bulunabilmektedir. Kırgızistan Anayasası ise bu yetkiyi yalnızca bazı maddelerin değişikliği

⁴²³ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 116-118.

⁴²⁴ Gözler, Genel Teorisi, s. 347.

⁴²⁵ Kaboğlu, Anayasa, s. 29-30.

⁴²⁶ Teziç, s. 193.

⁴²⁷ İsviçre Anayasasının 139'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında 100.000 seçmenin anayasa değişiklik teklifi verebileceği düzenlenmiştir. İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/sz00000_.html, 15 Şubat 2022.

⁴²⁸ İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/mk00000_.html, 15 Şubat 2022.

bakımından 300.000 seçmene vermiştir. Bununla birlikte Litvanya Anayasası 300.000 seçmen ile, Lihtenştayn Anayasası 1500 seçmenle, Slovenya Anayasası ise 30.000 seçmen ile anayasa değişikliği teklifinde bulunabilmektedir.⁴²⁹

Ancak belirtmek gerekir ki verilen örneklerde, anayasa değişiklik teklif yetkisi seçmenlere verilmişse de bu yetki yalnızca seçmenlerle sınırlandırılmamıştır. Seçmenlerin yanında, başka organlar da yetkili kılınmıştır. Bu yetkinin yalnızca halka tanındığı anayasalara ise 1793 Fransa Anayasası örnek olarak gösterilebilmektedir.⁴³⁰

Anayasa değişikliği teklif yetkisini, yalnızca yürütme organına tanımış olan anayasalar da olmuştur. Buna verilebilecek en iyi örnek 1852 Fransız Anayasasıdır. Bu anayasada yalnızca hükümet anayasa değişikliği teklifinde bulunabilmektedir. Bu tür anayasalar bakımından, yürütmenin diğer organlar karşısında daha güçlü bir konumda olduğu iddiası bulunmaktadır.⁴³¹ Zira böylesine önemli bir yetkinin yalnızca yürütme organına verilmesi, bu uygulamanın otoriter bir yöntem olduğunu göstermektedir.⁴³²

2. 7. 1. 1. 1. Teklif Yetkisinin Yalnızca Yasama Organına Verilmesi

Anayasa değişikliği teklif yetkisi, bazı anayasalarca yalnızca yasama organına verilmiştir. Nitekim bu duruma verilecek en iyi örnek 1982 Türk Anayasasıdır. Anayasamızın 175'nci maddesinde anayasa değişikliği teklifi verme yetkisinin yalnızca Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu açık bir şekilde belirtilmiştir. Bir diğer örnek ise 1791 Fransa Anayasasıdır.⁴³³ Bu anayasanın VII'nci başlığının 1'inci maddesi, anayasa değiştirme konusunda Ulusal Kurucu Meclisin devredilmez bir yetkiye sahip olduğuna ilişkindir.

Parlamente rejimlerde birtakım sorunlara yol açabilen bu yöntem, Amerika ve Avrupa'da yaygınca kabul gören bir yöntem olmuştur. Anayasa değişikliği teklif yetkisinin yalnızca yasama organına verilmesi, krallık rejimleri bakımından da adeta krala karşı yapılmış demokratik bir başarı olarak kabul edilebilmiştir.⁴³⁴ Zira kralın, en güçlü otorite olmasına rağmen temel norm olarak anayasanın değiştirilmesi için teklif dahi verememesi, bu yetkinin yalnızca yasama organına verilmiş olması, kanaatimizce demokratik anlamda kralın yetkilerini oldukça sınırlandıran bir adım olmuştur.

⁴²⁹ Anayasa Değişiklik Yöntemleri, Venedik Komisyonu Raporu ve Ülke İncelemeleri, Ankara: TBMM Araştırma Merkezi Yayınları, 2010, s. 13. https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/anayasa_degisiklik_kom_rap.pdf, 12 Ağustos 2021.

⁴³⁰ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 116.

⁴³¹ San, s. 63- 64.

⁴³² Tunaya, s. 132.

⁴³³ İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791>, 12 Ağustos 2021.

⁴³⁴ Tunaya, s. 132.

Değişiklik teklif yetkisinin yalnızca yasama organına verildiği durumlar da kendi içinde değişiklik gösterebilmektedir. Bu minvalde bazı anayasalar bu yetkiyi milletvekillerinin her birine vermişken, bazıları belli bir orandaki milletvekili topluluğuna vermiştir. Bunların yanı sıra bazı anayasalar ise ancak belli bir sayıdaki milletvekilinin değişiklik teklifinde bulunabileceğini kabul etmiştir.⁴³⁵

Örneğin; Hollanda, Belçika gibi ülkelerin anayasalarında, milletvekillerinin her birine değişiklik teklifi verme yetkisi verilmiştir. Bununla birlikte Yunanistan, Hırvatistan, Estonya Polonya, Rusya gibi ülkelerin anayasasına göre anayasa değişiklik teklifi, yasamanın 1/6'sı, 1/5'i, 1/3 gibi belli oranlardaki çoğunluğuyla yapılabilmektedir.⁴³⁶ Karadağ gibi Slovenya gibi bazı ülke anayasalarında ise ancak belli bir sayıdaki yasama üyesi anayasa değişikliği teklifinde bulunabilmektedir.⁴³⁷

2. 7. 1. 1. 2. Teklif Yetkisinin Yasama ve Yürütme Organlarına Birlikte Verilmesi

Anayasa değişikliği teklifi bakımından modern anayasalarda en sık rastlanan yetki paylaşımı, anayasa değişikliği teklif verme yetkisinin hem yasamaya hem de yürütme organına tanınmasıdır.⁴³⁸ Nitekim Fransa'da, uzunca süre bu yöntem benimsenmiştir. Öyle ki 1830, 1875 ve 1958 Anayasalarında değişiklik teklifi verme yetkisi hem yasama hem de yürütme organına verilmiştir.⁴³⁹ Bu yöntem, kuvvetler ayrılığının yumuşak biçimini uygulamaları bakımından parlamenter sistemler bakımından daha uygun bir yöntem olarak kabul edilmiştir.⁴⁴⁰

Bu tarz anayasalara verilebilecek en iyi örneklerden biri İspanya Anayasasıdır. 1978 İspanya Anayasasının 166'ncı maddesine göre; anayasa değişiklik teklifini Hükümet, Kongre ve Senato yapabilmektedir.⁴⁴¹ Ancak her ne kadar bu sisteme denge sistemi denilmişse de bu dengenin realitede sağlanamaması ve dengenin genellikle yürütme lehine bozulması nedeniyle, anayasa değişiklik teklif yetkisinin sadece yasama organına verilmesinin daha uygun olacağı ileri

⁴³⁵ TBMM Araştırma Merkezi, Anayasa Değişiklik Yöntemleri, Venedik Komisyonu Raporu ve Ülke İncelemeleri, Ankara, 2010, s. 12-13. https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/anayasa_degisiklik_kom_rap.pdf, 12 Ağustos, 2021.

⁴³⁶ TBMM Araştırma Merkezi, Anayasa Değişiklik Yöntemleri, Venedik Komisyonu Raporu ve Ülke İncelemeleri, Ankara, 2010, s. 12-13. https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/anayasa_degisiklik_kom_rap.pdf, 12 Ağustos, 2021.

⁴³⁷ TBMM Araştırma Merkezi, Anayasa Değişiklik Yöntemleri, Venedik Komisyonu Raporu ve Ülke İncelemeleri, Ankara, 2010, s. 12-13. https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/anayasa_degisiklik_kom_rap.pdf, 12 Ağustos, 2021.

⁴³⁸ Kaboğlu, Anayasa, s. 30.

⁴³⁹ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 117.

⁴⁴⁰ Tunaya, s. 132.

⁴⁴¹ 1978 İspanya Anayasasının 166'ncı maddesinde değişiklik yetkisi için 87'nci maddeye atıf yapılmış ve orada da yetkinin Senato, Kongre ve Hükümete ait olduğu belirtilmiştir. İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/sp00000_.html#A087_, 12 Ağustos 2021.

sürülmüştür. Bu durumun kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince de daha uygun olacağı düşünülmüştür.⁴⁴²

Netice itibarıyla hangi sistem benimsenirse benimsensin, türev kurucu iktidarın anayasa değişikliği için yetkisini kullanmasının ilk adımı teklif safhasıdır. Bu minvalde yukarıda detaylıca açıklandığı üzere türev kurucu iktidarın teklif yetkisi bakımından sınırlandırılması, birçok anayasaya göre farklılık oluşturmaktadır. Ancak kanaatimizce hepsinin ortak özelliği, teklif safhasındaki bu sınırlamaların anayasa değişikliğinin biçimsel sınırlarının ilk basamağını oluşturmasıdır.

2. 7. 1. 1. 3. Teklifin Birden Fazla Kez Görüşülmesi

Anayasa değişiklik teklifinin kim tarafından yapılacağına dair biçimsel sınırların yanı sıra bu teklifin görüşülme usulüne ilişkin birtakım biçimsel sınırlar da anayasalarda düzenlenebilmektedir. Bu sınırlamalar oldukça çeşitli olup anayasal sistemlere göre değişiklik göstermektedir. Ancak kanaatimizce ortak olan şudur ki; anayasalarca benimsenmiş olan bu usullerin tamamı yine türev kurucu iktidarın biçimsel sınırlarını oluşturmaktadır. Zira bu usullere uyulmaksızın anayasa değişikliği yapılamayacaktır.

Bu sınırlamalara bir örnek olarak bazı anayasalarda, anayasa değişiklik teklifinin birden fazla kez görüşülmesi zorunlu kılınmıştır. Bu zorunluluk kabul safhasındaki birden fazla kez görüşme zorunluluğuyla karıştırılmamalıdır. Zira buradaki zaruret, anayasa değişikliği teklifinin son haline getirilmesi için gerekli olan görüşülme zorunluluğudur. Yani bir anayasa değişikliği teklifi, ancak birden fazla kez görüşülmek koşuluyla nihai haline getirilebilecektir.⁴⁴³

2. 7. 1. 1. 4. Teklif Yetkisinin Süre Bakımından Sınırlandırılması

Bazı anayasal sistemlerde, anayasa teklifi verme yetkisi kime verilmiş olursa olsun yetkili organ tarafından ancak belli bir süre geçtikten sonra kullanılabilir. Bu tarz anayasal sistemlerde, türev kurucu iktidarın anayasa değişiklik teklifi verme yetkisi belli bir müddet için yasaklanmıştır. Bu sistemler, türev kurucu iktidarı bu şekilde sınırlayarak anayasal istikrarı sağlamayı hedeflemişlerdir.⁴⁴⁴

Bu tür anayasalara örnek verecek olursak, 2003 tarihli Katar Anayasasına⁴⁴⁵ bakmak gerekir. Bu anayasanın 148'inci maddesine göre; bu anayasanın herhangi bir maddesi hakkında değişiklik teklifi verilebilmesi için ilgili maddenin yürürlük tarihinden itibaren on yıl geçmesi gerekmektedir.

⁴⁴² San, s. 65.

⁴⁴³ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 45.

⁴⁴⁴ Abdurrahman Eren, **Anayasa Hukuku Dersleri**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 75.

⁴⁴⁵ İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/qa00000_.html, 24 Eylül 2021.

Örnek anayasalarda türev kurucu iktidarın anayasa değişikliği teklif yetkisi, belli bir süreyle elinden alınmıştır.

2. 7. 1. 1. 2. Anayasa Değişikliğinin Görüşülmesi ve Karar Safhası

Daha önce de belirtildiği üzere anayasa değişikliğinin ikinci safhasını kabul safhası oluşturmaktadır. Anayasa değişikliği teklif usulleri yukarıda incelenmiş olmakla birlikte tıpkı teklif usulündeki çeşitlilik gibi kabul usulü bakımından da çok çeşitli yöntemler anayasalar tarafından benimsenmiştir. Zira anayasa değişikliğinin kabul edilmesi, en az teklif verme yetkisi kadar önem taşımaktadır. Bu nedenle de anayasalar, bir veya birkaç sistem benimsemiştir.⁴⁴⁶

Türev kurucu iktidar yetkisinin biçimsel sınırına bakıldığında, kabul safhası için iki temel mesele üzerinde durulmalıdır. Bunlardan ilki; bir anayasa değişiklik teklifinin kabul veya reddine ilişkin kararın kim tarafından verileceğidir. İkincisi ise bu kararın hangi usulle verileceğidir.⁴⁴⁷Bu soruların cevapları, kanaatimizce türev kurucu iktidarın karar safhası bakımından biçimsel sınırlarını oluşturmaktadır. Dolayısıyla türev kurucu iktidar, kabul safhası bakımından da belirlenen bu sınırlara uymak zorundadır.

2. 7. 1. 1. 2. 1. Anayasa Değişikliğinin Karar Yetkisi

Anayasa değişikliğinin kabul yetkisinin kime ait olduğu, her anayasa bakımından değişiklik göstermektedir. ⁴⁴⁸ Anayasalara bakıldığında bu yetkinin çoğunlukla yasama erkine verildiği görülmektedir. Ancak istisnai olarak bazı anayasalar bu yetkiyi yasama organı dışında başka bir organa da verebilmektedir.⁴⁴⁹ Dolayısıyla karar yetkisi bakımından anayasaları belli bir şekilde kategori edecek olursak anayasaları iki şekilde sınıflandırabiliriz. Bunlardan ilki; anayasa değişiklik teklifinin karar yetkisini yasama organına veren anayasalar iken ikincisi; bu yetkiyi yasama organı dışında başka bir organa veren anayasalardır.

Demokratik çerçevede bakıldığında anayasaların, ancak onu meydana getiren organ tarafından ve aynı usulle değiştirilebileceği düşünülebilecektir. Ancak her bir değişiklik ihtiyacında kurucu iktidarın yeniden ortaya çıkmasının ve değişikliğin, anayasa hangi usullerle yapılmışsa o usullere göre yapılmasının hiç pratik olmayacağı düşünülmüştür. Dolayısıyla bu durum, anayasa değişikliğinin zorlaştırılmasına sebep olmuştur. Bu nedendir ki anayasalar değişiklik bakımından, yapımlarından farklı yöntemler benimseyerek değişiklik yetkisini farklı organlara vermişlerdir.⁴⁵⁰

⁴⁴⁶ San, s. 66.

⁴⁴⁷ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 53.

⁴⁴⁸ Teziç, s. 192.

⁴⁴⁹ Gözler, Genel Teorisi, s. 349-350.

⁴⁵⁰ Tunaya, s. 131.

Anayasa değişikliğinin karar safhasında yasama organının yetkili olması durumunda, yasama organı tek meclisli ise yetki konusunda herhangi bir soru işareti olmayacaktır. Ancak yasama organının çift meclisli olduğu durumlarda, meclisler arasında karar yetkisi bakımından birtakım farklılıklar ortaya çıkabilmektedir. Bu noktada bazı ülke anayasaları her iki meclise de eşit yetkiler vermiştir. Bu durumda bir anayasa değişikliği teklifinin kabul edilmesi için her iki meclis bakımında da aynı çoğunluğun oyu gerekmektedir.⁴⁵¹

Bu sistemi benimseyen anayasalara verilebilecek en iyi örneklerden biri Ürdün Anayasasıdır. Ürdün Anayasasına göre anayasa değişiklik teklifinin kabulü için hem Âyan hem de Temsilciler meclisinin her birinin üyelerinin üçte ikisinin oyu gerekmektedir.⁴⁵² Bir diğer örnek ise İtalyan Cumhuriyeti Anayasasıdır. Bu anayasada da anayasa değişikliği bakımından her iki meclisin de eşit miktarda oy çoğunluğu gerekmektedir.⁴⁵³

Ancak bazı ülke anayasalarında ise anayasa değişikliği karar yetkisi, meclislerden yalnızca birine verilmiş olabileceği gibi konusuna göre meclislere farklı yetkiler de verilebilmektedir. Buna verilebilecek en iyi örneklerden biri ise Kenya Anayasasıdır.⁴⁵⁴ Kenya Anayasasında hangi meclisin ne kadar oy çoğunluğuyla anayasa değişikliğini kabul edeceği, değişiklik konularına göre belirlenmiştir.⁴⁵⁵

Bazı anayasalar ise anayasa değişikliğini kabul yetkisini parlamento dışında özel olarak bu amaçla toplanacak bir meclise vermiştir.⁴⁵⁶ Genellikle bu tarz bir seçimin, söz konusu anayasa değişikliğini daha meşru bir hale getireceği düşünülmüştür. Zira söz konusu değişikliklerin kabul yetkisinin yalnızca bu amaçla seçilmiş bir organa verilmesi, değişikliğin bu konuda uzman kimseler tarafından daha detaylı ve profesyonelce incelenerek gerçekleştirileceği anlamına gelecektir ki bunun da değişikliği daha meşru bir zemine oturtacağı iddia edilmiştir.⁴⁵⁷

⁴⁵¹ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 55.

⁴⁵² 1952 Ürdün Anayasasının 126'ncı maddesine göre: "Bu anayasada kanun tasarıları ile ilgili olarak belirlenen esaslar anayasa değişiklik tasarıları hakkında da uygulanır. Anayasa değişiklik tasarıları, Âyan ve Temsilciler Meclisinin her birinin üyelerinin üçte iki çoğunluğuyla kabul edilmelidir. Anayasanın 92. maddesine uygun olarak iki meclisin toplanması durumunda, değişikliğin, her meclisi oluşturan üyelerin üçte iki çoğunluğuyla kabul edilmesi gerekir. Her iki halde değişiklik tasarısı kral tarafından onanmadıkça yürürlükte sayılmaz". İlgili anayasanın Türkçe metni için bkz. <https://hukukbook.com/hasimi-urdun-kralligi-anayasasi/>, 16 Eylül 2021.

⁴⁵³ 1947 İtalya Anayasasının 138'inci maddesine göre; "Anayasanın değiştirilmesine müteallik kanunlarla Anayasa mahiyetinde olan diğer kanunlar, Meclislerden her biri tarafın dan en az üç aylık bir ara ile iki defa müzakere edildikten sonra, her bir Meclisi teşkil eden üyelerin mutlak ekseriyet ile ikinci müzakereyi müteakip kabul ve tasdik olunurlar". İlgili anayasanın Türkçe metni için bkz. <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/47644/2915.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, 18 Eylül 2021.

⁴⁵⁴ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 55.

⁴⁵⁵ 2010 Kenya Anayasasının 16'ncı bölümünde anayasa değişikliğini kabul yetkisi bakımından konularına göre bir ayırım yapılmıştır. 255'inci, 256'ncı ve 257'nci maddelerde konular tek tek sayılmış ve değişiklik bakımından usulleri belirtilmiştir. İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/ke00000_.html, 28 Aralık 2021.

⁴⁵⁶ Teziç, s. 194.

⁴⁵⁷ San, s. 66.

Kabul yetkisini özel bir meclise veren anayasalardan biri Rusya Anayasasıdır. Bu anayasaya göre anayasanın bazı maddeleriyle ilgili yasama meclisi değişiklik yapamaz. Belirlenen bu maddelerle ilgili değişiklik yapılabilmesi için Anayasal Meclisin toplanması ve değişikliğin kabulünün bu meclis tarafından yapılması gerekmektedir.⁴⁵⁸ Bir diğer örnek ise Bulgaristan Anayasasıdır. Bu anayasa bakımından da bazı maddelerinin değiştirilmesi için özel bir meclisin toplanması gerekmektedir.⁴⁵⁹

Bu konuda en bilinen örneklerden biri de 1787 ABD Anayasasıdır. Zira ABD Anayasasına göre anayasa değişikliklerini teklif etme ve kabul etme yetkisi, bu amaçla özel olarak seçilmiş “convention” adlı özel bir meclise aittir.⁴⁶⁰ Bir diğer örnek ise 1853 Arjantin Anayasasıdır.⁴⁶¹ Bu anayasanın 30’uncu maddesine göre de anayasa değişikliği için özel olarak toplanan kurucu bir meclis gerekmektedir. Nitekim görülmektedir ki karar yetkisi bakımından, anayasal sistemler farklı birtakım yöntemler benimsemişlerdir. Tüm bu yöntemler, türev kurucu iktidarın biçimsel sınırlarını var etmektedir.

2. 7. 1. 1. 2. 2. Anayasa Değişikliği Karar Usulü

Anayasa değişikliği karar yetkisinin kime ait olduğu kadar, bu değişikliğin hangi usullerle yapılacağı da türev kurucu iktidarın biçimsel sınırları bakımından önemlidir. Bu bakımdan da anayasalar çeşitli usuller benimsemişlerdir. Ancak tıpkı diğer konu başlıkları gibi anayasa değişikliği karar usulü bakımından da birtakım genel kategoriler yapılabilecektir.

Anayasa değişikliğinin kabul evresi bakımından benimsenen kurallar, o anayasanın katılaştırılması bakımından da bir araç niteliğindedir.⁴⁶² Bu usulleri üç ana başlıkta toparlayacak olursak bunlar; anayasa değişiklik karar usulünün konusuna göre değişiklik göstermesi, karar yeter sayısı, karar için birden fazla kez görüşme zorunluluğu veya karar safhası için özel birtakım sürelerin benimsenmesidir. Dolayısıyla söylenebilir ki anayasalar, anayasa değişikliğinin kabulü

⁴⁵⁸ 1993 Rusya Federasyonu Anayasasının 135’inci maddesine göre: “Rusya Federasyonu Anayasasının 1., 2., ve 9. bölümlerinin hükümleri Federasyon Konseyince değiştirilemez. Rusya Federasyonu Anayasasının 1., 2., ve 9. bölümlerinin hükümlerinin değiştirilmesine ilişkin teklif Federasyon Konseyi üye tam sayısının ve Devlet Duması milletvekili tam sayısının beşte üçü tarafından desteklenirse, federal anayasal kanun gereğince Anayasal Meclis toplanır”. İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/rs00000_.html, 29 Mart 2022.

⁴⁵⁹ 1991 Bulgaristan Cumhuriyeti Anayasasının 153’üncü maddesine göre; Millet Meclisi Anayasanın Büyük Millet Meclisinin yetkilerine girenler (158’nci maddede hangi yetkilerin Büyük Millet Meclisine ait olduğu sayılmıştır) dışında kalan bütün hükümleri değiştirmekte serbesttir. Nitekim Büyük Millet Meclisinin yetkisinde olan konularla ilgili değişiklikler, bu özel meclis tarafından karara bağlanılacaktır. İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/bu00000_.html, 28 Aralık 2021.

⁴⁶⁰ Teziç, s. 194.

⁴⁶¹ İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/ar00000_.html, 28 Aralık 2021.

⁴⁶² Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 58.

bakımından ne kadar katı olmak istediklerine bağlı olarak bu usul kurallarından birini veya birkaçını kullanabilecektir.⁴⁶³

2. 7. 1. 1. 2. 2. 1. Karar ve Toplantı Yeter Sayısı

Anayasa değişikliği karar safhası bakımından söylenilebilecek ilk usul kuralı, karar yeter sayısıdır. Karar yeter sayısı her anayasa bakımından farklı olabilmektedir. Bununla birlikte bu sayı, söz konusu anayasanın ne kadar katılıklı olduğu ile ilgili de fikir vermektedir. Zira bir anayasanın yüksek bir karar yeter sayısı benimsemesi, bu anayasanın katı bir anayasa olduğunu ve türev kurucu iktidarın daha zor anayasa değişikliği yapabildiğini bize göstermektedir.⁴⁶⁴ Bu minvalde anayasaların değiştirilmesinin zorlaştırılması için kullanılan en yaygın usul kuralının, nitelikli bir karar yeter sayısı olduğu söylenebilmektedir.⁴⁶⁵

Öncelikle belirtmek gerekir ki bir anayasada karar yeter sayısına bakmadan önce bu karar yeter sayısının, toplantıya katılanlar üzerinden mi yoksa üye tam sayısı üzerinden mi hesaplanıp hesaplanmayacağına bakmak gerekmektedir.⁴⁶⁶ Bu noktada genel geçer bir kural bulunmayıp ilgili anayasada yer alan hükme bakmak gerekmektedir. Zira Almanya⁴⁶⁷ gibi bazı ülke anayasalarında karar yeter sayısı üye tam sayısı üzerinden hesaplanırken, Avusturya⁴⁶⁸ gibi bazı ülkelerde ise bu sayı toplantıya katılanlar üzerinden hesaplanmaktadır.

Karar yeter sayısı bakımından bazı anayasalar üye tam sayısının salt çoğunluğuyla yetinirken bazı anayasalar, anayasa değişikliğinin kabulü için nitelikli bir çoğunluk aramıştır. Bu minvalde nitelikli çoğunluk; beşte üç, üçte iki, dörtte üç gibi çoğunluklar olabilmektedir. Karar yeter sayısı bakımından böyle nitelikli bir çoğunluk aranması, söz konusu değişikliğin daha sağlam bir temele dayandırılmasını sağlamaktadır.⁴⁶⁹ Zira anayasa değişiklik yetkisine sahip yasama organı veya bu amaçla kurulmuş olan özel meclisler, halkın temsilcileridir. Dolayısıyla halkın temsilcileri tarafından nitelikli bir çoğunlukla kabul edilmiş bir anayasa değişikliği, daha büyük bir temsilci çoğunluğu tarafından kabul görmüş olacaktır ki bu da kanaatimizce söz konusu değişikliği daha meşru bir hale getirecektir.

⁴⁶³ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 58-66.

⁴⁶⁴ Gözler, Genel Teorisi, s. 351.

⁴⁶⁵ Erdoğan, Hukukuna Giriş, s. 153.

⁴⁶⁶ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 59-60.

⁴⁶⁷ 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının 79'uncu maddesinde, anayasa değişikliği Federal Meclisin üyelerinin üçte ikisine veya Federal Konsey oylarının üçte ikisine bağlıdır denmektedir. Dolayısıyla burada toplantıya katılanların değil üye tamsayısı üzerinden karar yeter sayısı hesaplanmaktadır. İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/gm00000_.html, 30 Aralık 2021.

⁴⁶⁸ 1920 Avusturya Federal Anayasasının 44'üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, anayasa değişikliği bakımından kullanılan oyların üçte ikisinin oyuyla onaylanmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Nitekim bu anayasa bakımından karar yeter sayısının oylamaya katılanlar üzerinden hesaplandığı görülmektedir. İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/au00000_.html, 29 Mart 2022.

⁴⁶⁹ San, s. 67.

Nitelikli çoğunluk bakımından örnek verecek olursak, karar yeter sayısı bakımından 3/5 çoğunluk arayan anayasalara örnek olarak Estonya Anayasası⁴⁷⁰ ve Çek Cumhuriyeti Anayasası⁴⁷¹ verilebilir. Karar yeter sayısı bakımından 2/3 çoğunluk arayan anayasalara örnek olarak ise İspanya Anayasası⁴⁷², Alman Anayasası⁴⁷³ ve Portekiz Anayasası⁴⁷⁴ verilebilir. Dörtte üç gibi nitelikli bir çoğunlukta karar yeter sayısı arayan anayasalara verilebilecek en iyi örnek ise Bulgaristan Anayasasıdır.⁴⁷⁵

Karar yeter sayısının yanı sıra bazı anayasalar, anayasa değişikliği için toplantı yeter sayısı da aramaktadır. Zira bir örnek olarak Avusturya Anayasası karşımıza çıkmaktadır. Bu anayasanın 44'üncü maddesi; "Milli Konsey, anayasal kanunları veya salt çoğunluk oyuyla kabul edilen kanunlarda yer alan anayasal hükümleri ancak üye tam sayısının en az yarısının katılımıyla ve kullanılan oyların üçte ikisinin oyuyla kabul edilebilir" şeklindedir. Görülmektedir ki bu anayasada, karar yeter sayısına ilaveten anayasa değişiklikleri için üye tam sayısının yarısı gibi bir toplantı yeter sayısı zorunluluğu getirilmiştir.

2. 7. 1. 1. 2. 2. 2. Birden Fazla Görüşme ve/veya Özel Süre Zorunluluğu

Bazı anayasal sistemlerde anayasa değişikliğinin karar safhasında, karar yeter sayısı ile birlikte birtakım başka usulü koşullar da düzenlenmiş olabilmektedir. Nitekim aşağıda örneklerine yer verileceği üzere bazı anayasalar, karar yeter sayısının yanı sıra söz konusu değişikliğin, değişikliği yapacak organ tarafından birden fazla kez görüşülmesini de zorunlu kılmıştır. Bununla birlikte değişikliğin karara bağlanması için birtakım özel süreler de asli kurucu iktidar tarafından, türev kurucu iktidarı bağlayıcı usulü bir kural olarak kabul edilmiş olabilmektedir.

⁴⁷⁰ 1992 Estonya Anayasasının 163'üncü maddesinde anayasa değişikliği düzenlenmiş olup kabul için beşte üç çoğunluk gerektiği belirtilmiştir. İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/en00000_.html, 15 Şubat 2022.

⁴⁷¹ 1992 Çek Cumhuriyeti Anayasasının 39'uncu maddesine göre, anayasa değişikliğinin kabulü için tüm milletvekillerinin ve senatörlerin beşte üçünün oyu gerekmektedir. İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/ez00000_.html, 15 Şubat 2022.

⁴⁷² 1978 İspanya Anayasasının 167'nci maddesinde, anayasa değişikliğinin üçte iki çoğunlukla kabul edilebileceği düzenlenmiştir. İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/sp00000_.html, 15 Şubat 2022.

⁴⁷³ 1949 Alman Anayasasının 79'uncu maddesinde, anayasa değişikliğinin kabulü için üçte iki çoğunluk arandığı düzenlenmiştir. İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/gm00000_.html, 15 Şubat 2022.

⁴⁷⁴ 1976 Portekiz Anayasasının 286'ncı maddesinde anayasa değişikliğinin kabulü için üçte iki çoğunluğun gerekli olduğu düzenlenmiştir. İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/po00000_.html, 15 Şubat 2022.

⁴⁷⁵ 1991 Bulgaristan Anayasasının 155'inci maddesine göre, anayasa değişikliğinin kabulü için dörtte üç oy çoğunluğu gerekmektedir. İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/bu00000_.html, 15 Şubat 2022.

İtalya⁴⁷⁶ ve Tunus⁴⁷⁷ Anayasalarındaki gibi bazı anayasalarda, anayasa değişikliği kabulü için değişiklik tekliflerinin birden fazla kez görüşülmesi gerekmele birlikte bu görüşmeler arasında da belli bir sürenin geçmiş olması aranmaktadır. Bu tür gereklilikleri, diğer bir ifadeyle birden fazla görüşme ve iki görüşme arasında belli bir sürenin geçmesi şeklindeki usul kuralları, anayasa değişikliklerinin önemine dayanmaktadır. Zira bu kuralların kurucu iktidarlar tarafından koyulması, anayasa değişikliklerinin öneminden ötürü bu değişikliklerin acele edilmeksizin detaylıca düşünülerek karara bağlanmasını sağlamaya yöneliktir.⁴⁷⁸

Bazı anayasalar ise belli bir süre geçme zorunluluğunu iki görüşme arasında değil, teklif ile karar arasında zorunlu kılmıştır.⁴⁷⁹ Öyle ki bu tarz anayasal sistemlerde, söz konusu anayasa değişiklik teklifinin kabul edilebilmesi için, tekliften itibaren belli bir sürenin geçmiş olması aranmaktadır. Bu tarz özel bir sürenin benimsendiği durumlarda bu süre, genellikle asgari bir süre olmakla birlikte istisna olarak bazı ülke anayasalarında azami bir süre de öngörülmüş olabilmektedir.⁴⁸⁰

Süre ile ilgili diğer bir yöntem ise sürenin tekliften itibaren veya iki görüşme arasında aranmayıp özel olarak farklı sürelerden başlayarak belirlenmesidir. Bu yöntemle geciktirme de denilmekle birlikte bu duruma verilebilecek örneklerden biri 1814 Norveç Anayasasıdır.⁴⁸¹ Bu anayasaya göre anayasa değişiklik teklifi ancak normal seçimi takip eden yeni parlamentonun seçilmesinin akabinde yapılabilecektir.⁴⁸² Görülmektedir ki bu tarz anayasalarda, süre bakımından teklif veya görüşme dışında başka bir başlangıç noktası belirlenmiştir.

2. 7. 1. 1. 2. 2. 3. Usulün Değişiklik Konusuna Göre Farklılaşması

Konu başlığında da anlaşılabacağı üzere bazı anayasal sistemlerde anayasa değişiklik usulü, söz konusu değişikliğin konusuna göre değişkenlik göstermektedir. Bu anayasalarda değişiklik konusuna bağlı olarak çok çeşitli yöntemler benimsenmiş olabilmektedir. Nitekim bu tür anayasalarda, bazı konular hakkındaki anayasa değişikliklerinin kabulü için yeni bir meclisin

⁴⁷⁶ 1947 İtalya Anayasasının 138'inci maddesinde birden fazla görüşme zorunluluğu düzenlenmiştir. İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/it00000_.html, 15 Şubat 2022.

⁴⁷⁷ 1959 Tunus Anayasasının 72'nci maddesinde anayasa değişikliğinin iki kez görüşülmesi gerektiği ve bu iki görüşme arasında da en az üç ay olması gerektiği düzenlenmiştir. İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/ts00000_.html, 15 Şubat 2022.

⁴⁷⁸ Gözler, Genel Teorisi, s. 350.

⁴⁷⁹ TBMM Araştırma Merkezi, Anayasa Değişiklik Yöntemleri, Venedik Komisyonu Raporu ve Ülke İncelemeleri, Ankara, 2010, s. 14. https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/anayasa_degisiklik_kom_rap.pdf, 12 Ağustos, 2021.

⁴⁸⁰ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 63.

⁴⁸¹ Erdoğan, Hukukuna Giriş, s. 154.

⁴⁸² 1814 Norveç Anayasasının 112'nci maddesinde ilgili husus düzenlenmiştir. İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/no00000_.html, 15 Şubat 2022.

oluşturulması gerekliliği düzenlenmiş olabileceği gibi ⁴⁸³ bazı anayasalar için anayasa değişikliğinin konusuna göre farklı bir karar yeter sayısı belirlenmiş olabilmektedir.⁴⁸⁴

Bazı anayasal sistemlerde ise anayasa değişikliğinin konusuna bağlı olarak, türev kurucu iktidarın uyması gereken, normal değişiklik usullerinden farklı birden fazla usul belirlenmiş olabilmektedir.⁴⁸⁵ Bu duruma örnek olarak 1920 Federal Avusturya Anayasası verilebilecektir. Bu anayasanın 44'üncü maddesine göre; anayasanın genelinde yapılacak bütüncül değişikliklerin kabulü bakımından, normal anayasa değişiklikleri için aranan 2/3 çoğunluğun yanı sıra bir de tüm ulus genelinde halk oylaması yapılması gerekmektedir.

2. 7. 1. 1. 3. Anayasa Değişikliği Onay Safhası

Anayasa değişikliğinin onay safhası, her anayasal sistemde söz konusu olmayıp bu anayasalar bakımından değişikliğin tamamlanması için karar safhası yeterli olabilmektedir. Ancak bazı anayasalar bakımından ise anayasa değişikliğinin nihayete erebilmesi için onay safhası zorunludur.⁴⁸⁶ Onay safhasının varlığının anayasa değişikliğini zorlaştırıp zorlaşmadığı, diğer bir ifadeyle anayasayı daha katı bir hale getirip getirmediği üzerinde birtakım araştırmalar yapılmıştır. Yapılan araştırmalar sonucunda ise farklı birtakım sonuçlar çıkmıştır.⁴⁸⁷

Bazı ülkeler üzerinde yapılan araştırmalar sonucunda bu ülkeler bakımından, onay yetkisinin değişiklik sıklığını kesin bir şekilde olumsuz etkilediğine dair bulgular bulunamamıştır. Ancak ters yönde sonuçlanan araştırmalar da yapılmıştır. Nitekim 19 OECD ülkesi üzerinde yapılan araştırmada, bir anayasa değişikliğinin birden farklı organ tarafından onaylanması zorunluluğunun anayasa değişiklik oranı bakımından temel bir belirleyici olduğu tespit edilmiştir.⁴⁸⁸

Anayasa değişikliği bakımından düzenlenen onay safhasının, değişiklik bakımından zorlayıcı bir etki doğurduğu, yapılan bu araştırma sonucunda ortaya koyulmuştur. Aksinin çok da mümkün olmayacağı kanaatindeyiz. Zira nasıl ki bir anayasa değişikliği için aranan nitelikli çoğunluk, türev kurucu iktidarı sınırlandırarak anayasa değişikliğini zorlaştırıyorsa kabul dışında bir başka safhanın daha düzenlenmesi ve bir başka kişi ya da organın onayına ihtiyaç duyulması da aynı şekilde türev kurucu iktidarı sınırlayarak anayasa değişikliğini zorlaştıracaktır.

⁴⁸³ TBMM Araştırma Merkezi, Anayasa Değişiklik Yöntemleri, Venedik Komisyonu Raporu ve Ülke İncelemeleri, Ankara, 2010, s. 17, https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/anayasa_degisiklik_kom_rap.pdf, 12 Ağustos, 2021.

⁴⁸⁴ 1978 İspanya Anayasasında anayasa değişikliği bakımından parlamentonun iki kanadındaki üyelerin beşte üçünün oy çokluğu yeterli olmaktadır. Nitekim bir anayasa değişikliği için, anayasanın başlangıç kısmında veya kişi hak ve özgürlükleriyle ilgili hükümlerde değişiklik yapmak için veya İspanyollar ve yabancıları etkileyen kısmi bir değişiklik için parlamentonun her iki kanadının da üçte iki oy çoğunluğu gerekmektedir.

⁴⁸⁵ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 64.

⁴⁸⁶ Teziç, s. 195.

⁴⁸⁷ Rosalind Dixon, "Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective", **University of Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper No. 347**, 2011, s.105-106.

⁴⁸⁸ Dixon, s. 105-106.

Tıpkı teklif ve karar safhası gibi onay safhası bakımından da anayasalar, farklı birtakım yöntemler benimsemiştir. Bazı anayasalar onay yetkisini devlet başkanına vermişken bazı anayasalar onay yetkisini doğrudan halka tanımıştır. Onay yetkisinin hangi organa verildiğine göre bu yetkinin kullanımı çok çeşitli şekillerde olabilmektedir.⁴⁸⁹ Zira bu yetkinin kim tarafından kullanılacağına bağlı olarak nasıl kullanılacağı da anayasalarda düzenlenmektedir.

Anayasaların bir kısmı, anayasa değişikliklerinin onay yetkisini devlet başkanına vermektedir.⁴⁹⁰ Devlet başkanına verilen onay yetkisi, anayasalara göre farklı şekillerde kullanılabilir. Bazı anayasalar anayasa değişikliği onayı için devlet başkanına verilen veto hakkını dar tutmuştur. Ancak buna karşın bazı sistemler, veto hakkını oldukça geniş yorumlayarak anayasa değişikliği bakımından devlet başkanına geniş bir yetki tanımıştır.⁴⁹¹

Devlet başkanının anayasa değişikliğini onaylamaya yetkili olduğu anayasal sistemlerde, devlet başkanı kendisine verilen bu yetkiye dayanarak değişikliği, kabul eden organa geri gönderebilir. Bu durumda üç ihtimalin varlığından söz edilecektir. Bu üç ihtimal, devlet başkanının sahip olduğu onaylama yetkisinin kapsamına bağlı olarak şu şekildedir: Güçlendirici veto yetkisi, geciktirici veto yetkisi ve mutlak veto yetkisi.⁴⁹²

Bazı sistemlerde devlet başkanının geri gönderdiği anayasa değişiklik teklifi, aynı çoğunlukta kabul edilse dahi bu değişiklik devlet başkanı tarafından yayımlanmak zorundadır. Bu tür anayasal sistemlerde, devlet başkanının geciktirici veto yetkisine sahip olduğu söylenebilir. Zira burada cumhurbaşkanının veto yetkisi oldukça dar tutulmuş olup geri gönderilen anayasa değişikliği, meclis tarafından aynı çoğunlukta kabul edilirse devlet başkanının bu değişikliği onaylamak dışında yapabileceği başkaca bir şey yoktur.⁴⁹³

Buna karşın bazı anayasal sistemlerde ise devlet başkanı, anayasa değişikliğini doğrudan onaylayabilir veya reddedebilir. Genellikle monarşilerde görülen bu sistemlerde, devlet başkanının mutlak veto yetkisi bulunmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki mutlak veto yetkisi, İngiliz Anayasası ve bu gelenekten etkilenen birçok anayasa tarafından benimsenmişse de kâğıt üzerinde kalmaktan öteye gidememiştir.⁴⁹⁴ Nitekim mutlak veto yetkisinin, uygulamada çok az karşımıza çıktığı söylenebilecektir.⁴⁹⁵

Onay safhası bakımından mutlak veto yetkisine göre devlet başkanının daha sınırlı bir yetkiye sahip olduğu bir diğer yetki türü ise güçleştirici veto yetkisidir. Güçleştirici veto yetkisinin düzenlendiği sistemlerde, devlet başkanı tarafından geri gönderilen anayasa değişiklik teklifi ancak

⁴⁸⁹ Kaboğlu, Anayasa, s. 31.

⁴⁹⁰ Gözler, Kurucu İktidar, s. 168.

⁴⁹¹ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 69-71.

⁴⁹² Kaboğlu, Anayasa, s. 31.

⁴⁹³ Gözler, Genel Teorisi, s. 353.

⁴⁹⁴ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 72.

⁴⁹⁵ Kemal Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, 29. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2020, (Hukukuna Giriş), s. 392

aynı meclis tarafından, daha yüksek bir çoğunlukla kabul edilirse devlet başkanı tarafından onaylanmak zorundadır.⁴⁹⁶ Her ne kadar mutlak veto yetkisine göre daha sınırlı bir yetki olduğunu söylesek de kanaatimizce bu tarz anayasal sistemlerde devlet başkanına geniş bir veto yetkisi tanındığı söylenebilecektir.

Son olarak bazı anayasalar ise anayasa değişikliğinin onay yetkisi halka vermiştir.⁴⁹⁷ Bu şekilde halkın, anayasa değişikliğine aracısız ve doğrudan dahil olması sağlanabilmektedir.⁴⁹⁸ Nitekim halkın onay yetkisi ile doğrudan katılım sağladığı bir anayasa değişikliğinin, daha meşru bir zemine oturduğunu söylemek kanaatimizce yanlış olmayacaktır. Ancak burada da çeşitli uygulama biçimleri olduğu söylenebilecektir.

Anayasa değişikliğinin onay yetkisinin halka verildiği durumlarda, uygulamanın iki farklı şekilde olduğu görülmektedir.⁴⁹⁹ Bunlardan ilki; halk oylamasının zorunlu olduğu durumlardır. Yani bu yöntemin benimsendiği anayasal sistemlerde, anayasa değişikliğinin onaylanabilmesi için bu değişiklik doğrudan halk oylamasına sunulmaktadır. İsviçre, İrlanda ve Danimarka Anayasaları bu konuda verilebilecek en iyi örneklerdendir.⁵⁰⁰

Buna karşın bazı anayasal sistemlerde, değişiklik ancak bazı koşulların varlığı halinde halk oylamasına sunulmaktadır. Bu koşullar anayasalara göre farklılık göstermektedir. Örneğin Avusturya Anayasası gibi bazı anayasalarda, halk oylamasına ancak belli konulardaki anayasa değişiklikleri bakımından gidilebilmektedir.⁵⁰¹ Bu şekilde bir düzenlemeye sahip olan Avusturya Anayasasına⁵⁰² göre; yalnızca anayasanın tümü ile alakalı konulardaki değişiklikler için halk oylamasına gidilmektedir. Burada teknik olarak zorunlu bir halk oylamasının varlığında bahsedebilirsek de bu zorunluluk ancak belli koşulların varlığında söz konusudur.

Bazı sistemlerde ise halk oylaması ihtiyari olmakla birlikte, oylamaya gidilebilmesi bir mercii tarafından bu yönde bir karar alınmasıyla mümkün olabilmektedir. Bu yöntem bakımından halk oylaması kararı, bazı anayasal sistemlerde parlamentoya verilmişken⁵⁰³ bazı sistemlerde ise devlet başkanına halk oylaması için karar verme yetkisi verilmiştir.⁵⁰⁴ Buna ilaveten bazı

⁴⁹⁶ Hasan Tahsin Fendoğlu, **Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2020, s. 152.

⁴⁹⁷ Gözler, *Anayasa Hukukunun*, s. 128.

⁴⁹⁸ Boysen, s. 180.

⁴⁹⁹ Gözler, *Anayasa Hukukunun*, s. 128.

⁵⁰⁰ Kaboğlu, *Anayasa*, s. 32.

⁵⁰¹ Eroğlu, *Değiştirme Sorunu*, s. 74.

⁵⁰² 1920 Avusturya Anayasasının 35'inci maddesinde ilgili hüküm düzenlenmiştir. İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/au00000_.html, 15 Şubat 2022.

⁵⁰³ İspanya Anayasasının 167'nci maddesine göre; parlamento tarafından kabul edilen anayasa değişikliği her iki meclis üyelerinin 1/10'u tarafından talep edilmesi halinde referanduma sunulacaktır. İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionINGLES.pdf>, 19 Ağustos 2021.

⁵⁰⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 175'nci maddesine göre; "Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları, bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Meclis, geri gönderilen Kanunu, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilir." Burada Cumhurbaşkanına söz konusu anayasa değişikliğini halk oylamasına sunup sunmama konusunda seçme yetkisi verilmiştir.

anayasalarda ise anayasa değişikliğinin halk oylamasına sunulup sunulmama kararı, bizzat halk girişimiyle mümkün olmaktadır.⁵⁰⁵

Anayasa değişikliğinin onayı için halk oylamasının gerektiği sistemlerde, hangi süre içerisinde halk oylamasına gidilmesi gerektiği oldukça önemli olup anayasadan anayasaya göre çeşitlilik gösteren bir konudur. Kimi anayasa, bu süreyi oldukça kısa tutmuşken kimi anayasal sistemlerde bu süre fazlaca uzun olabilmektedir. Sürenin uzun olması, söz konusu anayasa değişiklik ihtiyacının karşılanamamasına yol açabilecekken fazla kısa olması anayasa değişikliğinin halk tarafından yeterince ve detaylı bir şekilde değerlendirilememesine sebep olacaktır.⁵⁰⁶ Bu nedenle halk oylamasına gidilmesi için anayasaların makul bir süre belirlemesi kanaatimizce oldukça önemlidir.

Tüm bu yöntemlerin yanı sıra, bazı ülke anayasaları ise onay yetkisi bakımından farklı yöntemler benimsemiştir. Bu duruma verilebilecek en iyi örnek ABD Anayasasıdır. Bu anayasaya göre anayasa değişikliği onay yetkisi ya eyaletlerin yasama organına ya da kurucu meclise aittir. Bu iki yöntemden hangisinin onaylama yetkisine sahip olduğuna ise kongre karar vermektedir.⁵⁰⁷

Görülmektedir ki tıpkı teklif ve karar safhası gibi anayasa değişikliklerinin onay safhası bakımından da anayasalar birtakım farklı yöntemler benimsemişlerdir. Nitekim anayasalar tarafından benimsenmiş olan bu yöntemler, kanaatimizce türev kurucu iktidarın biçimsel sınırlarının bir parçasını oluşturmaktadır. Zira asli kurucu iktidar tarafından benimsenen bu usuller, türev kurucu iktidarın tabi oldukları biçimsel kurallar olup bu kuralların dışına çıkılarak anayasa değişikliği yapılması hukuka uygun olmayacaktır.

2. 7. 2. Türev Kurucu İktidarın İçeriksel Sınırları

Daha önceki konu başlıklarında, türev kurucu iktidarın biçimsel sınırlarından bahsettik. Ancak türev kurucu iktidarın, yalnızca biçimsel sınırlara uyarak anayasada istediği şekilde değişiklik yapma yetkisinin olduğunu söylemek güçtür. Zira gerek parlamento gerekse değişiklikleri referandum ile onaylama bakımından halk, böylesine geniş ve sınırsız bir yetkiye sahip değildir.⁵⁰⁸ Nitekim birçok anayasada⁵⁰⁹ asli kurucu iktidar, türev kurucu iktidarın uymak zorunda olduğu bu biçimsel sınırların yanında birtakım içeriksel sınırlar da belirlemiştir. Ancak daha önce de belirtildiği üzere bu sınırların hukuki niteliği oldukça tartışmalıdır.

⁵⁰⁵ 1947 İtalya Anayasasının 138'inci maddesine göre; anayasa değişiklikleri yayımlandıkları tarihten itibaren üç ay içinde meclis üyelerinin beşte biri veya beş yüz bin seçmen veya beş bölgesel konsey tarafından talep edildiğinde halk oylamasına sunulacaktır.

⁵⁰⁶ Ali Rıza Çoban, **Anayasayı Değiştirme Yetkisi, Sınırları ve Denetimi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, s. 115.

⁵⁰⁷ Johnny H. Killian vd. (Ed.), **The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation**, U.S. Government Printing Office, 2004, s. 17-18.

⁵⁰⁸ San, s. 75.

⁵⁰⁹ Çalışmamızın bu bölümünün son konusu olarak, mukayeseli hukukta içeriksel sınırlara yer veren anayasalar detaylıca anlatılmıştır.

Anayasalara bakıldığında bazı anayasaların kurucu gücü, bu anayasalarda yer alan bazı hükümlerin değiştirilmesini yasaklamıştır. Diğer bir ifade ile bazı anayasalarda asli kurucu iktidarlar, anayasanın belli ilkelerinin değiştirmesini yasaklayarak bu ilkeleri sonsuza kadar korumuştur.⁵¹⁰ Nitekim doktrinde bu hükümlere dokunulmaz prensipler veya değiştirilmez prensipler adı verilmektedir.

Anayasalarda yer alan bu değiştirilemez prensipler, kimilerine göre⁵¹¹ türev kurucu iktidarın içeriksel sınırlarını oluşturmaktadır. Bu sınırlara hukuki bir mahiyet yükleyen bu görüşe göre türev kurucu iktidar, yetkilerini kullanırken tıpkı biçimsel sınırlar gibi içeriksel sınırlara da uymalıdır. Aksi durumda söz konusu anayasa değişikliği hukuka uygun bir niteliğe sahip olmayacaktır.⁵¹²

Değiştirilemez maddeler, ulus egemenliği konusunda ciddi tartışmalara yol açsa da sayısal olarak küçümsenmeyecek kadar çok anayasada değiştirilemez maddelere yer verilmektedir.⁵¹³ Türev kurucu iktidarın maddi sınırları olarak ifade edilen bu maddeler, çeşitli anayasalar bakımından farklı şekillerde düzenlenmiştir. Aşağıda detaylıca inceleneceği üzere konu bakımından, kimi anayasalar devletin şekli ile ilgili bir maddi sınır⁵¹⁴ benimsemişken kimi anayasalar toprak bütünlüğüne ilişkin birtakım maddi sınırlar⁵¹⁵ benimsemiştir.

Usul bakımından ise değiştirilemez maddeler ile ilgili genel uygulama, söz konusu maddelere yönelik açık birtakım değişiklik sınırlarının belirlenmesi şeklindedir.⁵¹⁶ Ancak bazı Yüksek Mahkemeler tarafından, anayasal sistemlerde değiştirilemez madde olarak açık sınırlamalar bulunmasa da örtülü birtakım sınırların olabileceği fikri ileri sürülmüştür. Nitekim bu duruma verilebilecek bir örnek olarak Kolombiya Anayasa Mahkemesi, 1991 Anayasasında değiştirilemez hiçbir madde bulunmamasına rağmen anayasanın temelini oluşturan ilkelerin, olağan yasama meclisi tarafından değiştirilemeyeceğini ileri sürmüştür.⁵¹⁷

Türev kurucu iktidarın içeriksel sınırlarını oluşturan değiştirilemez normların kapsamı ise anayasalara göre çeşitlilik göstermektedir. Bazı anayasalar bakımından tek bir norm değiştirilemez madde olarak kabul edilmiş olup bazı anayasalar ise birden fazla maddenin değiştirilemeyeceğini düzenlemiştir. Nitekim söz konusu içeriksel sınırların kapsamı, anayasalara göre asli kurucu iktidarlar tarafından belirlenmiştir.⁵¹⁸

⁵¹⁰ Gören, Anayasa Koyan Erk, s. 4.

⁵¹¹ Bkz. Gözler, Genel Teorisi, s. 340; San, s. 82.

⁵¹² Gözler, Genel Teorisi, s. 342.

⁵¹³ Çoban, s. 201-202.

⁵¹⁴ 1958 Fransız Anayasasının 89'uncu maddesi, 1976 Portekiz Anayasasının 288'inci maddesi bu anayasalara örnek verilebilir. İlgili anayasaların İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/po00000_.html, 04 Ekim 2021.

⁵¹⁵ 1976 Portekiz Anayasası bu anayasalara örnek verilebilir.

⁵¹⁶ Eren, s. 71.

⁵¹⁷ Eren, s. 71.

⁵¹⁸ Sezer, s. 142.

2. 7. 2. 1. İçeriksel Sınırların Mahiyetinin Fikirsal Temeli

Değiştirilemez maddelerin hukuki değeri, tıpkı varlıkları gibi geçmişten bugüne çokça tartışılan hususlardan biri olmuştur.⁵¹⁹ Bu tartışmanın, kurucu iktidar felsefesinin fikir önderlerinin biri olan Carl Schmitt'in kurucu iktidar teorilerine dayandığını söylemek yanlış olmayacaktır.⁵²⁰ Zira kanaatimizce değiştirilemez maddelerin özüne bakıldığında, tıpkı Schmitt'in anayasa ile anayasal yasa ayrımı gibi anayasa maddeleri arasında bir ayrım yapıldığı görülmektedir. Nitekim 1949 tarihli Federal Alman Anayasasında yer alan değiştirilemez maddelerin düşünsel kaynağının, Schmitt tarafından yapılan bu ayrıma dayandığı söylenmektedir.⁵²¹

Schmitt anayasa ile anayasal yasa arasında bir ayrım yapmıştır. Ona göre anayasa, politik düzene ilişkin ana kararlar olup⁵²² anayasa yapma eylemi kurucu iktidarın bir eylemidir.⁵²³ Anayasal yasa ise anayasadan farklı olarak ancak bir anayasa temelinde geçerli olup⁵²⁴ anayasanın resmi bir prosedürle metinleştirilen hukuki bir ifadesidir.⁵²⁵ Bu ayrımın bir sonucu olarak Schmitt, anayasa metninde yer alan düzenlemelerin hepsini eşit değerde kabul etmemiş ve anayasayı, anayasa metninden ayırarak daha üstün bir konuma oturtmuştur.

Diğer bir ifade ile Schmitt'e göre anayasa; en temel anlamıyla kurucu iktidar tarafından alınan politik bir karardır. Kurucu iktidar tarafından alınmış olan bu politik karar ile oluşan anayasa ile bu anayasaların yasaları arasında, yani bu anayasanın metni arasında önemli bir fark bulunmaktadır.⁵²⁶ Schmitt'in bu ayrımının, anayasa değişikliği bakımından önemli sonuçları olmuştur.

Ona göre anayasanın metninde değişiklik yapmak ile anayasada değişiklik yapmak aynı şey değildir. Anayasal yasalardan farklı olarak anayasada değişiklik yapmanın politik esasların değişmesi anlamına geleceğini söyleyen Schmitt⁵²⁷, bu nedenle bu değişikliğin yalnızca siyasi varlığın kendisi olan asli kurucu iktidar tarafından yapılabileceğini, türev kurucu iktidarın anayasada değişiklik yapma yetkisinin olmadığını ileri sürmüştür. Nitekim ona göre, kurucu iktidar bu değişikliği hiçbir prosedüre ve sınıra bağlı olmaksızın yapabilmektedir.⁵²⁸

Schmitt, anayasanın aksine anayasal yasaların ise anayasa değiştirici güç tarafından, yani türev kurucu iktidar tarafından değiştirilebileceğini ileri sürmüştür. Ancak türev kurucu iktidar bu değişikliği, asli kurucu iktidarın aksine mevcut anayasal prosedürlere uygun bir şekilde

⁵¹⁹ Anayurt, Genel Kısım, s. 210.

⁵²⁰ Göztepe, "Anayasa Öğretisi", s. 141.

⁵²¹ Göztepe, "Anayasa Öğretisi", s. 141.

⁵²² Schmitt, Verfassungslehre, s. 21'den Aktaran: Aydın, s. 318.

⁵²³ Dieter Grimm, "Constituent Power and Limits of Constitutional Amendments", **Nomos 2**, 2016, s. 5.

⁵²⁴ Schmitt, Constitutional, s. 75-76.

⁵²⁵ Grimm, s. 5.

⁵²⁶ Kardeş, s. 149.

⁵²⁷ Kardeş, s. 149.

⁵²⁸ Grimm, s. 5.

gerçekleştirebilecektir.⁵²⁹ Zira ona göre kurulmuş bir iktidar olan türev kurucu iktidar, kurucu iktidar tarafından meydana getirilmiş anayasanın yasaları ile bağlı olarak hareket edebilecektir.⁵³⁰

Sonuç itibari ile ona göre; anayasayı değiştirmeye yetkili olan organ ancak ve ancak anayasanın metninde değişiklik yapabilecektir. Anayasanın özünü oluşturan temel siyasi kararlar ile ilgili ise türev kurucu iktidar değişiklik yapamayacaktır.⁵³¹ Bu düşüncelerinden anlaşılmaktadır ki kanaatimizce Schmitt, anayasayı kurucu iktidarın politik bir kararı olarak gördüğü için politik bir karar olan anayasanın değiştirilmesinin, tıpkı yapılışı gibi ancak kurucu iktidar yetkisinde olduğunu kabul etmiştir.

Kanaatimizce Schmitt, anayasa ile anayasal yasa arasında bir ayrım yaparak ve değişiklik yetkisi bakımından da ikisinin farklı olduğunu ileri sürerek, türev kurucu iktidara içeriksel bir sınır çizmiştir. Zira ona göre türev kurucu iktidar, anayasada herhangi bir değişiklik yapamayacak olup yalnızca anayasal yasalarda değişiklik yetkisine sahiptir. Kanımızca Schmitt'in düşünceleri, türev kurucu iktidarın içeriksel olarak sınırlandırılabilmesi ve bu sınırlara uyulması gerektiği kabulüne kaynaklık etmektedir.

Anayasalarda yer alan bu değiştirilemez maddelerin, diğer bir ifade ile türev kurucu iktidarın içeriksel sınırlarının geçerliliği, türev kurucu iktidar ile asli kurucu iktidar ayrımının ve iki erk arasında bir hiyerarşi olduğunun kabulünü de beraberinde getirmektedir. Zira türev kurucu iktidar, anayasa tarafından düzenlenmiş bir erk olarak sınırlı bir yetkiye sahiptir ve bu sınırlar asli kurucu iktidar tarafından belirlenmiştir.⁵³² Dolayısıyla bu durum türev kurucu iktidar ile asli kurucu iktidar arasında bir hiyerarşinin varlığını ortaya koymaktadır.

Schmitt'in düşüncesine karşı aşağıda yer vereceğimiz üzere değiştirilemez maddelerin nispi bir niteliğe sahip olduğunu düşünenler de vardır. Onlara göre değiştirilemez maddelerin hukuki bir değeri olduğunun kabulü, bu maddelerin katı bir anayasal yorum felsefesine dayanarak ve süreç içinde meydana gelen sosyo-politik değişikliklerden bağımsız olarak, onu var eden asli kurucu iktidarın bakış açısı ile yorumlanmasını gerektirir.⁵³³ Ancak bu durumda yorum, kanaatimizce kaynağını doğru bir düşünce tarzından almamış olacaktır.

Bu düşünürlerden biri olan Karl Doehring, Carl Schmitt tarafından yapılan anayasa ile anayasa metni arasındaki ayrıma katılmakla birlikte değiştirilemez maddelerin mutlak niteliği ile ilgili görüşüne katılmamıştır. Ona göre; anayasa ile anayasal normlar arasındaki ayrım tartışmasız bir şekilde doğrudur. Ancak bu ayrımı kabul etmek, anayasal normlar değiştirilebilirken anayasanın, yani temel normların değiştirilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Zira ona göre:

⁵²⁹ Grimm, s. 5.

⁵³⁰ Kardeş, s. 154.

⁵³¹ San, s. 37.

⁵³² Gören, Anayasa Koyan Erk, s. 7.

⁵³³ Richard Albert, "Constitutional Handcuffs", *Arizona State Law Journal*, 2010, (Constitutional Handcuff), s. 679.

“Bütün devlet gücünün halktan çıktığı ilkesi, gelecekte de değiştirilmesi mümkün bulunmayan anayasa hükümleri ile bir çelişki yaratmaktadır”.⁵³⁴

James Wilson da benzer bir görüş dile getirmiştir. Ona göre üstün, mutlak ve kontrol edilemez güç ulusa aittir. O, anayasanın yasama organlarından daha üstün bir konumda olduğunu söylese de anayasanın üstünde de bir güç olduğunu ve bu üstün gücün ulusa ait olduğunu ileri sürmüştür. Bu düşüncelerin bir sonucu olarak Wilson, anayasaların insanlar tarafından istedikleri şekilde ve istedikleri zamanda değiştirilebileceğini ifade etmiştir. Zira ona göre bu hak, hiçbir pozitif kurum tarafından yok edilemeyecek nitelikte bir haktır.⁵³⁵

Nitekim bu düşünceye göre türev kurucu iktidarın maddi sınırları olarak adlandırılan değiştirilemez maddeler, adeta kâğıttan birer engel niteliğindedir. Duguit ve Barthelemy gibi bu görüşü savunanlar, türev kurucu iktidarın sınırsız olduğunu ileri sürmüşlerdir.⁵³⁶ Bu görüşün en önemli savunucularından biri olan J.J. Rousseau, ünlü eseri Toplum Sözleşmesinde, düşüncelerin şu şekilde ifade etmiştir:

“Çünkü her devlette yalnız bir tek iyi düzen varsa, bu düzeni bulan halk, sıkı sıkıya bağlanmalıdır ona. Ama kurulu düzen kötüyse, o zaman düzenin iyi olmasını engelleyen yasaları neden anayasa saymalı? Zaten her türlü durumda yasalarını, hatta en iyilerini bile değiştirmek halkın elindedir; çünkü kendi kendisine kötülük etmek isterse, onu bu işi yapmaktan alıkoymaya kimin hakkı olabilir?”⁵³⁷

Değiştirilemez maddelere mutlak surette uyulması gerektiği düşüncesi, anayasaların kabulünde ve anayasaların değiştirilmesinde baş aktörün halkın çoğunluğu olması nedeniyle eleştirilmiştir. Zira bu görüşe göre bu maddelerin hukuki bir değere sahip olduğu, ancak kurucu güç varsayımı ile anlam kazanmaktadır. Ancak bu varsayımın artık bir önemi bulunmamaktadır.⁵³⁸ Dolayısıyla kanaatimizce bu görüşte olanlara göre maddelere hukuki bir değer atfedilmemelidir. Çünkü egemen halkın değiştiremeyeceği bir maddenin hukuki bir değer taşıdığı kabul edilemeyecektir.

Nitekim 1793 tarihli Fransız Cumhuriyet Anayasasının 28’inci maddesi, adeta mutlak değişmezlik yasağına bir eleştiri niteliğinde olmuştur. Zira bu anayasanın 28’inci maddesine göre: “Bir kuşak, gelecek kuşakları yasalarla bağlı kılamaz.”. Buradan yola çıkılarak, anayasa değişikliğinin her daim halkın yetkisinde olduğunun madde metninde vurgulandığı söylenebilecektir.⁵³⁹ Nitekim benzer görüşler Rousseau tarafından da önceden dile getirilmiştir.

⁵³⁴ Karl Doehring, **Genel Devlet Kuramı** (Çev. Ahmet Mumcu), İstanbul, 2018, s. 158-160.

⁵³⁵ Kalyvas, s. 223.

⁵³⁶ Rona Serozan, “Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları”, **Journal of Istanbul University Law Faculty**, 37(1-4), 1971, s. 135.

⁵³⁷ Rousseau, s. 51.

⁵³⁸ Hans Haug, **Die Schranken der Verfassungsrevision**, Zurich, 1947, s. 182-183’den aktaran San, s. 82.

⁵³⁹ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 98.

Ona göre: “Bir toplumun kendisine değiştiremeyeceği kurallar koyması onun mahiyetine aykırıdır.”⁵⁴⁰

Konuyu 2009 yılında Venedik Komisyonu ele almıştır. Komisyon her ne kadar bu maddelerin gerekli olup olmadığıyla ilgili genel bir görüş bildirmese de bu maddelere yer verilmeyen birçok anayasal sistemin gayet iyi işlediğini vurgulamıştır. Komisyona göre tarihsel geçmişine bakıldığında hiçbir mutlak kuralın uygulamada mutlak olmadığından bahsetmiştir. Dolayısıyla değişen koşullar karşısında, değiştirilemez maddelerin bile değişebileceğini söyleyen komisyon, bu nedenle değiştirilemez normlar hakkında oldukça sınırlı bir yorum yapılması gerektiğini ileri sürmüştür.⁵⁴¹

Stern, türev kurucu iktidarın içeriksel olarak neden sınırlandırıldığını açıklamaya çalışmıştır. O, anayasaların istikrarlı olabilmeleri için değiştirilemez olmalarının istendiğini ve bu nedenle de anayasalara birtakım değiştirilemez kuralların koyulduğunu belirtmiştir. Ona göre bu tür maddelerin varlık amacı, birtakım ilkeleri ve hakları dokunulmaz kılarak koruma altına almaktır.⁵⁴²

Nitekim değiştirilemez maddelere bakıldığında, bu maddelerin çoğunlukla güçlü devrimler sonucunda ortaya çıkan anayasalarda yer aldığı görülmektedir.⁵⁴³ Stern’in dediği gibi bu devrimler sonucunda ortaya çıkan ilkeler, sonsuza kadar korunmak istenmiş olacak ki genellikle bu tür ilkelere değiştirilme yasağı getirilmiştir. Kanaatimizce Türk Anayasalarında yer alan değiştirilemez maddeler de aynı amaçla asli kurucu organlar tarafından düzenlenmiştir.

Ancak Stern’e göre; her ne kadar amacı bu olsa da bu maddelerin, anayasa koyucu için bir engel oluşturma ihtimali olabileceği unutulmamalıdır. Bu nedenle bu değiştirilemezliğin bir sınırı olmalıdır. Ona göre: “Anayasanın istikrarı katılıkla karıştırılmamalıdır. Anayasa, yalnızca bugünün değil geleceğin de ihtiyaçlarını karşılayabilmelidir. Ulusun taleplerini karşılamaktan büyük ölçüde uzaklaşırsa ve yalnızca bir dizi katı kurallar bütünü olarak algılanmaya başlanırsa, anayasanın değiştirilmesi mümkün olmalıdır.”⁵⁴⁴

Stern’in bu sözlerinden yola çıkarak söylenebilir ki o, değiştirilemez maddelere hukuki bir nitelik yüklemekle birlikte buna bir sınır getirmiştir. Kanaatimizce ona göre, değiştirilemez maddelerin hangi amacı taşıdığına bakılmaksızın değişen koşullar karşısında ciddi bir anayasa değişim ihtiyacı ortaya çıkmışsa, bu ihtiyacın önünde bu maddelerin bir engel oluşturmaması gerekmektedir. Sonuç itibarıyla belirtmek gerekir ki her ne kadar değiştirilemez maddelerin hukuki niteliği tartışmalı olsa da doktrindeki baskın görüş bu maddelerin mutlak değil nispi bir niteliğe sahip olduğu yönündedir.⁵⁴⁵

⁵⁴⁰ Eren, s. 72.

⁵⁴¹ Venice Commission, “**Report on Constitutional Amendment**”, 11-12 December 2009, Study No. 469/2008, CDL-AD (2010)001, s. 43.

⁵⁴² Stern, s. 52.

⁵⁴³ Sezer, s. 145.

⁵⁴⁴ Stern, s. 52.

⁵⁴⁵ Eren, s. 72.

2. 7. 2. 2. İçeriksel Sınırların İlk ve En Önemli Basamağı: Değişiklik Usullerinin Değiştirilemezliği

Türev kurucu iktidarın, değişiklik usullerini değiştirip değiştiremeyeceği çokça tartışmaya yol açmıştır. Öğretide bazı görüşlere göre değişiklik usulünü düzenleyen normlar da tıpkı diğer normlar gibi olup değiştirilmelerinde hiçbir engel yoktur. Ancak buna karşın bazı görüşlere göre ise bu pozitivist bakış açısının kabulü mümkün olmayacaktır.⁵⁴⁶

Değişiklik kuralları, anayasal demokrasilerde anayasa metnlerinin değiştirilmesine ilişkin prosedürleri sağlamlaştırarak siyasi aktörleri de kısıtlamaktadır. Bu minvalde bu kurallar, anayasa değişikliklerini olağan kanun değişikliklerinden ayırmaktadır. Bu sebeptendir ki bu görüşe göre değişiklik kuralları, anayasanın en önemli parçasını oluşturmaktadır.⁵⁴⁷

Anayasa değişiklik usulünü düzenleyen anayasa normlarının diğer normlardan farklı olduğunu savunan bu görüşe göre⁵⁴⁸ anayasa, en yüksek yasadır ve kendi değişikliği için oluşturduğu hukuk kuralları emsalsiz bir öneme sahiptir. Zira onlara göre bu kurallar, diğer tüm anayasal normların yasal olarak değiştirilebileceği koşulları tanımlamaktadır.⁵⁴⁹ Hatta kimilerine göre bu maddeler, anayasaların “anahtar kısmı” olarak nitelendirilmiştir.⁵⁵⁰

Anayasa değişikliğine ilişkin maddelerin anayasanın böylesine önemli birer parçası olduğunu düşünen bu görüş, elbette beraberinde bu maddelerin değiştirilmesine ilişkin birtakım sınırlamalar talep edecektir. Nitekim bazı görüşlere göre; anayasa değişikliğine ilişkin maddelerin anayasanın diğer maddelerini koruyabilmesinin yolu, elbette ki kendileri ile ilgili de birtakım güvencelerin düzenlemesinden geçmektedir.⁵⁵¹

Değişiklik maddelerinin önemi göz önünde bulundurulduğunda ise bunun ancak iki şekilde yapılabileceği düşünülmüştür. Bunlardan ilki; değişiklik maddelerinin değiştirilebilmesi için diğer anayasa maddelerine göre daha yüksek bir oran aranmasıdır. İkincisi ise; değişikliğe ilişkin anayasa maddelerinin değiştirilmesinin yasaklanmasıdır. Ancak uygulamaya bakıldığında, oldukça az sayıda anayasada, değişiklik hükümlerine ilişkin daha yüksek bir oran arandığı gözlemlenmektedir.⁵⁵²

Tüm bunların yanı sıra hiçbir yasak olmamasına rağmen, bu maddelerin önemleri dolayısıyla kendiliğinden değiştirilmezlik kisvesi altında olduğunu savunanlar da olmuştur. Bu düşünürlerden biri Carl Schmitt’tir.⁵⁵³ O, anayasa değişiklik usulünün yasaklanmasa bile değiştirilemeyeceğini

⁵⁴⁶ Anayurt, Genel Kısım, s. 216.

⁵⁴⁷ Richard Albert, “Amending Constitutional Amendment Rules”, **International Journal of Constitutional Law**, 13(3), 2015, (Rules), s. 655.

⁵⁴⁸ Anayurt, Genel Kısım, s. 216.

⁵⁴⁹ Akhil Reed Amar, “The Consent of The Governed: Constitutional Amendment Outside Article V”, **Columbia Law Review**, 94(457), s. 461.

⁵⁵⁰ Anayurt, Genel Kısım, s. 216.

⁵⁵¹ Frank I. Michelman, “Thirteen Easy Pieces”, **Michigan Law Review**, 93(6), 1995, s. 1303.

⁵⁵² Albert, Rules, s. 655-685.

⁵⁵³ Anayurt, Genel Kısım, s. 216.

ileri sürmüştür.⁵⁵⁴ Oysa pozitivist bir yaklaşımla bakıldığında bu maddelerin değiştirilmeleri açıkça yasaklanmamışsa, maddelerin değiştirilmeleri önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.⁵⁵⁵

2. 7. 2. 3. Değiştirilemez Maddelerin Mukayeseli Hukuktaki Yeri

Bu bölümde mukayeseli hukuktaki değiştirilemez maddeleri inceleyeceğiz. Aşağıda detaylıca anlatacağımız üzere değiştirilemez maddelerin varlığı ve sayısı anayasalara göre farklılık göstermektedir. Kimi anayasalarda bu sınır, belli maddelerin değiştirilemeyeceği belirtilerek açık bir şekilde koyulmuştur. Ancak kimi anayasalarda değiştirme yasağı açık bir şekilde dile getirilmemişse de örtülü bir değiştirilme yasağı benimsenmiştir.⁵⁵⁶ İster zımni bir şekilde isterse açık bir şekilde düzenlensin, yukarıda tartışmalara yer verdiğimiz üzere bu maddeler, kimilerine göre türev kurucu iktidarın içeriksel sınırlarını oluşturmaktayken kimilerine göre bu maddelerin herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

Tıpkı varlığı ve sayıları gibi hangi konular bakımından değiştirilme yasağının düzenlendiği de anayasalara göre çeşitlilik göstermektedir. Ancak her ne kadar sayıları ve konuları değişiklik gösterse de anayasalara bakıldığında, değiştirilemez maddelerin konusunun ağırlıklı olarak devlet şekli, hükümet şekli gibi hususlardan oluştuğu söylenebilecektir. Bununla birlikte bu normların konusunun özellikle hükümet şekli ile ilgili olduğu ise yaygın bir biçimde anayasalarca kabul edilmiştir.⁵⁵⁷

Bazı anayasalarda hükümet şekli olarak Cumhuriyetin değiştirilemez maddelerin konusunu oluşturduğu görülürken bazı anayasalarda ise hükümet şekli olarak monarşi değiştirilemez maddelerin konusunu oluşturmuştur. Bu noktada geçmişten günümüze dünya anayasalarına bakıldığında, örnek olarak 1934 Peru Anayasasında hükümet şeklinin Cumhuriyet olduğu ve bunun değiştirilemeyeceği kabul edilmiştir. Yine benzer bir şekilde 1946 Fransız Anayasasında da hükümet şeklinin değiştirilemeyeceği anayasa tarafından kabul edilmiştir.⁵⁵⁸

Benzer şekilde 1947 İtalya Anayasasında ve 1958 Fransız Anayasasında da hükümet şeklinin Cumhuriyet olduğu ve söz konusu maddenin değiştirilemeyeceği kabul edilmiştir.⁵⁵⁹ Buna karşın yukarıda da belirtildiği üzere bazı anayasalar, monarşinin hükümet şekli olduğunu belirtmiş ve bu

⁵⁵⁴ Carl Schmitt, **Verfassungslehre**, 1928 baskısının tıpkıbasımı, Berlin, 1954, s. 102'den Aktaran: Can, Kurucu, s. 83.

⁵⁵⁵ Anayurt, Genel Kısım, s. 216.

⁵⁵⁶ Eren, s. 71.

⁵⁵⁷ Sezer, s. 143.

⁵⁵⁸ Kemal Dal, **Anayasa Hukuku (Temel İlkeler)**, Ankara, 1992, (Temel İlkeler), s. 78.

⁵⁵⁹ Fendoğlu, s. 150.

maddenin değiştirilmesini yasaklamıştır. 1992 Fas Anayasası⁵⁶⁰ ve 1962 Kuveyt Anayasası⁵⁶¹ bu duruma örnek gösterilebilecektir.

Cumhuriyetçiliğin yanı sıra devletin federal yapısına ilişkin hükümlerin de değiştirilmesini yasaklayan bazı anayasalar sistemler vardır. Bu duruma 1988 Brezilya Anayasası⁵⁶² örnek gösterilebilir. Bu anayasanın 60'ıncı maddesinin 4'üncü fıkrasına göre devlerin federal yapısı değiştirilemeyecektir.

1787 Amerika Anayasasına bakıldığında, birkaç değiştirilemez maddenin var olduğu görülmektedir. ABD Anayasasının değişiklikle ilgili 5'nci maddesine göre:

“Kongre, iki Meclisin üçte ikisi gerekli gördüğünde bu Anayasa’da değişiklik teklifinde bulunur veya Eyaletlerin üçte ikisinin yasama organlarının istekleri üzerine, değişiklik teklif etmek üzere bir Kurucu Meclis toplar; her iki durumda da değişiklikler, Kongre’nin teklif edeceği onaylama usulüne uyularak, ya Eyaletlerin dörtte üçünün yasama organları tarafından, ya da her Eyalette bu sebeple toplanan Kurucu Meclislerin dörtte üçü tarafından onaylandıkları zaman, her noktada ve her amaçta bu Anayasanın ayrılmaz parçası haline gelirler. Bununla birlikte, birinci maddenin 9. bölümünün birinci ve dördüncü bentlerinde, 1808 yılından önce herhangi bir değişiklik yapılamayacak ve hiçbir Eyalet, rızası olmadıkça Senato’daki eşit oy hakkından yoksun bırakılamaz”⁵⁶³

Amerikan Anayasasının bu maddesi, 1808 yılına kadar herhangi bir değişiklik yapılamayacağını düzenlemiştir. Bu durumda değiştirilemez maddelerin belli bir süre için koyulduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte 1787 Amerikan Anayasasının, “Eyaletlere Verilen Garantiler” başlıklı bölümünde ise eyaletlere ilişkin Cumhuriyetçi yönetimin zorunlu olduğu ve buna ilişkin maddenin değişikliğinin yasaklandığı yer almaktadır. Buradaki değişiklik yasağının ise sürekli olduğu söylenebilecektir.

Avrupa kıtasında yer alan ülkeler incelendiğinde ise bazı ülke anayasalarında, bir veya birden fazla değiştirilemez maddelerin yer aldığı görülmektedir. Federal Almanya Anayasasına bakıldığında bu anayasanın 79'uncu maddesinde anayasa değişikliği düzenlenmiş olup bu maddenin 3'üncü fıkrasında ise birtakım değiştirilemez hususlar düzenlenmiştir. Bu fıkra göre federasyonun eyaletlere bölünmesine, eyaletlerin ise yasamaya esasen katılmaları ilkesine ilişkin anayasa değişikliği yapılamayacağı gibi 1 veya 20'nci maddelerde yazılı hususlara ilişkin de anayasa değişikliği yapılamayacaktır.

1976 Portekiz Anayasasında ise değiştirilemez maddelerin kapsamı son derece geniş tutulmuştur. Zira bu anayasada, birden fazla hükmün değiştirilmesi yasaklanmıştır. Anayasanın

⁵⁶⁰ 1992 Fas Anayasasının 100'üncü maddesine göre: “Devletin monarşik yapısı ve İslam dinine ilişkin hükümler anayasa değişikliğine konu olamaz”. İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/mo00000_.html, 02 Ekim 2021.

⁵⁶¹ 1962 Kuveyt Anayasasının 175'inci maddesi, amiri sistemine ilişkin hükümlerle ilgili değişiklik yapılmayacağı yönündedir. İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/ku00000_.html, 02 Ekim 2021.

⁵⁶² İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/br00000_.html, 02 Ekim 2021.

⁵⁶³ İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/us00000_.html, 04 Ekim 2021.

288'nci maddesinde, birtakım hususlar sayılmış ve bu hususlara aykırı değişiklik yapılamayacağı belirtilmiştir.⁵⁶⁴

Bu maddenin yanı sıra aynı anayasanın 289'uncu maddesinde, sıkıyönetim ve olağanüstü hâl rejiminin ilan edildiği durumlarda anayasa değişikliği yapılması tümden yasaklanmıştır. Nitekim görülmektedir ki yukarıda incelediğimiz birçok anayasaya kıyasla Portekiz Anayasasında, değiştirilemez maddeler oldukça geniş bir yer tutmaktadır. Bu anayasa bakımından türev kurucu iktidar, maddi anlamda çok daha fazla sınırlamaya tabiidir.

Ancak tüm bu sınırlamaların, değiştirilemez maddelere hukuki bir mahiyet yüklediği durumlarda söz konusu olabileceği de unutulmamalıdır. Zira aksi görüşte olanlar için türev kurucu iktidarın hiçbir içeriksel sınırı bulunmamaktadır. Daha önce de söylenildiği gibi bu görüşte olanlar için değiştirilemez maddeler, adeta kâğıttan birer engelden başka bir şey değildir.

1975 Yunanistan Anayasasında⁵⁶⁵ da benzer şekilde bazı hükümlerin değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu anayasanın 110'uncu maddesinde, devlet başkanının Cumhurbaşkanı olduğu Parlamenter Cumhuriyet Hükümetinin temelini ve şeklini belirleyen anayasal hükümlerin değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir. Buna ilaveten anayasanın 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının, 4'üncü maddesinin 1, 4 ve 7'nci fıkralarının, 5'inci maddesinin 1 ve 3'üncü fıkralarının, 13'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının ve 26'ncı maddenin değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir.

1991 Romanya Anayasasında yukarıda belirtilen diğer anayasalar gibi değiştirilemez maddelere rastlanmaktadır. Bu anayasanın 148'nci maddesinde, türev kurucu iktidarın maddi sınırları düzenlenmiştir. Bu maddeye göre: “*Romanya devletin milli, bağımsız, üniter ve bölünmez karakterine, Cumhuriyet yönetim şekline, toprak bütünlüğüne, yargı bağımsızlığına, siyasi çoğulculuğuna ve resmi diline ilişkin hükümler anayasa değişikliğine konu edilemez.*”⁵⁶⁶

Norveç Anayasasının 112'nci maddesinde de anayasa değişikliklerinin, anayasada yer alan ilkelerle çatışmaması gerektiği düzenlenmiştir.⁵⁶⁷ Dolayısıyla bu anayasadaki değiştirilemez normun, anayasada yer alan ilkeler olduğu söylenebilecektir. Bu anayasaların yanı sıra birçok Asya kıtası ve Ortadoğu ülkesi anayasalarında da değiştirilemez maddelere rastlanmaktadır. Öyle ki 1995 Azerbaycan, 1995 Ermenistan, 1979 İran, 2004 Afganistan Anayasalarında da değiştirilemez normlar bulunmaktadır.

Azerbaycan Anayasasının 155'inci maddesinde 1, 2, 6, 7, 8, ve 21'nci maddelerinin değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir.⁵⁶⁸ Benzer şekilde Ermenistan Anayasasının da 114'ncü maddesinde, anayasanın 1, 2, ve 114'üncü maddelerinin değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir.⁵⁶⁹ İran

⁵⁶⁴ İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/po00000_.html, 04 Ekim 2021.

⁵⁶⁵ İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/gr00000_.html, 04 Ekim 2021.

⁵⁶⁶ İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/ro00000_.html, 04 Ekim 2021.

⁵⁶⁷ İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/no00000_.html, 04 Ekim 2021.

⁵⁶⁸ İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/aj00000_.html, 04 Ekim 2021.

⁵⁶⁹ İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/am00000_.html, 04 Ekim 2021.

Anayasasında değiştirilemez normlar bulunmakta olup anayasanın 177’inci maddesinin son fıkrasında, değiştirilemez olan hususlar belirtilmiştir.⁵⁷⁰

Afganistan Anayasasının 149’uncu maddesinde, değiştirilemez hükümler düzenlenmiştir. Bu maddeye göre İslam Cumhuriyeti rejimine ilişkin hükümler ile kutsal İslam dininin esaslarına ilişkin esaslar değiştirilemeyecektir. Maddenin ikinci fıkrasında ise insan hakları ile ilgili değişikliklerin, yalnızca onların daha etkin kılınması için yapılabileceği düzenlenmiştir.⁵⁷¹

1990 Namibia Anayasasında da değiştirilemez maddeler düzenlenmiştir. Bu anayasanın 131’inci maddesinde, anayasanın 3’üncü bölümünde düzenlenmiş olan insan hak ve özgürlüklerini sınırlandıracak hiçbir anayasa değişikliğinin yapılamayacağı düzenlenmiştir.⁵⁷² Buna karşın Hollanda, Belçika gibi ülke anayasalarında değiştirilemez maddelere yer verilmemiştir.⁵⁷³

Sonuç olarak her ne kadar niteliği son derece tartışmalı olsa da birçok anayasal sistemde değiştirilemez maddelerin var olduğu görülmektedir. İçerik olarak genellikle hükümet şekli, devlet şekli gibi hususları düzenleyen değiştirilemez maddeler, yukarıda detaylıca incelediğimiz üzere anayasal sistemlere göre çok farklı konuları da düzenleyebilmektedir. Nitekim anayasalarda yer alan bu maddelerin, türev kurucu iktidarın maddi sınırlarını oluşturduğu kabul edilmektedir.

⁵⁷⁰ İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/ir00000_.html, 04 Ekim 2021.

⁵⁷¹ İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/af00000_.html, 04 Ekim 2021.

⁵⁷² İlgili anayasanın İngilizce metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/icl/wa00000_.html, 11 Ekim 2021.

⁵⁷³ Doebling, s. 162.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. TÜRK ANAYASALARI BAKIMINDAN TÜREV KURUCU İKTİDAR YETKİSİ VE SINIRLARI

3. 1. 1982 Anayasasına Kadar Türk Anayasalarında Türev Kurucu İktidar Yetkisi

Batılı devletlerin aksine Osmanlı Devletindeki anayasal hareketler, herhangi bir sınıf çatışmasının sonucu olmayıp daha ziyade yok olmak üzere olan imparatorluğun yeniden yükselmesi için alınan önlemlerden ibarettir. Bu amaçla hareket eden birtakım devlet ileri gelenleri, Batılı devletlerdeki çözümleri uygulayarak imparatorluğun çökmesini engellemek istemişlerdir.⁵⁷⁴ Nitekim bu amaçlar doğrultusunda, Osmanlı Devletindeki ilk anayasal hareket olan 1808 tarihli Sened-i İttifak imzalanmıştır. Bu gelişmeyi 1839 Tanzimat ve 1856 Islahat Fermanları takip etmiştir. 1876 yılına gelindiğinde ise Türk tarihinin ilk anayasası olan Kanun-i Esasi düzenlenmiştir.⁵⁷⁵

1876 Kanun-i Esasiden başlayarak hala yürürlükte olan 1982 Anayasasına kadarki Türk Anayasalarına bakacak olursak, bu anayasaların genellikle sert anayasa niteliği taşıdığı görülmektedir.⁵⁷⁶ Diğer bir ifade ile bu anayasalarda, anayasa değişikliğinin adi kanunlardan farklı yöntemler ile yapılabileceği kabul edilmiştir.⁵⁷⁷ Zira bu anayasaların neredeyse tamamında⁵⁷⁸ anayasa değişiklikleri normal kanun değişikliklerine göre daha zor usullerle yapılabilmekle beraber 1961⁵⁷⁹, 1982⁵⁸⁰ Anayasaları gibi bazı anayasalarda ise değiştirilemez maddelerin düzenlendiği de görülmektedir.

⁵⁷⁴ Soysal, Anayasa Kültürü, s. 17.

⁵⁷⁵ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Yayınları, 2019, (Türk Anayasa), s. 19.

⁵⁷⁶ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, (Anayasa Hukuku), s. 168.

⁵⁷⁷ Fendoğlu, s. 145.

⁵⁷⁸ Osmanlı-Türk Anayasal gelişmelerine bakıldığında yalnızca 1921 Anayasasının yumuşak nitelikte olduğu, bu anayasada anayasa değişikliği ile ilgili hiçbir hükmün bulunmadığı söylenebilmektedir.

⁵⁷⁹ 1961 Anayasasının 155'inci maddesinde, anayasa değişikliği yöntemi düzenlenmiştir. Bu maddeye göre: "Anayasanın değiştirilmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler ivedilikle görüşülemez. Değiştirme teklifinin kabulü, Meclislerin ayrı ayrı üye tamsayılarının üçte iki çoğunluğunun oyuyla mümkündür".

⁵⁸⁰ 1982 Anayasasının 175'inci maddesinde, anayasa değişikliğinin ancak nitelikli bir çoğunlukla yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu maddeye göre: "Anayasanın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür. Değiştirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür".

3. 1. 1. 1876 Kanun-i Esasi Bakımından Türev Kurucu İktidar Yetkisi

1876 Kanun-i Esasi, üyeleri padişah tarafından seçilen Anayasa Hazırlama Komisyonu tarafından hazırlanmıştır.⁵⁸¹ Şekli anlamda bir anayasa olan Kanun-i Esasi, katı niteliğe sahip bir anayasa olup⁵⁸² bu anayasada, anayasanın üstünlüğü ilkesi de kabul edilmiştir.⁵⁸³ İlk Türk Anayasası olan 1876 Kanun-i Esasi, değiştirilme usulünü diğer birçok anayasa gibi düzenlemiştir.⁵⁸⁴ Dolayısıyla bu anayasada, türev kurucu iktidar yetkisinin kime ait olduğu ve bu iktidarın sınırları, yine anayasa metninde düzenlenmiştir. Bu düzenlenme anayasanın 116'ncı maddesinde yer almaktadır.⁵⁸⁵

Anayasaya göre anayasa değişiklik teklifi; Bakanlar Kurulu, Meclis-i Mebusan veya Senatoya yani Meclis-i Ayan'a aittir.⁵⁸⁶ Ancak Bakanlar Kurulunun da tamamen padişahın kontrolünde olduğu düşünülürse, anayasa değişikliği teklif yetkisinin yürütme bakımından padişaha ait olduğu söylenebilecektir.⁵⁸⁷ Nitekim teklif hususunda padişah ile meclisin ortak yetkisi olduğu söylenebilir. Bu yönüyle Türk Anayasa tarihinde, yürütmeye teklif yetkisi veren tek anayasa 1876 Kanun-i Esasidir.⁵⁸⁸

Kabul yetkisi ise 116'ncı maddenin devamında düzenlenmiştir. Maddeye göre; anayasa değişikliğinin geçerli olabilmesi için Meclis-i Umuminin, yani hem Meclis-i Ayan'ın hem de Meclis-i Mebusan'ın üye tamsayısının 2/3 çoğunluğuyla anayasa değişikliğini kabul etmesi gerekmektedir. Değişiklik teklifi, öncelikle Meclis-i Mebusan'da nitelikli çoğunlukla kabul edildikten sonra aynı nitelikli çoğunlukla Meclis-i Ayan'da da kabul edilmelidir ki teklif için onay safhasına geçilebilsin.⁵⁸⁹ Görülmektedir ki her iki meclis için de anayasa değişikliği için nitelikli çoğunluk aranmaktadır.

Tüm bunların yanı sıra Kanun-i Esasi bir de onay safhası düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre anayasa değişikliği, usulüne göre teklif edilip anayasada düzenlenen şekli ile kabul edildikten

⁵⁸¹ Fendoğlu, s. 229.

⁵⁸² Gözler, Türk Anayasa, s. 56.

⁵⁸³ Kanunu Esasi'nin 115'inci maddesine göre: "Kanun-i Esasinin bir maddesi bile hiçbir sebep ve bahane ile tatil veya icradan ıskat edilemez". Nitekim anayasada yer alan bu madde anayasanın üstün nitelikte kabul edildiğini ve anayasanın her koşulda üstün bir norm olarak bağlayıcı olduğunu bizlere göstermektedir.

⁵⁸⁴ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 127.

⁵⁸⁵ 1876 Kanun-i Esasi'nin 116'ncı maddesine göre: "Kanun-i Esasinin mevaddı mündericesinden bazılarının icabı hale ve vakte göre tagyir ve tadiline lüzumu sahih ve kat'i görüldüğü halde zikri ati şerait ile tadili caiz olabilir. Şöyleki ya Heyeti Vükelâ veya Heyeti Âyan veya Heyeti Mebusan tarafından işbu tadile dair bir teklif vukubulduğu halde evvelâ Meclisi Mebusanda azayı mürettebenin sülûsan ekseriyetile kabul Meclisi Âyanın keزالik sülûsan ekseriyetile tasdik edildikten sonra iradei seniye dahi o merkezde sudur eder ise tadilâtı meşruha düsturulamel olur ve Kanunu Esasinin tadili teklif olunan bir maddesi bervecchi meşruh müzakeratı lâzimesinin icrasile iradei seniyesinin suduruna kadar hüküm ve kuvvetini kaip etmeksizin meriyülicra tutulur".

⁵⁸⁶ Fendoğlu, s. 145.

⁵⁸⁷ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 128.

⁵⁸⁸ Gerek 1921, 1924 Anayasalarında gerekse 1961, 1982 Anayasalarında; anayasa değişikliği teklif yetkisi yalnızca yasama organına verilmiştir.

⁵⁸⁹ Süheyl Batum, **Anayasa ve İnsan**, Cumhuriyet Kitapları, 2011, (Anayasa), s. 138.

sonra padişah tarafından onaylanmalıdır.⁵⁹⁰Nitekim bu anayasada onay yetkinin yalnızca ve kesin bir şekilde padişaha ait olduğu söylenebilecektir.⁵⁹¹Sonuç olarak anayasa değişiklik teklifi, padişahın onaylamasıyla birlikte kesinleşmektedir.⁵⁹²

Bu bilgiler ışığında anayasa değişikliği için geçirilen teklif, kabul ve onay safhaları göz önünde bulundurulduğunda; türev kurucu iktidar yetkisinin Meclis-i Umumi 'ye ait olduğu söylenebilecektir. Ancak söz konusu anayasa değişikliğinin yürürlüğe girebilmesi için padişaha onay yetkisi verilmesi bakımından, Meclis-i Umumi'nin bu yetkiyi kullanırken padişahın onayına ihtiyaç duyduğu da yadsınamaz bir gerçektir. Nitekim bu yönüyle bazı yazarlar⁵⁹³, 1876 Anayasası bakımından türev kurucu iktidar yetkisinin padişah ile meclis arasında paylaşıldığını söylemiştir.

3. 1. 2. 1921 Anayasası Bakımından Türev Kurucu İktidar Yetkisi

1921 Anayasasının yapımı bakımından herhangi bir çoğunluk aranmadığı gibi değiştirilmesi bakımından da anayasada nitelikli bir çoğunluk düzenlenmemiştir.⁵⁹⁴ Öyle ki bu anayasada, anayasaların nasıl değiştirileceğine dair hiçbir hüküm düzenlenmemiştir.⁵⁹⁵Nitekim daha önce de belirtildiği üzere anayasa değişikliği ile ilgili anayasada herhangi bir düzenleme bulunmadığı durumlarda, anayasa değişikliği adi kanunların yapım usullerine uyularak yapılmaktadır.

Adi kanunlar gibi değiştirilebileceği göz önüne alındığında, 1921 Anayasasının yumuşak nitelikte bir anayasa olduğu da söylenebilecektir. Bu değişiklik usulünün diğer bir sonucu olarak ise bu anayasa bakımından, türev kurucu iktidar yetkisinin sahibinin yasama organı olduğu söylenebilir. Son olarak anayasada herhangi bir değişiklik usulü düzenlenmediği için, 1921 Anayasasında türev kurucu iktidarın değişiklik yetkisini kullanırken herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadığı da ileri sürülebilecektir.

3. 1. 3. 1924 Anayasası Bakımından Türev Kurucu İktidar Yetkisi

Cumhuriyet dönemi itibariyle düzenlenen ilk katı anayasa 1924 Anayasasıdır.⁵⁹⁶ 1924 Anayasası, 1921 Anayasasından farklı olarak Kanun-i Esasi gibi değiştirilme yöntemini düzenlemiştir. Nitekim bu anayasanın 102'nci maddesinde, anayasa değişikliklerinin kim

⁵⁹⁰ 1876 Kanun-i Esasi'nin 116'ncı maddesinde; söz konusu anayasa değişikliğine ilişkin irade-i seniyenin südur etmesi gerektiği belirtilmiştir. Diğer bir ifade ile anayasa değişikliğinin son safhası olarak padişah onayı, ilgili kanun maddesinde düzenlenmiştir.

⁵⁹¹ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 128.

⁵⁹² Gören, Anayasa, s. 447.

⁵⁹³ Bkz. Gözler, Türk Anayasa, s. 56-57.

⁵⁹⁴ Özbudun, Türk Anayasa, s. 169.

⁵⁹⁵ Eren, s. 193.

⁵⁹⁶ Batum, Anayasa, s. 138.

tarafından ve hangi usullerle yapılacağı belirtilmiştir.⁵⁹⁷İlgili maddeye göre; anayasa değişikliği TBMM tarafından, üye tam sayısının 1/3'ünün teklifi ve 2/3'ünün kabulü ile yapılabilecektir.

1924 Anayasasının anayasa değişikliği bakımından nitelikli bir çoğunluk aradığı açıktır. Dolayısıyla bu anayasanın katı bir anayasa olduğu söylenebilecektir. Bu yönüyle 1876 Kanun-i Esasi ile aralarında bir fark olmasa da onay safhası bakımından iki anayasa ayrılmaktadır.⁵⁹⁸Zira bu anayasada herhangi bir onay safhası düzenlenmemiş olup değişiklik bakımından Cumhurbaşkanına herhangi bir yetki vermemiştir.⁵⁹⁹Nitekim Cumhurbaşkanı, değişiklik teklifini yeniden görüşmek üzere Meclise iade etmeye de yetkili değildir.⁶⁰⁰

Cumhuriyet döneminin ilk katı anayasası olmasının yanında, 1924 Anayasası nitelik itibarıyla bir başka ilke daha sahiptir. Bu anayasada, türev kurucu iktidar bakımından biçimsel sınırların yanında içeriksel sınırlar da düzenlenmiştir. Anayasanın ilgili maddesine göre devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hususunun değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir.⁶⁰¹ Bu yönüyle 1924 Anayasası, değiştirilemez bir hükme yer vererek türev kurucu iktidar bakımından içeriksel sınır düzenleyen ilk anayasadır.⁶⁰²

Netice itibarıyla bu bilgiler ışığında, bu anayasa bakımından türev kurucu iktidar yetkisinin yasama organına ait olduğu söylenebilmektedir. Gerek anayasa değişikliği için nitelikli çoğunluğa uyulması gerekliliği bakımından gerekse anayasada değiştirilemez madde bulunması itibarıyla 1924 Anayasasının, türev kurucu iktidarın içeriksel ve biçimsel sınırlara tabi tutulduğu bir sistem düzenlediği ileri sürülebilecektir. Ancak tekrar belirtecek olursak; bu maddelerin birer sınır olup olmadığının tartışmalı olduğu da unutulmamalıdır.

3. 1. 4. 1961 Anayasası ve Türev Kurucu İktidar

1961 Anayasası bir askeri darbe sonucundan hazırlanmış ve yürürlüğe girmiştir.⁶⁰³ Bu anayasa da diğer anayasalar gibi, bir önceki anayasal düzene tepki olarak meydana getirilmiştir.⁶⁰⁴ 1961 Anayasası, her ne kadar askeri bir darbe gölgesinde hazırlanmışsa da bu anayasanın liberal bir sistem içerisinde hazırlandığı söylenebilmektedir.⁶⁰⁵Bu anayasayı, yine bir darbe anayasası olan 1982 Anayasası takip etmiştir.⁶⁰⁶

⁵⁹⁷ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 133.

⁵⁹⁸ Eroğlu Değiştirme Sorunu, s. 133.

⁵⁹⁹ Özbudun, Türk Anayasa, s. 169.

⁶⁰⁰ Gören, Anayasa, s. 448.

⁶⁰¹ 1924 Anayasasının 102'nci maddesinin son fıkrasına göre: "İşbu kanunun şekli Devletin Cumhuriyet olduğuna dair olan birinci maddesinin tadil ve tagyiri hiçbir suretle teklif dehi edilemez" denilmektedir.

⁶⁰² Batum, Anayasa, s. 138.

⁶⁰³ Atay, Anayasa Hukuku, s. 81-82.

⁶⁰⁴ Atay, Anayasa Hukuku, s. 81.

⁶⁰⁵ Eren, s. 213.

⁶⁰⁶ Atay, Anayasa Hukuku, s. 95.

1961 Anayasasında, anayasanın üstünlüğünü ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilkenin kabulünün bir sonucu olarak; yasama organınca yapılan kanunların anayasaya uygun olması ve bunun denetlenmesi gerekliliği doğmuştur.⁶⁰⁷ Nitekim bu üstünlük ilkesinin bir güvencesi olarak 1961 Anayasasında bu denetimi sağlamak üzere Anayasa Mahkemesi kurulmuştur.⁶⁰⁸ Görülmektedir ki 1961 Anayasasına kadar her ne kadar başka anayasalar⁶⁰⁹ için de anayasanın üstünlüğü ilkesinin benimsendiğini söylemişsek de bu üstünlüğü denetleyecek organ, ilk defa bu anayasa ile kurulmuştur.

Anayasanın üstünlüğü ilkesine paralel olarak bu anayasa yukarıda da söylendiği üzere katı bir anayasa özelliği göstermektedir.⁶¹⁰ Zira Tanör'ün de dediği gibi: *“Anayasaların katılığı ile anayasaların üstünlüğü ilkesi arasında karşılıklı bir bağ vardır; katılık anayasaların üstünlüğünün hem nedeni hem de sonucudur. Anayasalar nitelikleri (içerikleri, özleri) gereği üstün kurallar içerdikleri için katılaşırlarken; katılaştıkları için de üstünlükleri pekişmiş olur”*.⁶¹¹ Dolayısıyla kanaatimizce anayasaların katılığı ile anayasanın üstünlüğü ilkesi arasında önemli bir bağ olduğu söylenebilecektir.

1961 Anayasası da diğer anayasalar gibi (1921 Anayasası hariç) sert anayasa geleneğini sürdürmüştür. Bu anayasanın 155'inci maddesinde anayasa değişiklik usulleri düzenlenmiş olup bu düzenlemelere göre anayasa değişiklikleri bakımından farklı bir yöntem belirlenmiştir. Diğer bir ifade ile bu anayasada gerek bir maddenin değiştirilmesi gerek anayasaya yeni bir madde ilave edilmesi ve gerekse anayasadan mevcut bazı maddelerin çıkarılması bakımından olağan kanunlardan değişik bir yöntem düzenlenmiştir.⁶¹²

Bununla birlikte anayasada değiştirilemez bir madde bulunması nedeniyle de katı niteliğinin katmerlendiği söylenebilecektir.⁶¹³ Bu yönüyle 1961 Anayasası da türev kurucu iktidar bakımından biçimsel sınırların yanında içeriksel sınırlar da düzenlemiştir. Ancak tekrar belirtmek gerekirse; türev kurucu iktidarın içeriksel sınırlarının olduğunun kabulü, değiştirilemez maddelere hukuki bir nitelik yükleme ile ilgilidir. Aksini savunanlar bakımından bu maddelerin anayasada yer alması, türev kurucu iktidar bakımından içeriksel bir sınır oluşturmayacaktır. 1961 Anayasasının anayasa değişikliğini düzenleyen 155 vd. maddelerinde teklif ve karar olmak üzere iki aşama düzenlenmiştir.

⁶⁰⁷ Gören, Anayasa, s. 70.

⁶⁰⁸ Kemal Dal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, 1992, (Türk Anayasa), s. 81.

⁶⁰⁹ Örneğin 1924 Anayasasında da anayasa üstünlük iddiası bulunmaktadır. Ancak buna yönelik herhangi bir denetleme mekanizması ön görülmediği için bu iddia pratikte uygulanabilir olmamıştır.

⁶¹⁰ Gören, Anayasa, s. 68.

⁶¹¹ Tanör, İki Anayasa, s. 148.

⁶¹² Dal, Türk Anayasa, s. 64-65.

⁶¹³ 1961 Anayasasının 9'uncu maddesine göre: “Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez”. Nitekim daha önce de belirttiğimiz üzere bir anayasada değiştirilemez birtakım maddelerin varlığı bu anayasanın katı bir anayasa olduğunun en önemli göstergelerinden biridir.

3. 1. 4. 1. Teklif Safhası

1961 Anayasasında anayasa değişiklik teklif yetkisi yasama organı olan TBMM'ye verilmiştir. TBMM bu yetkiyi ancak üye tam sayısının 1/3'ünün yazılı teklifi ile kullanabilecektir.⁶¹⁴ Her ne kadar 1961 Anayasası çift meclisli bir sistem benimsemişse de geçmişteki diğer çift meclisli anayasalardan farklı olarak değişiklik teklif yetkisini tek bir meclis olarak TBMM'ye vermiştir.⁶¹⁵

3. 1. 4. 2. Karar Safhası

1961 Anayasasının kurucu iktidarı, karar safhası bakımından farklı bir yol izleyerek teklif yetkisi gibi TBMM'yi tek bir meclis olarak düşünmemiştir. Nitekim bu anayasa bakımından değişiklik için aranan nitelikli çoğunluk her iki meclis için de aranmıştır. Her bir meclisin üye tam sayılarının 2/3 çoğunluğu ile anayasa değişikliklerinin kabul edilebileceği düzenlenmiştir.⁶¹⁶

Karar safhası bakımından, anayasanın zamansal bir sınır da koyduğunu söyleyebiliriz. Zira ilgili maddeye göre anayasa değişiklik tekliflerinin ivedilikle görüşülmesi yasaklanmıştır.⁶¹⁷ Sanıyoruz ki anayasa koyucu erk, anayasa değişikliklerinin muhtevasını göz önünde bulundurarak acele karar verilmesinin önüne geçmek istemiştir. İvedilikle görüşme yasağı dışındaki görüşme usulleri, kanunların görüşülme usulünden farksızdır.⁶¹⁸

1924 Anayasası gibi 1961 Anayasasında da onay safhası düzenlenmediği görülmektedir. Sonuç itibarı ile 1961 Anayasası bakımından da türev kurucu iktidar yetkisinin yasama organına ait olduğu söylenebilmektedir. Ayrıca görülmektedir ki, 1924 Anayasası gibi 1961 Anayasasında da türev kurucu iktidar, bu yetkisini kullanırken birtakım biçimsel ve içeriksel sınırlara tabi tutulmuştur. Zira hem anayasanın 155'nci maddesinde usul kuralları düzenlenmiş hem de 9'ncü maddesinde değiştirilemez bir norm düzenlenmiştir.

3. 2. 1982 Anayasası Bakımından Türev Kurucu İktidar Yetkisi

1982 Anayasasına gelinceye kadar Osmanlı-Türk Anayasalarına bakıldığında, türev kurucu iktidar yetkisinin genellikle yasama organına verildiği görülmektedir. Ancak bazı anayasalarda bu yetkinin kullanımının başkaca organlarla paylaşıldığına da rastlanmıştır.⁶¹⁹ 1982 Anayasası

⁶¹⁴ Dal, Türk Anayasa, s. 64.

⁶¹⁵ Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 144.

⁶¹⁶ Özbudun, Türk Anayasa, s. 169.

⁶¹⁷ "Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler ivedilikle görüşülemez".

⁶¹⁸ Batum, Anayasa, s. 139.

⁶¹⁹ 1876 Kanun-i Esasi'de anayasa değişikliğinin yürürlüğe girebilmesi için padişaha onay yetkisi verilmiştir. Bu bakımdan anayasada türev kuruculuk yetkisinin padişah ve meclis arasında paylaşıldığı düşünülmektedir.

bakımından ise türev kurucu iktidar yetkisinin kime ait olduğu tartışmasız bir husustur. Zira bu yetki TBMM'ye aittir.⁶²⁰

3. 3. 1982 Anayasasında Türev Kurucu İktidarın Yetki Sınırları

1982 Anayasası da katı anayasa geleneğini sürdürmüş olup anayasaların olağan kanunlardan daha zor bir usulle değiştirilebileceğini düzenlemiştir.⁶²¹ Bununla birlikte anayasanın katılığını güçlendiren bir usul olarak 1982 Anayasasını yapan kurucu güç, tıpkı 1924 ve 1961 Anayasalarında var olduğu gibi birtakım değiştirilemez maddeler düzenlemiştir.⁶²² Nitekim 1982 Anayasasının türev kurucu iktidarı, bu anayasada değişiklik yaparken biçimsel sınırlar olarak adlandırılabilir olan usul kuralları ile bağlı olduğu gibi değiştirilemez normların oluşturduğu birtakım içeriksel sınırlara da uymak zorundadır. Görülmektedir ki diğer ülke anayasalarına paralel olarak Türk Anayasası bakımından da türev kurucu iktidar birtakım sınırlara tabidir.⁶²³

3. 3. 1. Türev Kurucu İktidarın Biçimsel Sınırları

1982 Anayasasının katı bir niteliğe sahip olmasında değiştirilemez maddelerin düzenlenmesinin etkisi olduğu kadar bu anayasada, anayasa değişiklik usulünün zorlaştırılması da anayasanın katı bir niteliğe sahip olmasında önemli bir etken olmuştur. Nitekim katı bir anayasa olan 1982 Anayasasının, anayasa değişiklik safhalarının neredeyse her birinde, olağan yasalara kıyasla zor usuller benimsenmiştir.⁶²⁴ Sonuç olarak bu durum, türev kurucu iktidarın değişiklik yetkisini sınırlamaktadır.

Anayasaların genelinde olduğu gibi 1982 Anayasasında da anayasa değişikliği yöntemi teklif, karar ve onay olmak üzere üç aşamadan oluşmaktadır. 1924 ve 1961 Anayasalarının aksine 1982 Anayasasında teklif ve karar safhasına ilaveten halk ile Cumhurbaşkanının birlikte kullanabileceği bir onay yetkisi de düzenlenmiştir.⁶²⁵ Bazı yazarlar; görüşme safhasını karar safhasından ayrı kabul ederek anayasa değişiklik safhalarını teklif, görüşme, karar ve onay olmak

⁶²⁰ Bu yetki 1982 Anayasasının 175 vd. maddelerde düzenlenmiş olup bu yetkinin TBMM'ye ait olduğu açıkça düzenlenmiştir.

⁶²¹ 1982 Anayasasının 175'inci maddesinde; anayasa değişikliklerinin meclis üye tam sayısının 3/5 çoğunluğu ile kabul edilebileceği düzenlenmiştir. Anayasa değişiklikleri için nitelikli çoğunluk araması bakımından 1982 Anayasasının sert bir anayasa olduğunu söyleyebiliriz.

⁶²² 1982 Anayasasının 4'üncü maddesine göre bu anayasanın ilk üç maddesi değiştirilemez ve hatta değiştirilmesi teklif dahi edilemez şeklindedir. Görülmektedir ki 1924 ve 1961 Anayasasında devletin şekli ile sınırlı olan değiştirilemez maddeler 1982 Anayasasında çok daha kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir.

⁶²³ Batur, Anayasa, s. 139.

⁶²⁴ Erdal Onar, **1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu**, Ankara, 1993, (Değiştirme Sorunu), s. 23.

⁶²⁵ Özbudun, Türk Anayasa, s. 169.

üzere dört aşama şeklinde incelemektedir.⁶²⁶Ancak çalışmamızda görüşme kısmı karar safhası içinde incelenecektir.

3. 3. 1. 1. Anayasa Değişikliği Teklif Safhası

İkinci bölümde anayasa değişikliklerinin safhaları anlatılırken teklif safhası ile ilgili yetkinin kime ait olduğunun anayasalara göre çeşitlilik gösterdiğinden bahsetmiştik. Bu minvalde kimi anayasanın teklif yetkisini yürütmeye, kimisinin yasamaya, kimisinin ise ikisine birden verdiğini belirtmiştik. 1982 Anayasasına gelindiğinde ise bu anayasada anayasa değişiklik teklif yetkisinin münhasıran yasama organına verildiği görülmektedir. Yine 1924 ve 1961 Anayasasında da anayasa değişiklik teklif yetkisi yasama organına verilmiştir.⁶²⁷

Hemen belirtmek gerekir ki 2007 yılında yeni anayasa çalışmaları kapsamında bir grup akademisyen, anayasa taslağı hazırlamaları için görevlendirilmiş olup bu durum kamuoyu tarafından çokça tartışılmıştır. Zira anayasada, teklif yetkisinin münhasıran yasama organına verildiği açıktır. Yürütmeye bile anayasa teklif yetkisi verilmemişken, yürütme tarafından bir grup akademisyene böyle bir yetki verilemeyeceği ileri sürülmüş ve bu husus tartışma konusu olmuştur.⁶²⁸

1982 Anayasasının 175'inci maddesinde anayasa değişikliği düzenlenmiş olup ilgili maddeye göre anayasa değişiklik teklif yetkisi TBMM'ye verilmekle birlikte, teklif ancak üye tam sayısının en az 1/3 çoğunluğu ile yazılı bir şekilde yapılabilir. Bu anayasada, tıpkı teklif yetkisi gibi bu teklif için aranan çoğunluk bakımından da 1961 Anayasasına paralel bir düzenleme yapıldığı görülmektedir.⁶²⁹Her iki anayasada da aynı çoğunlukla anayasa değişikliği teklif edilebilmektedir.

Normal bir kanun teklifi, bir milletvekili tarafından bile yapılabilirken anayasa değişikliği için milletvekillerinde bir çoğunluk aranmıştır. Aranan bu çoğunluk, kanaatimizce türev kurucu iktidar yetkisinin öneminden kaynaklanmaktadır. Ancak bu yetersayısının yalnızca değişiklik sürecinin başlangıcında arandığı söylenebilmektedir. Nitekim doktrindeki birçok görüş, tekliften sonra görüşülmeye başlanan anayasa değişikliği bakımından, yeni bir önerge vs. verilmesi için bu çoğunluğun aranmayacağı yönündedir.⁶³⁰

Anayasa değişikliği teklifi için aranan çoğunluk şartı, türev kurucu iktidarın biçimsel sınırını oluşturmaktadır. Ancak her ne kadar tartışmalı bir husus olsa da şunu belirtmek gerekir ki türev kurucu iktidarın, anayasa değişiklik teklifi için bu çoğunluk şartını sağlasa da içeriksel olarak bağlı

⁶²⁶ Bkz. Gözler, Türk Anayasa, s. 1235; Batum, Anayasa, s. 140.

⁶²⁷ Teziç, s. 193.

⁶²⁸ Batum, Anayasa, s. 140.

⁶²⁹ 1961 Anayasasının 155'inci maddesinde, anayasa değişiklik teklifinin meclis üye tam sayısının en az 1/3'ü tarafından yazılı bir şekilde yapabileceği düzenlenmiştir..

⁶³⁰ Bkz. Gözler, Türk Anayasa, s. 1235; Özbudun, Türk Anayasa, s. 170.

olduğu birtakım sınırlara sahip olduğu düşünülmektedir. Diğer bir ifade ile TBMM'nin 1/3'ünün yazılı teklifi ile ilk üç madde hakkında anayasa değişikliği önergesi verilemeyeceği söylenmektedir. Zira Anayasa Mahkemesinin bu yönde bir kararı da vardır. Bu karara göre:

“Anayasa'nın 9. maddesindeki hükümle, yukarıda değinildiği üzere bir değişmezlik kuralı bulunduğu ve ayrıca teklif yasağı getirildiği görülmektedir. Değişmezlik kuralının niteliği ve sonuçları ayrıntılarıyla açıklandığından, burada sadece teklif yasağının niteliğiyle etkisi üzerinde durmak yeterli olacaktır. Kanun ve o nitelikte bulunan Anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümleri birer biçim kuralı olduklarına göre, bunu yasaklayan bir kuralın da bir biçim kuralı olduğunda kuşku yoktur. Çünkü bu yasak, belli sayıdaki Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin esasında kendileri için bir hak teşkil eden ve niteliği bakımından da bir yasama işlemi olan Anayasa değişikliği teklif etmelerini önlemektedir. Başka bir deyimle değişiklik teklifi, değişmezlik ilkesiyle çatışmıyorsa, Anayasa'da gösterilen şekil şartlarına uygun olarak yöntemi içinde yürüyecek ve şayet çatışıyorsa, hiç yapılamayacak, yapılmış ise yöntemi içinde yürütülemeyecek, yürütülmüş ise kabul edilip kanunlaşamayacaktır.”⁶³¹

Anayasa Mahkemesi her ne kadar bu kararını 1961 Anayasası döneminde vermişse de bu karardan yola çıkılarak AYM'nin, TBMM'nin en az 1/3'ünün oy çoğunluğuyla, değiştirilemez normlar dışındaki anayasa hükümleri hakkında değişiklik teklifi verebileceğini kabul ettiğini söyleyebiliriz. Ancak çalışmamızın ikinci bölümünde dünya anayasaları bakımından belirttiğimiz üzere; Türk Anayasaları bakımından da değiştirilemez normların mahiyetinin ne olduğu ve türev kurucu iktidarın bahsi geçen içeriksel sınırlara bağlı olup olmadığı geçmişten günümüze çokça tartışılmıştır. Hala doktrinde fikir birliği sağlanamamış olan bu konu hakkındaki çeşitli görüşlere, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde yer verilecektir.

Yazılı olmakla birlikte, anayasa değişiklik teklifinin gerekçeli olması gerektiği de kabul edilmektedir. Zira 1982 Anayasasının 175'inci maddesine göre anayasa değişiklik teklifinin görüşülmesi ve kabulü ile ilgili, kanun tekliflerinin görüşülme ve kabul usullerine uyulması gerekmektedir. Kanun tekliflerinin gerekçeli bir biçimde Başkanlığa verilmesi gerektiğine dair hüküm⁶³² gereğince, anayasa değişikliklerinin de gerekçeli olması gerektiği kabul edilmektedir.⁶³³

3. 3. 1. 2. Görüşme ve Kabul Safhası

1982 Anayasasında, anayasa değişikliği yapılırken türev kurucu iktidarın hangi görüşme usulünü izleyeceği ve görüşme sonrası kabul safhasında hangi koşulların gerektiği düzenlenmiştir. Nitekim yapılan bu düzenlemelerin, türev kurucu iktidarın biçimsel sınırlarını oluşturduğu söylenebilecektir. Dolayısıyla bu sınırlara uyulmaksızın yapılan değişiklikler, anayasaya aykırılık oluşturacaktır.

⁶³¹ Anayasa Mahkemesi, E: 1976/38, K: 1976/46, T: 12.10.1976, R.G. tarih ve sayısı: 20.01.1977-15825, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1976-46-nrm.pdf>, 21 Ekim 2021.

⁶³² Bkz. 1973 tarihli TBMM İçtüzüğü, T. C. **Resmî Gazete**, 14506, 13 Nisan 1973, md. 75/2.

⁶³³ Onar, Değiştirme Sorunu, s. 33.

3. 3. 1. 2. 1. Değişiklik Teklifinin Görüşülmesi

Anayasa değişiklik teklifinin görüşülme usulünün nasıl olacağı, anayasa tarafından düzenlenmemiştir. Zira Anayasanın 175'inci maddenin 2'nci fıkrasına göre; anayasa değişiklik teklifinin görüşülmesi ve kabulü, kanun teklifinin görüşülmesi ve kabulü için yapılan düzenlemelere uygun şekilde yapılacaktır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki kanunların görüşülme ve kabulünün nasıl yapılacağı da anayasada düzenlenmemiş olup bu hususlar TBMM İçtüzüğünde düzenlenmiştir.⁶³⁴ Bu nedenle bu hususlarda, TBMM İçtüzüğündeki hükümlere tabi olunacaktır.⁶³⁵

Tekliflerin görüşülmesi ve kabulü bakımından her ne kadar TBMM İçtüzüğüne tabi olunacaksa da bazı hususlar anayasada ayrıca düzenlenmiştir. Bunlardan biri; anayasa değişiklik teklifinin iki kez görüşülme zorunluluğudur. Zira bu zorunluluk anayasada açıkça düzenlenmiştir. 175'inci maddeye göre; TBMM üye tam sayısının en az 1/3'ünün yazılı olarak vermiş olduğu anayasa değişiklik teklifi, Genel Kurulda iki kez görüşülmelidir. Daha önceleri ivedilikle görüşülemez şeklindeki düzenleme, iki kez görüşülmeli şeklinde değiştirilmiştir.⁶³⁶ Sanıyoruz her iki düzenlemede de amaç, anayasa değişikliğinin önemi gereğince hızlı davranılmasının önüne geçmektir.

Her ne kadar anayasada, anayasa değişiklik tekliflerinin öncelikli görüşülmesi talebine ilişkin herhangi bir kural yer almasa da bu hususta anayasada herhangi bir yasak da bulunmamaktadır. Normal kanunlar için Genel Kuruldan öncelikli görüşme talebinde bulunulabildiğine göre⁶³⁷ ve anayasa değişikliklerinin görüşülmesi bakımından da içtüzüğe tabi olduğuna göre aynı usulün anayasa değişiklik teklifleri bakımından da işletilebilmesi gerekmektedir.⁶³⁸ Nitekim benzer yorum 1961 Anayasası döneminde, Eroğlu tarafından da yapılmıştır.⁶³⁹

Anayasa Mahkemesinin de benzer yönde bir kararı vardır. Anayasa Mahkemesi bu kararında, anayasada ivedilikle görüşme yasağı düzenlenmişken öncelikli görüşmeden hiç bahsedilmemesini, ivedilikle görüşme yasağının öncelikle görüşmeyi yasaklamayacağı şeklinde yorumlamıştır. Zira mahkemeye göre kurucu iktidar bu durumu yasaklamak isteseydi, bunu anayasada açıkça düzenlerdi.⁶⁴⁰

⁶³⁴ Batum, Anayasa, s. 141.

⁶³⁵ 1982 Anayasasının 88'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre; mecliste kanun tekliflerinin görüşülmesi ve bu kanun tekliflerinin kabul edilmesi hakkındaki usuller içtüzükle belirlenmektedir. Dolayısıyla anayasa değişiklik tekliflerinin görüşülmesi ve kabulü için de TBMM İçtüzüğüne bakılmalıdır.

⁶³⁶ Teziç, s. 194.

⁶³⁷ TBMM İçtüzüğü'nün 52'nci maddesinde kanunlar ile ilgili öncelikli görüşme düzenlenmiştir. Bkz. 1973 tarihli TBMM İçtüzüğü, **T. C. Resmî Gazete**, 14506, 13 Nisan 1973, md. 52.

⁶³⁸ Teziç, s. 194.

⁶³⁹ Bkz. Eroğlu, Değiştirme Sorunu, s. 147.

⁶⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, E: 1973/19, K: 1975/87, T: 15/04/1975, R.G. tarih ve sayısı: 3.12.1975-15431, https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1975/87?Donemler_id=1&EsasNo=1973%2F19&KararNo=1975%2F87, 21 Ekim 2021.

Gerek anayasada gerekse içtüzükte yer alan ilgili hükümler göz önünde bulundurulduğunda; bir anayasa değişiklik teklifinin, ilk olarak TBMM Başkanı tarafından incelenmek üzere Anayasa Komisyonuna gönderileceği söylenebilecektir. Anayasa Komisyonu tarafından incelenen değişiklik önergesi, incelemenin ardından Meclis Genel Kuruluna gönderilecektir. Belirtmek gerekir ki; Anayasa Komisyonuna gelen değişiklik teklifinin TBMM üye tam sayısının en az 1/3'ünün imzasını taşıması gerekmektedir.⁶⁴¹

Çoğunluk şartı yerine getirildikten sonra komisyona gelen değişiklik teklifinde imzası bulunan milletvekillerinin bir veya birkaçının iradi olarak vazgeçmesi sonucunda, söz konusu teklif bakımından 1/3 çoğunluk kaybedilirse komisyon söz konusu değişiklik teklifi ile ilgili süreci işletemeyecek ve teklifi Başkanlığa geri gönderecektir. Ancak bu durum yalnızca iradi vazgeçmelerde söz konusu olacaktır. İrade dışı ölüm veya milletvekili sıfatının kaybedilmesi durumlarında ise 1/3 çoğunluk sonradan kaybedilse bile değişiklik teklifi ile ilgili normal süreç işletilebilecektir.⁶⁴²

Sonuç olarak Genel Kurulca anayasa değişiklik teklifleri, kırk sekiz saat arayla iki defa görüşülmektedir.⁶⁴³ Bu görüşmelerin ilki iki aşamadan oluşmaktadır. Birinci görüşmenin ilk aşaması, anayasa değişiklik teklifinin genel olarak görüşülmesi ve maddelere geçilip geçilmeyeceğinin oylanmasıdır. İkinci kısım ise maddelere geçilmesine karar verildiğinde, değişiklik teklifinin maddelerinin tek tek görüşülmesidir.⁶⁴⁴ Tüm bu süreçler bakımından, gizli oylama yapılması genel kuraldır.⁶⁴⁵

Genel kurulda ilk olarak anayasa değişiklik teklifinin tümü görüşülür.⁶⁴⁶ Birinci görüşmenin ilk kısmındaki bu görüşmenin ardından, ikinci aşama olan teklifteki maddelerin tek tek oylanmasına geçilip geçilmeyeceği hakkında bir oylama yapılır.⁶⁴⁷ Ancak bu oylama bakımından karar yeter sayısının ne olduğu ne Anayasada ne de TBMM İçtüzüğünde düzenlenmemiştir. Bu sebeple bu husus, yani değişiklik teklifinin maddelerine geçilip geçilmemesi konusunda yapılan oylamada hangi karar sayısının aranacağı tartışmalıdır.⁶⁴⁸

Ancak uygulamaya bakıldığında⁶⁴⁹, anayasa değişiklik teklifindeki maddelerin tek tek oylanmasına geçilebilmesi için toplantıya katılanların salt çoğunluğunun gizli oyu yeterlidir.⁶⁵⁰

⁶⁴¹ Onar, Değiştirme Sorunu, s. 36-42.

⁶⁴² Onar, Değiştirme Sorunu, s. 36-42.

⁶⁴³ 1973 tarihli TBMM İçtüzüğü, **T. C. Resmî Gazete**, 14506, 13 Nisan 1973, md. 93/1-2.

⁶⁴⁴ Gözler, Türk Anayasa, s. 1239-1240.

⁶⁴⁵ Mustafa Erdoğan, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Hukuk Yayınları, 2018, (Türk Anayasa), s. 243.

⁶⁴⁶ Batum, Anayasa, s. 142.

⁶⁴⁷ Erdoğan, Türk Anayasa, s. 243.

⁶⁴⁸ Batum, Anayasa, s. 142.

⁶⁴⁹ TBMM'nin 29.03.2000 tarihli 73'üncü birleşim ve 2'nci oturumunda, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 101'inci Maddesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi" hakkında birinci görüşmenin ilk kısmı gerçekleştirildikten sonra değişiklik teklifinin maddelerine geçilmesi hakkında oylama yapılmıştır. Yapılan oylama neticesinde 303 kabul oyu bulunmakla birlikte birinci görüşmenin ikinci kısmı olan değişiklik teklifinin tek tek maddelerinin oylanmasına geçilmiştir. Alınan kabul

Nitekim Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararında, “Teklifin maddelerine geçilebilmesi için gerekli oylama çoğunluğu, Anayasanın 96. ve İçtüzüğü’nün 146. maddelerinde öngörülen basit çoğunluktur.”⁶⁵¹ demiştir. Dolayısıyla uygulamada, teklifin geneli üzerinde görüşüldükten sonra yapılan oylamada salt çoğunluk sağlanırsa, teklifin maddelerinin tek tek görüşülmesine geçilebilecektir. Ancak her ne kadar aksi görüşler olsa da⁶⁵² eğer salt çoğunluk sağlanmamışsa, teklif reddedilmiş sayılacaktır.⁶⁵³

Maddelerin tek tek oylanmasına geçildiği taktirde ise her bir maddenin kabulü için TBMM İçtüzüğü’nün 94’üncü maddesinin 1’inci fıkrası gereğince TBMM üye tamsayısının 3/5 çoğunluğu gerekmektedir. TBMM İçtüzüğü’nün 94’üncü maddesinin 1’inci fıkrasına göre, “Anayasada değişiklik tekliflerinin birinci ve ikinci görüşmelerinde, maddelerin kabulü ile ikinci görüşmenin sonunda tümünün kabulü üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyu ile mümkündür.”⁶⁵⁴

oylarının TBMM üye tam sayısının 3/5 çoğunluğuna ulaşmadığı açıktır. Meclis Başkanı buna gerekçe olarak ise şunları söylemiştir: “Şimdiye kadar olan uygulamalara baktığımızda, 1982 Anayasasının değişikliklerinde, 1995 yılında yapılan değişiklikte, maddelere geçilmesi hususunda yapılan oylamada aranan çoğunluk, 3/5 çoğunluk olarak kabul edilmiş ve görüşmeler, bu minval üzere devam etmiş, 1997 senesinde yapılan Anayasa değişikliğinde ise, tümü üzerinde yapılan görüşmelerden sonra maddelere geçilmesi için yapılan oylamada, yine böyle bir tartışma Yüce Mecliste yapılmış ve Yüce Meclis, bu tartışmadan sonra, maddelere geçilmesi için salt çoğunluk lazım geldiği hususun da karar vermiş. Bunlar Meclis tutanaklarında var. Bendeniz hem bu Meclis kararına hem de Anayasa değişiklikleriyle ilgili İçtüzüğümüzün hükümlerine ve Anayasa hükümlerine göre de maddelere geçilmesi hususunun salt çoğunlukla olabileceği kanaatindeyim. Gerekçe olarak, biraz evvel arz ettim, İçtüzüğe ve Anayasaya dayanıyorum...İçtüzüğümüz, maddenin oylanmasında, birinci oylamada veyahut maddenin kabulü için bir nitelikli çoğunluk, 3/4 çoğunluk arar iken ve bunu belirtmiş iken ve keza, tümünün oylamasında bir nitelikli çoğunluk, en aşağı 3/5 çoğunluk arar iken, maddelere geçilmesi hususunda herhangi bir kayıt, herhangi bir sayı belirtmemiş. Yine, Anayasamızda belirtilen hükümler, Anayasada belirtilen usuller ki, mesela bunun iki ke re görüşüleceği, teklifin nasıl yapılacağı ve maddelerin nasıl kabul edileceği şeklinde, o niteliklerin haricindeki hususların, kanunlar gibi görüşüleceğini amir olduğu nedeniyle ve biz de, madde re geçilmesi hususunda, İçtüzükte, maddeler gibi bir hüküm olmayışından hareketle, kanunlarımız gibi görüşüleceği sonucuna vararak, bunun salt çoğunlukla kabul edileceği fikrini taşıyoruz ve kararımız bu yöndedir diye Yüce Meclise sunuyorum.”. İlgili karar için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c029/tbmm21029073.pdf>, 31 Mart 2022.

⁶⁵⁰ Gözler, Türk Anayasa, s. 1240.

⁶⁵¹ Anayasa Mahkemesinin E: 2007/72, K: 2007/68, T: 05.07.2007 sayılı kararında; anayasa değişiklik tekliflerinde tekliflerin maddelerine geçilmesi için yapılacak oylamada aranan çoğunluğun basit çoğunluk olduğuna hükmetmiştir. Buna gerekçe olarak ise: “Anayasanın 175. maddesinin ikinci fıkrasına göre, Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, bu maddedeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir. Maddede teklifin maddelerine geçilmesi hakkında herhangi bir kayıt bulunmamaktadır. Teklifin maddelerine geçilmesinin oylanmasına ilişkin düzenleme yalnızca yasaların görüşülmesi ve kabulüne ilişkin İçtüzük kurallarında bulunmaktadır. Nitekim TBMM İçtüzüğü’nün 93. maddesinin göndermede bulunduğu 81. maddesine göre, önce teklif hakkında görüşme açılır ve görüşmenin ardından teklifin maddelerine geçilip geçilmemesi oylanır. Aynı maddeye göre, Anayasa değişikliği teklifinin gizli oylamaya tabi tutulması zorunludur. Teklifin maddelerine geçilmesi için gerekli oylama çoğunluğu, Anayasanın 96. ve İçtüzüğü’nün 146. maddelerinde öngörülen basit çoğunluktur” demiştir. İlgili karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E: 2007/72, K: 2007/68, T: 05.07.2007, R.G. tarih ve sayısı: 07.08.2007-26606, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/DilekcePDF/2007-68-nrmd.pdf>, 31 Mart 2022.

⁶⁵² Bkz. Gözler, Türk Anayasa, s. 1239

⁶⁵³ Batum, Anayasa, s. 143.

⁶⁵⁴ 1973 tarihli TBMM İçtüzüğü, T. C. Resmî Gazete, 14506, md. 94/1.

Nitekim maddeden çıkan sonuca göre, ikinci görüşmeye geçilebilmesi için değişiklik teklifindeki maddelerin her birinin bu çoğunluk ile kabul edilmiş olması gerekir.

İlgili madde göz önünde bulundurulduğunda, gerek ilk görüşmedeki maddelerin oylanması için gerekse ikinci görüşmedeki oylamalar için 3/5 oy çoğunluğunun açıkça düzenlendiği görülmektedir. Nitekim düzenlemeye göre ilk görüşmede yeter sayıya ulaşamayan değişiklik teklifleri ikinci görüşmenin konusu olmayacaktır. Zira bu teklifler reddedilmiş sayılacaktır.⁶⁵⁵

Ancak maalesef ki uygulama bu kadar net değildir. Zira TBMM İçtüzüğü'nün 94'üncü maddesinin 2'nci fıkrası, ilk fıkra ile çelişki oluşturacak bir düzenleme içermektedir.⁶⁵⁶ İlgili fıkraya göre, *“Birinci görüşmede gerekli çoğunlukla kabul oyu alamayan bir madde ikinci görüşmede de gerekli çoğunlukta kabul oyu alamamışsa reddedilmiş olur.”*.

Nitekim bu fıkra göz önünde bulundurulduğunda, 1'inci fıkra düzenlenen, ilk görüşmede maddelerin tek tek oylanmasında aranan 3/5 oy çokluğunun kanaatimizce hiçbir anlamı kalmamıştır. Zira 2'nci fıkra, bu çoğunluk sağlanmasa dahi maddelerin ikinci görüşmede oylanabileceğini ve yeterli çoğunluk sağlandığı takdirde kabul edilebileceğini düzenlemektedir. Görülmektedir ki aynı maddenin iki fıkrası arasında ciddi bir çelişki söz konusudur.

Doktrinde Gözler gibi, Onar gibi TBMM İçtüzüğü'nün 94'üncü maddesinin ilk fıkrası gereğince ilk görüşmedeki maddelerin tek tek oylanmasında, 3/5 çoğunluğun aranması gerektiğini savunanlar⁶⁵⁷ olduğu gibi aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince; bu oylamada herhangi bir çoğunluğun aranmasının gerekli olmadığını ileri sürenler⁶⁵⁸ de vardır. Uygulamada ise TBMM, 1995 yılında kabul ettiği TBMM Başkanlığı kararını günümüze kadar gerçekleşmiş tüm anayasa değişiklik tekliflerinin görüşülmesinde uygulamıştır.⁶⁵⁹ Bu karara göre⁶⁶⁰ ilk görüşmede maddelerin oylanmasında 3/5 çoğunluk aranmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi ise TBMM'nin ileri sürdüğü görüşü benimsemiştir. Mahkeme ilk görüşmenin ilk oylamasında maddelere geçilmesi için salt çoğunluğun arandığını, ikinci oylamada maddelerin kabulü için ise herhangi bir çoğunluğun aranmadığını benimsemiştir.⁶⁶¹ Görülmektedir ki uygulama, TBMM İçtüzüğü'nün 94'üncü maddesinin 2'nci fıkrasını esas almıştır. Bu kabule göre, ilk görüşmenin ilk oylaması olan değişiklik teklifinin maddelerine geçilmesine ilişkin yapılan oylamada salt çoğunluk sağlanmış ise ikinci oylamada alınan oy oranına bakılmaksızın maddeler ikinci görüşmede yeniden oylanacaktır.

⁶⁵⁵ Onar, Değiştirme Sorunu, s. 55; Gözler, Türk Anayasa, s. 1243.

⁶⁵⁶ Kürşat Akça, “Türk Mevzuat ve Uygulaması Çerçevesinde Anayasa Değişikliği İçin TBMM’de Yapılan Oylamalar ve Bu Oylamalarda Aranan Karar Yeter Sayısı”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 22(36), 2017, s. 42.

⁶⁵⁷ Onar, Değiştirme Sorunu, s. 55; Gözler, Türk Anayasa, s. 1243.

⁶⁵⁸ Özbudun, Türk Anayasa, s. 176; Eren, s. 82.

⁶⁵⁹ Akça, s. 44-46.

⁶⁶⁰ İlgili karar için bkz. TBMM Tutanak Dergisi, 19. Dönem, 90. Cilt, 134. Birleşim, 2. Oturum, 05.07.1995, s. 559, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c090/tbmm19090134.pdf>, 30 Mart 2022.

⁶⁶¹ Akça, s. 47-50.

İlk görüşmeden en az kırk sekiz saat sonra ise ikinci görüşmeye başlanacaktır.⁶⁶² İkinci görüşmede ise yalnızca teklif için değişiklik önergesi verilen maddeler görüşülecek ve bu değişiklik önergesi ile ilgili yine TBMM üye tamsayısının en az 3/5 çoğunluğu aranacaktır.⁶⁶³ Bu noktada ilk görüşmede değişiklik teklifi verilmemiş olan bir madde, ikinci görüşmede görüşülemeyeceği gibi bu maddeyle ilgili herhangi bir değişiklik teklifi de verilmeyecektir.⁶⁶⁴ İkinci görüşmede değişiklik önergesi verilen maddeler oylandıktan ve her bir madde tek tek oylandıktan sonra, son olarak teklifin tümü oylanacak ve bu oylama için de TBMM üye tamsayısının 3/5 çoğunluğu aranacaktır.⁶⁶⁵ Nitekim böylece anayasa değişik teklifi görüşmeleri sona ermiş olacaktır.

Özetlemek gerekirse Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere; anayasa değişiklik tekliflerinin görüşülmesinde dört kez oylama yapılmaktadır. Bunlardan ikisi birinci görüşmede, diğer ikisi ise en az 48 saat sonra yapılan ikinci görüşmede gerçekleştirilmektedir. Birinci görüşmenin ilk kısmında değişiklik teklifinin maddelerine geçilip geçilmeyeceği oylanırken, ikinci kısımda değişiklik teklifindeki maddeler tek tek oylanır. İkinci görüşmenin ilk kısmında maddeler oylanmakta ve ikinci görüşmenin son kısmında teklifin tümü oylanmaktadır.⁶⁶⁶

3. 3. 1. 2. 2. Değişiklik Teklifinin Kabulü

Anayasa değişiklik teklifleri bakımından yapılacak iki görüşme ve dört oylama için kabul çoğunlukları yukarıda detaylı olarak belirtilmiştir. Bu anlatımlara göre birinci görüşmede iki oylama yapılacak olup bu oylamalardan ilkinde toplantıya katılanların salt çoğunluğu aranacakken ikincisinde, TBMM'nin ve AYM'nin kabulüne göre herhangi bir oy çoğunluğu aranmayacaktır. İkinci görüşmede de aynı şekilde iki oylama yapılacak olup her ikisinde de TBMM üye tam sayısının 3/5 çoğunluğu aranacaktır. Ayrıca yapılacak her dört oylama bakımından da gizli oy kullanılması gerektiği kabul edilmiştir.⁶⁶⁷

Yukarıda belirtildiği üzere, uygulamada her ne kadar değişiklik teklifindeki maddelere geçilmesi için salt çoğunluğun arandığı, ikinci oylama için ise herhangi bir çoğunluğun aranmadığı kabul edilmişse de değişiklik teklifi ile ilgili yapılacak olan ikinci görüşmede oylamaların kabulü

⁶⁶² Eren, s. 80.

⁶⁶³ TBMM İçtüzüğü'nün 94'üncü maddesinin 3'ncü fıkrasında açıkça düzenlenmiştir.

⁶⁶⁴ Batum, Anayasa, s. 143.

⁶⁶⁵ TBMM İçtüzüğü'nün 94'üncü maddesinin 1'nci fıkrasında açıkça düzenlenmiştir.

⁶⁶⁶ Anayasa Mahkemesinin 05.07.2007 tarihli, 2007/72 Esas 2007/68 Karar sayılı kararına göre: "1996 yılında Anayasaya uyum amacıyla değiştirilen TBMM İçtüzüğü'nün 93., 94. ve 2001 yılında değiştirilen 81. Maddeleri gereği, Anayasa değişikliklerinin görüşülmesinde; teklifin maddelerine geçilmesinin oylanması, birinci görüşmede maddelerin oylanması, birinci görüşmeden 48 saat sonra yapılacak olan ikinci görüşmede maddelerin oylanması ve teklifin tümünün oylanması biçiminde dört farklı oylamanın yapılacağı anlaşılmaktadır."

⁶⁶⁷ Gözler, Türk Anayasa, s. 1248.

için TBMM üye tamsayısının 3/5 çoğunluğunun arandığı söylenebilecektir.⁶⁶⁸ Nitekim 1982 Anayasasının 175'inci maddesine göre de anayasa değişiklik teklifinin kabulü için meclis üye tam sayısının 3/5 çoğunluğu aranmaktadır. İkinci oylamada bu yeter sayıya ulaşamayan değişiklik teklifleri, ilk oylamada ne kadar kabul oyu aldığına bakılmaksızın reddedilmiş sayılacaktır.⁶⁶⁹

Diğer bir ifadeyle maddelerin oylandığı ilk görüşmede, maddeler 3/5 kabul çoğunluğunu almakla birlikte son oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa değişiklik teklifi reddedilmiş olacaktır. 1982 Anayasasının ilk halinde, önceki iki anayasaya paralel olarak anayasa değişiklik tekliflerinin kabulü için TBMM üye tam sayısının en az üçte ikisinin oyunun gerektiği düzenlenmişken yapılan değişiklikle birlikte bu oran 3/5'e indirilmiştir. Ancak bu değişiklik sonucunda, onay safhasında anlatılacağı üzere tekliflerin kabul oranının 2/3 veya 3/5 olmasına göre onay safhası bakımından birtakım farklılıklar düzenlenmiştir.⁶⁷⁰

3. 3. 1. 3. Onay Safhası

Onay safhası Sezer'in de dediği gibi anayasa değişiklik sürecinin son adımıdır.⁶⁷¹ Daha önce de belirtildiği üzere onay safhası, her anayasal sistemde bulunmamaktadır. Nitekim gerek 1924 Anayasasında gerekse 1961 Anayasasında, anayasa değişikliği bakımından onay safhası düzenlenmemiştir.⁶⁷² Ancak 1982 Anayasasında, anayasa değişikliği için bir onay yetkisi düzenlenmiş olup⁶⁷³ bu yetki hem Cumhurbaşkanı'na hem de halka verilmiştir. Bu yetkinin halk ile Cumhurbaşkanı arasında nasıl paylaşılacağı ise söz konusu anayasa değişikliğinin kabul oranına göre düzenlenmiştir.⁶⁷⁴

⁶⁶⁸ Anayasa Mahkemesi 2007 yılında vermiş olduğu kararına göre, "...Anayasanın 148. maddesindeki oylama çoğunluğundan, Anayasanın 175. ve İçtüzük kuralları uyarınca, değişiklik teklifi maddelerinin ikinci görüşmelerdeki maddelere ilişkin oylama ile teklifin tümü üzerinde yapılacak son oylamadaki çoğunluğun anlaşılması gerekmektedir.". İlgili karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E: 2007/72, K: 2007/68, T: 05.07.2007, R.G. tarih ve sayısı: 07.08.2007-26606, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/DilekcePDF/2007-68-nrmd.pdf>, 30.03.2022.

⁶⁶⁹ Batum, Anayasa, s. 144.

⁶⁷⁰ Akça, s. 34.

⁶⁷¹ Sezer, s. 132.

⁶⁷² Teziç, s. 197.

⁶⁷³ Bkz. 1982 Anayasasının ilk haline göre anayasa değişiklikleri meclis üye tam sayısının 2/3 çoğunluğu ile kabul edilebilmekteydi. Bu şekilde kabul edilen bir anayasa değişikliği, Cumhurbaşkanı tarafından yeniden görüşülmek üzere meclise geri gönderilebilmekteydi. Cumhurbaşkanının tekrar görüşülmesi için meclise geri gönderdiği anayasa değişikliği, meclis tarafından aynen kabul edilirse bu durumda değişiklik teklisi Cumhurbaşkanının isteğine bağlı olarak ya halk oyuna sunuluyor ya da cumhurbaşkanı tarafından doğrudan yayımlanıyordu. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709-19821018.pdf>, 06 Ocak 2022. Ancak 17.05.1987 tarih ve 3361 sayılı kanun ile 1982 Anayasasının 175'nci maddesinde değişiklik yapılarak kanun maddesi bugünkü şeklini almıştır.

⁶⁷⁴ Fendoğlu, s. 148.

3. 3. 1. 3. 1. Teklifin Üçte İkiden Daha Az Bir Çoğunlukla Kabulü

Anayasa değişikliklerinin kabulü için TBMM üye tam sayısının 3/5'inin kabul oyu vermesi gerekmektedir. Ancak bir anayasa değişikliği teklifine verilen kabul oyları, TBMM üye tamsayısının en az 3/5'ini oluşturmakla birlikte 2/3'üne ulaşamamış olabilir. Bu durumda söz konusu anayasa değişikliğinin onay safhası bakımından iki farklı alternatif bulunmaktadır.⁶⁷⁵

Böyle bir çoğunlukla kabul edilen anayasa değişikliği, Cumhurbaşkanı tarafından TBMM'ye geri iade edilebileceği gibi geri iade edilmeyecek değişiklik teklifi ise zorunlu olarak halkoylamasına sunulmak üzere Resmî Gazetede yayımlanacaktır.⁶⁷⁶ Nitekim Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında, anayasa değişikliklerinin yayımlamaya Cumhurbaşkanının yetkili olduğunu söylemekle birlikte; 3/5 çoğunluğu sağlayan ancak 2/3 çoğunluğa ulaşamayan Anayasa değişikliklerinin, halkoylamasına sunulmaksızın Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanmasının imkansız olduğunu belirtmiştir.⁶⁷⁷

Diğer bir ifade ile 3/5 çoğunluk ile 2/3 çoğunluk arasındaki (3/5 dahil) bir oy çoğunluğuyla kabul edilen anayasa değişikliği, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmeyecekse halkoylamasına sunulacaktır. Halkoyuna sunulan anayasa değişikliğinin kabulü için ise 175'inci maddenin 6'ncı fıkrası gereğince oyların yarısından çoğunun kabul olması gerekmektedir. Ancak bu koşulların sağlanması şartı ile geçerli bir anayasa değişikliğinden söz edilebilecektir.

Anayasa değişikliği Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilirse, bu durumda daha önce anlattığımız görüşme ve kabul aşamasındaki işlemler yeniden tekrarlanacaktır. Dolayısıyla Mecliste, söz konusu anayasa değişikliği ile ilgili yeniden iki görüşme ve dört oylama yapılacaktır.⁶⁷⁸ Ancak yapılan yeni oylamada kabul sayısının ne olacağı hususu, önceleri çokça tartışmalı olmakla birlikte Anayasa Mahkemesinin 2007 yılında vermiş olduğu bir karar ile konu ile ilgili tereddütler sona ermiştir.⁶⁷⁹

2007 tarihli Anayasa Mahkemesi kararından önce Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilen anayasa değişikliği için kabul sayısının 2/3 olması gerektiği doktrinde genel olarak kabul görmekteydi.⁶⁸⁰ Ancak Anayasa Mahkemesi 2007 tarihli kararıyla birlikte, geri gönderilen anayasa değişikliğinin kabulü için 3/5 çoğunluğun yeterli olacağını kabul etmiştir.⁶⁸¹ Mahkemenin karar gerekçesine göre:

⁶⁷⁵ Özbudun, Türk Anayasa, s. 174.

⁶⁷⁶ Fendoğlu, s. 148.

⁶⁷⁷ Anayasa Mahkemesi, E: 2007/72, K: 2007/68, T: 05.07.2007, R.G. tarih ve sayısı: 07.07.2007-26606, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2007-68-nrm.pdf>, 26 Ocak 2022.

⁶⁷⁸ Eren, s. 85.

⁶⁷⁹ Can, Kurucu, s. 104.

⁶⁸⁰ Teziç, s. 198.

⁶⁸¹ Gözler, Türk Anayasa, s. 1254.

“Anayasanın 175. maddesinin birinci fıkrasında, teklif, görüşme ve oylamaya ilişkin genel kural konulmakta, değişiklik tekliflerinin iki defa görüşüleceği belirtilerek, değişiklik teklifinin kabulü için de Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte üç çoğunluğunun oyunun aranacağı öngörülmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasında, maddedeki ayırık kurallar dışında Anayasanın değiştirilmesi sürecinde, olağan yasaların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki kuralların geçerli olduğu belirtilmiştir.

Maddenin üçüncü fıkranın birinci tümcesi, Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi bulunduğunu öngörmekte, ikinci tümcesinde ise “Meclis, geri gönderilen Kanunu, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilir” ifadesi yer almaktadır. Halkoyuna sunabilme bir seçim hakkının varlığına işaret etmektedir. Seçim hakkının kullanımı üçte iki ile kabul koşuluna bağlanmış bir sonuçtur. Üçte iki ve üzeri bir çoğunlukla kabul edilen Anayasa değişikliğinin halkoyuna sunulması zorunluluğu ortadan kalkmakta, bu çoğunluğun sağlanamaması durumunda uygulanacak kural 175. maddenin dördüncü fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, üçte ikiden az ve beşte üçten fazla bir çoğunlukla kabul edilen Anayasa değişiklikleri halkoyuna sunulmak zorundadır. Üçüncü fıkranın lafzındaki “üçte iki çoğunluğu ile kabul ederse” ifadeleri, başka çoğunluklarla da kabul edilme olanağının varlığına işaret eder. “Üçte iki çoğunluğu ile kabul ederse” ifadesi, “ancak üçte iki çoğunluğu ile kabul edilebilir” ifadesiyle mantıksal olarak özdeş değildir. Bu ifade, üçüncü fıkradaki “sunabilir” yüklemine bağlanmış bir koşul olduğundan, bunu “ancak üçte iki çoğunluğu ile kabul edilebilir” biçiminde bir önermeye dönüştürmek olanaksızdır.”⁶⁸²

Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bu karar, her ne kadar belirsizliği ortadan kaldırmışsa da tartışmaları sona erdirememiştir. Nitekim doktrinde bazı yazarlar⁶⁸³, konunun Anayasa Mahkemesi kararı ile netliğe kavuştuğu yönünde olsa da bazı yazarlar⁶⁸⁴, tartışmaların sona ermediğini söylemektedir. Hatta bazı yazarlar⁶⁸⁵ ise konu ile ilgili adeta 2007 Anayasa Mahkemesi kararı yokmuşçasına yorumlar yapmaktadır.

Ancak Gözler’in de dediği gibi, söz konusu 2007 tarihli Anayasa Mahkemesi kararının beş karşı oyu olduğu ve bir oy farkla kabul edildiği düşünülürse, üzerinde fikir birliği sağlanmış bir husus olmadığı düşünülebilir.⁶⁸⁶ Ancak kanaatimizce her ne kadar bir oy farkla da olsa çoğunlukla alınmış bir Anayasa Mahkemesi kararı bulunmakta ve bu kararda Meclise geri gönderilen değişikliklerin 3/5 oy çoğunluğuyla kabul edilebileceği açık ve net bir şekilde belirtilmiştir. Konu ile ilgili böyle açık bir Anayasa Mahkemesi kararı varken, kanaatimizce tereddüttün ortadan kalmış olduğu söylenebilmelidir.

Bununla birlikte 1982 Anayasasının ilgili 175’inci maddesine detaylı olarak bakıldığında; bu maddenin 3’üncü fıkrasının ikinci kısmında, geri gönderilen anayasa değişikliklerinin 2/3 çoğunlukla aynen kabul edilmesi durumunda, Cumhurbaşkanının bu kanunu halkoyuna sunabileceği düzenlenmiştir. Burada “sunabilir” ifadesi ile halkoylaması hakkında Cumhurbaşkanına seçimlik bir hak tanınmıştır. Nitekim bu seçimlik hak ise değişikliğin belli bir çoğunlukla kabul edilmesine bağlı olarak tanınmıştır.

⁶⁸² Anayasa Mahkemesi, E: 2007/72, K: 2007/68 T: 05.07.2007, R.G. tarih ve sayısı: 07.08.2007-26606, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2007-68-nrm.pdf>, 06 Ocak 2022.

⁶⁸³ Özbudun, Türk Anayasa, s. 175.; Batur, Anayasa, s. 142.

⁶⁸⁴ Bkz. Gözler, Türk Anayasa, s. 1254.

⁶⁸⁵ Bkz. Atar, s. 417., Erdoğan, Türk Anayasa, s. 244.

⁶⁸⁶ Gözler, Türk Anayasa, s. 1254.

Maddenin devamında ise 2/3 oy çoğunluğuna ulaşmayan ancak en az 3/5 oy çoğunluğu ile kabul edilen anayasa değişikliklerinin, Cumhurbaşkanlığı tarafından zorunlu olarak halkoylamasına sunulacağı düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada yer alan “sunabilir” ifadesi ile Cumhurbaşkanına sunulan seçimlik hakkın düzenleniş biçimi, genel kural olmaktan ziyade 2/3 veya daha fazla çoğunlukla kabul edilen anayasa değişikliklerine sağlanan adeta bir imtiyaz niteliğindedir. Devamındaki düzenleme ise konu ile ilgili genel nitelikteki düzenleme şeklindedir.

Geri gönderilen anayasa değişikliğinin ancak 2/3 çoğunlukla kabul edilebileceğini düşünürsek, diğer bir ifadeyle bunun genel uygulama olduğu düşünülürse; 175’inci maddenin dördüncü fıkrasında 2/3 ve daha fazla bir çoğunlukla kabul edilen anayasa değişikliğinde, Cumhurbaşkanının halkoylamasına gitme zorunluluğunun olmadığı şeklinde bir imtiyazın düzenlenmesi kanaatimizce son derece anlamsız olacaktır. Zira istisnai bir düzenlemeye sebep olacak oy çokluğunun, genel düzenlemeden farklı olması gerekmele birlikte aksi amaca uygun olmayacaktır. Ancak Atar gibi bazı yazarlar ise anayasanın yorum yapmaya açık olmadığını ileri sürerek, iade edilen anayasa değişikliğinin 3/5 çoğunlukla kabul edilmesine ilişkin açık hüküm olmaması nedeniyle Anayasa Mahkemesi kararını isabetli bulmamıştır.⁶⁸⁷

Sonuç olarak anılan AYM kararı göz önünde bulundurulduğunda; Meclise gönderilen anayasa değişikliğinin kabul oylarının miktarına göre farklı iki durumun varlığından bahsedebiliriz. Bu durumda geri gönderilen anayasa değişikliği, Meclis tarafından en az 3/5 oy çoğunluğuyla yeniden kabul edilmişse ancak 2/3 çoğunluğa ulaşamamışsa, bu durumda söz konusu anayasa değişikliği Cumhurbaşkanlığı tarafından zorunlu olarak halkoylamasına sunulacaktır.⁶⁸⁸

Buna karşın anayasa değişikliği Meclis tarafından 2/3 veya daha fazla bir oran ile kabul edilmişse, bu durumda Cumhurbaşkanlığı söz konusu anayasa değişikliğini kendi isteğine göre halkoylamasına sunabileceği gibi isterse doğrudan onaylayabilecektir.⁶⁸⁹ Görülmektedir ki mevcut düzenleyeme göre, geri gönderilen anayasa değişikliğinin Mecliste yeniden nasıl bir oy çokluğu ile kabul edildiğine göre Cumhurbaşkanlığı birtakım alternatiflere sahip olabilmektedir.

3. 3. 1. 3. 2. Teklifin Üçte İki veya Daha Yüksek Bir Çoğunlukla Kabulü

Bir anayasa değişikliği, TBMM üye tamsayısının 2/3’ünün veya daha fazlasının oyu ile kabul edilmişse, bu durumda Cumhurbaşkanının isteğine bağlı olarak söz konusu değişiklik doğrudan onaylanabileceği gibi halkoylamasına da sunulabilecektir. Bunlara ilaveten üçüncü bir seçimlik yol olarak Cumhurbaşkanlığı, bu değişikliği yeniden görüşülmesi için Meclise geri gönderebilecektir.⁶⁹⁰ Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi bakımından, anayasa değişikliğinin

⁶⁸⁷ Atar, s. 417.

⁶⁸⁸ Özbudun, Türk Anayasa, s. 175.

⁶⁸⁹ Gözler, Türk Anayasa, s. 1255.

⁶⁹⁰ Gözler, Türk Anayasa, s. 1255-1256.

hangi yeter sayıyla kabul edildiğinin hiçbir önemi bulunmamaktadır. Zira 175'inci maddenin üçüncü fıkrasında, geri gönderme ile ilgili kabul sayısına bağlı olarak herhangi bir ayırım yapılmamıştır.⁶⁹¹

Cumhurbaşkanının anayasa değişikliğini tekrar görüşmek üzere Meclise geri göndermesi durumunda, yine yukarıda belirttiğimiz üzere anayasa değişikliğinin kabul oranına göre farklı durumlar söz konusu olmaktadır. Eğer anayasa değişikliği Meclisin en az 3/5'inin kabul oyunu almış ancak kabul oyları Meclisin 2/3'üne ulaşamamışsa, bu durumda Cumhurbaşkanı söz konusu anayasa değişikliğini halkoyuna sunmak zorundadır. Ancak eğer değişiklik ile ilgili kabul oyları Meclis üye tamsayısının 2/3'ü veya daha fazlasına ulaşmışsa, bu durumda Cumhurbaşkanı değişikliği doğrudan onaylayıp yayımlayabileceği gibi isteğine bağlı olarak halkoylamasına da sunabilecektir.⁶⁹²

Tüm ihtimaller göz önünde bulundurulduğunda, onay safhası bakımından Cumhurbaşkanına verilmiş herhangi bir onay veya ret yetkisi bulunmadığı ileri sürülmüştür. Zira alternatiflere bakıldığında, Cumhurbaşkanı değişiklik teklifinin hangi oranda Mecliste kabul oyu aldığına bağlı olarak anayasa değişikliğini ya Meclise tekrar görüşülmek üzere geri göndermekte ya halkoylamasına sunmakta ya da yayımlamaktadır. Nitekim kabul veya reddetme gibi eylemlerde bulunamamaktadır.⁶⁹³

Onaylama yetkisinin yayımlama yetkisi ile aynı olmadığı düşünülürse, Türk Anayasa tarihinde Cumhurbaşkanına onay yetkisi veren tek anayasanın 1876 Kanun-i Esasi olduğu söylenmiştir.⁶⁹⁴ Buradan yola çıkarak söylenebilir ki anayasa değişikliğinin kabul edilmesi veya reddedilmesi bakımından tek yetkili organ TBMM olmakla birlikte halkoylaması yoluyla millet de bu safhaya doğrudan katılım sağlayabilmektedir.⁶⁹⁵ Demokratik açıdan halk katılımının oldukça önemli olduğu söylenebilmektedir.

Ancak anayasa değişikliği üzerinde, yasama organının sağlamış olduğu çoğunluğa bağlı olarak Cumhurbaşkanının halk oylamasına sunmaksızın doğrudan yayımlama yetkisinin var olduğu göz önünde bulundurulduğunda, 1982 Anayasasında anayasa değişikliğinin onay safhası bakımından yetkinin halk ile Cumhurbaşkanı arasında paylaşıldığı söylenmektedir.⁶⁹⁶ Öyle ki Cumhurbaşkanının yeter sayıya bağlı olarak geri gönderme, yayımlama, halkoyuna sunma gibi birçok yetkisi bulunmaktadır. Aşağıda yer vereceğimiz üzere, Cumhurbaşkanının anayasa değişikliği bakımından bu yetkilere sahip olması, bazı yazarlar tarafından son derece eleştirilmiştir.

Örneğin Tanör, Cumhurbaşkanının bu yetkilerle donatılmasını, anayasal katılığa yormuştur. Ona göre, “*Milli iradeyi temsil eden organ karşısında Cumhurbaşkanına tanınan bu yetkiler*

⁶⁹¹ Onar, Değiştirme Sorunu, s. 86.

⁶⁹² Özbudun, Türk Anayasa, s. 175.

⁶⁹³ Eren, s. 85.

⁶⁹⁴ Can, Kurucu, s. 100.

⁶⁹⁵ Eren, s. 85.

⁶⁹⁶ Özbudun, Türk Anayasa, s. 174.

aşırıdır. Üstelik aynı anayasayla yargıçlardan kurulu bir Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini esastan denetleme yetkisi ortadan kaldırılmışken, daha güçlü bir denetim yetkisinin Cumhurbaşkanına tanınmış olması yadırgatıcıdır.”. Önceki anayasalarda Cumhurbaşkanının Meclise geri gönderme yetkisi bile olmadığını söyleyen Tanör, bu fazla yetkinin Cumhuriyet Anayasasına aykırı olduğunu ifade etmiştir.⁶⁹⁷

Söz konusu kabul yeter sayılarının hangi oylamada aranacağı, anayasada özel olarak belirtilmese de bu yeter sayıların maddelerin oylandığı görüşmelerde ve değişiklik teklifinin tümünün oylanacağı son görüşmede aranacağı söylenebilir.⁶⁹⁸ Nitekim konu ile ilgili olarak 2007 yılında verilmiş bir Anayasa Mahkemesi kararından⁶⁹⁹ daha önce bahsetmiştik. Ancak burada da halk oylamasının zorunlu ya da ihtiyari olmasına ilişkin bir ayrım yapmak gerekmektedir.

Onar’a göre son oylamada 2/3 veya daha yüksek bir kabul yetersayısı sağlanmamışsa, diğer oylamalardaki oy çoğunluğunun 2/3 veya daha fazlasına ulaşp ulaşmadığına bakılmaksızın anayasa değişikliği ile ilgili zorunlu bir halk oylamasına gidilecektir. Ancak son oylamada 2/3 veya daha büyük bir oy çoğunluğu sağlanmışsa; bu durumda maddelerle ilgili oylamada 2/3 veya daha yüksek bir sayı ile kabul edilmiş maddeler ihtiyari olarak, bu çoğunlukla kabul edilmeyen maddeler ise zorunlu olarak halk oylamasına gidecektir.⁷⁰⁰

1982 Anayasasına bakıldığında, geri göndermenin hangi usulle yapılacağına ilişkin herhangi bir düzenleme olmadığı görülmektedir. Düzenleme olmadığı için 175’inci maddenin ikinci fıkrası gereğince bu konuda kanunların geri gönderilme usullerinin takip edileceği düşünülebilecektir.⁷⁰¹ Bu minvalde Cumhurbaşkanı tarafından kısmen veya tamamen geri gönderilen anayasa değişikliği, TBMM tarafından aynen kabul edilebilir. Aynen kabul edilen anayasa değişiklikleri, Cumhurbaşkanı tarafından tekrar iade edilemeyecektir.⁷⁰² Ancak Anayasa değişiklik teklifinde herhangi bir farklılık yapılırsa, bu durumda Cumhurbaşkanı bu anayasa değişikliğini tekrar Meclise iade edebilecektir.⁷⁰³

3. 3. 2. Türev Kurucu İktidarın İçeriksel Sınırları

Anayasayı değiştirme yetkisi verilen türev kurucu iktidarın, anayasal normları değiştirirken asli kurucu iktidarın aksine birtakım sınırlara tabi olduğunun kabul edildiğini daha önce belirtmiştik. 1982 Anayasası bakımından da türev kurucu iktidarın sınırlı bir yetkiye sahip olduğu

⁶⁹⁷ Tanör, İki Anayasa, s.153.

⁶⁹⁸ Özbudun, Türk Anayasa, s. 176.

⁶⁹⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 2007/72, K: 2007/68, T: 05.07.2007, R.G. tarih ve sayısı: 07.08.2007-26606.

⁷⁰⁰ Onar, Değiştirme Sorunu, s. 99.

⁷⁰¹ 1982 T.C. Anayasasının 175’inci maddesinin 2’nci fıkrasına göre, anayasa değişikliklerinin görüşülmesi ve kabulü hakkında Anayasada yer alan maddeler dışında, kanunların değişikliği ile ilgili hükümler uygulanacaktır.

⁷⁰² Gözler, Türk Anayasa, s. 1257.

⁷⁰³ Onar, Değiştirme Sorunu, s. 92.

kabul edilmiştir.⁷⁰⁴ Kubalı'nın da dediği gibi; türev kurucu iktidar, her ne kadar anayasa değiştirmeye yetkili ise de bu yetki sınırsız bir yetki değildir. Zira ona göre bu yetki, kuruculuk yetkisi değildir.⁷⁰⁵ Ancak aksi görüşte olanların var olduğu da unutulmamalıdır.

3. 3. 2. 1. Osmanlı-Türk Anayasa Tarihinde Değiştirilemez Maddeler

Anayasa tarihimize bakıldığında, genellikle sert bir anayasa fikrinin benimsendiği ve bu fikir doğrultusunda anayasaların oluşturulduğu görülmektedir. Öyle ki 1876 Kanun-i Esasi'den itibaren bakıldığında, anayasa tarihimizdeki tek yumuşak anayasa 1921 Anayasasıdır. Bu anayasa dışında kalan tüm anayasalar sert anayasalardır.⁷⁰⁶

Anayasaların bu katı nitelikleri ise kimi zaman biçimsel sınırlar ile kimi zaman ise içeriksel birtakım sınırlar ile sağlanmıştır. 1876 Kanun-i Esasi'den başlayarak Türk Anayasalarına bakıldığında, 1924 Anayasasına kadar değiştirilemez madde ya da maddelere rastlanmamaktadır. Dolayısıyla kanaatimizce 1924 Anayasasına kadar, türev kurucu iktidarın maddi sınıra tabi olmadığı söylenebilmektedir. Buna karşın katı bir anayasa olarak kabul edilen Kanun-i Esasinin bu katılığının, anayasada birtakım biçimsel sınırların düzenlenmesinden kaynaklandığı söylenebilecektir.⁷⁰⁷

1924 Anayasasına bakıldığında ise bu anayasanın 102'nci maddesinin son fıkrası, devletin şeklinin Cumhuriyet olduğunu düzenleyen 1'inci maddenin değiştirilmesinin teklif dahi yapılamayacağı şeklindedir. 1924 öncesinde uzunca bir süre devletin monarşi ile yönetildiği düşünülürse; Cumhuriyetin değiştirilemez madde olarak düzenlenmesinin, muhtemel değişiklik isteklerinin engellenmesi amacıyla yapıldığı düşünülebilir.⁷⁰⁸ Nitekim kanaatimizce hangi sebeple düzenlenirse düzenlensin, söz konusu değiştirme yasağının türev kurucu iktidarın içeriksel sınırını oluşturduğu düşünülebilir.

1961 Anayasasına gelindiğinde ise 1924 Anayasasına paralel olarak anayasanın 9'uncu maddesinde; Cumhuriyet devlet şeklinin değiştirilemeyeceği, değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceği kabul edilmiştir. Ayrıca bu anayasa ile ilk defa Anayasa Mahkemesi kurulmuş ve bu mahkemeye kanunların ve içtüzüklerin anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi verilmiştir. Nitekim değiştirilemez madde ile ilgili, Anayasa Mahkemesi verilen bu yetki sonucunda devlet şeklinin değiştirilemeyeceğine ilişkin olan 9'uncu maddenin değişiklik yasağının kapsamının ne olduğunu, vermiş olduğu kararlar ile belirlemiştir.⁷⁰⁹

⁷⁰⁴ 1982 Anayasasında, anayasa değişikliği için hem biçimsel sınır olarak birtakım usul kuralları benimsenmiş hem de içeriksel sınır olarak değiştirilemez maddeler düzenlenmiştir.

⁷⁰⁵ Kubalı, Dersleri, s. 105.

⁷⁰⁶ Özbudun, Türk Anayasa, s. 168-169.

⁷⁰⁷ Ayhan Döner, **Türk Anayasa Hukuku**, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 40.

⁷⁰⁸ Onar, Değiştirme Sorunu, s. 7.

⁷⁰⁹ Batum, Anayasa, s. 170.

Öyle ki her ne kadar 1961 Anayasasında, anayasa metninde düzenlenen tek değiştirme yasağı devletin Cumhuriyetçi şekli olsa da Anayasa Mahkemesi 1970 yılında, kanaatimizce bu durumun aksini düşündürebilecek bir karar vermiştir. Kararın önemi göz önünde bulundurulduğunda, kararın aynen alıntılanması zarureti doğmuştur. Anayasa Mahkemesinin bu kararına göre:

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

Bu bakımdan bu ilkelerde değişmeyi öngören veya Anayasa’nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunamaz. Bu esaslara aykırı olarak çıkarılmış bulunan bir kanunun Anayasa’nın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir.”⁷¹⁰

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bu kararda; mahkeme değiştirilemez maddelerin kapsamı hususunda bugün hala üzerinde çokça tartışılan, oldukça geniş bir yorum yapmıştır. Zira Anayasa Mahkemesinin böylesine geniş bir yorum yapmasının, adeta bu maddelerin belirliliğini ortadan kaldırdığı düşünülmüştür.⁷¹¹ Niteliği halkın egemenliğinin önünde bir engel olması nedeniyle tartışmalı olan değiştirilemez maddelerin, madde metninin de ötesinde böyle geniş bir şekilde yorumlanması ve bu maddelerin uygulanması bakımından böylesine geniş bir alan açılması kanımızca ne halk egemenliği ilkesi ile ne de demokrasi ile bağdaşmamaktadır.

Halen yürürlükte olan 1982 Anayasasına geldiğimizde ise bu anayasanın 4’üncü maddesinde, anayasada hangi maddelerin değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; anayasanın 1’inci maddesinde yer alan devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu, 2’nci maddesinde yer alan Cumhuriyetin nitelikleri ve 3’ncü maddesinde yer alan hükümlerin değiştirilemeyeceği, değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceği düzenlenmiştir. Değiştirilemez maddelerin kapsamına

⁷¹⁰ Anayasa Mahkemesi, E: 1970/1 K: 1970/31, T: 16/6/1970, R.G. tarih ve sayısı: 07.06.1971-13858, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1970-31-nrm.pdf>, 05 Ekim 2021.

⁷¹¹ Eren, s. 74.

bakacak olursak, bu yönüyle 1982 Anayasasının 1961 Anayasasından daha sert bir nitelik taşıdığı söylenebilmektedir.⁷¹²

Görülmektedir ki; 1982 Anayasasını yapan kurucu iktidar, değiştirilemez maddelerin kapsamını genişletmiştir. Bu genişleme, bazı düşünürler tarafından son derece yerinde bulunmakla birlikte bazı düşünürlerin eleştirilerinin hedefi haline gelmiştir. Örneğin Dal, 1968-80 arasında yaşanan olaylardan bahsederek, değiştirilemez maddelerin kapsamının genişletilmesini son derece yerinde bulmuştur.⁷¹³ Buna karşın Eroğlu ise değiştirilemez maddelerin bu denli arttırılmasını eleştirmiş ve bu durumun gerçek politik hayatla uyuşmayacağını ileri sürmüştür.⁷¹⁴

Hemen belirtmek gerekir ki Cumhuriyet gibi Cumhuriyetin niteliklerinin de değiştirilemez maddeler kapsamına sokulması, 1961 Anayasasında da teklif edilmiştir. Ancak bu teklif, komisyon tarafından reddedilmiştir. Ret sebebi olarak ise bu şekildeki yasakların kapsamının arttırılmasının, millet egemenliği ilkesine aykırı olacağı belirtilmiştir. Bu nedenle her ne kadar cumhuriyetin niteliklerinin yasaklar kapsamına sokulmasının, demokrasinin muhafaza edilmesi için olduğu düşünülse de millet egemenliği gereğince demokrasinin muhafazası için başka yollara başvurulması gerektiği söylenmiştir.⁷¹⁵

Nitekim bugün değiştirilemez maddelerin niteliği ile ilgili tartışmalar da bu gerekçelerle çıkmaktadır. Zira her ne kadar bu yasaklar konusu itibariyle devletlerin şekli, hükümetlerin şekli, bayrağı veya dilini korumak adına düzenlenmişse de ve çoğu ülke anayasası bu yasakları demokrasinin korunması amacı ile düzenlese de bu maddelerin kapsamının son derece genişletilerek ve hatta belirsizleştirilerek millet egemenliğine gölge düşürülmesi, kanaatimizce sistemin kendi ile çelişmesinden başka bir şey değildir. Zira güdülen amaç için izlenen yolun, güdülen amacın kendisinin ihlaline sebep olması kanaatimizce kabul edilemezdir.

1982 Anayasasının 4'üncü maddesinde, 2'nci maddede düzenlenen Cumhuriyetin niteliklerinin değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir. Ancak bu durum, birtakım tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Zira 2'nci maddede; "Türkiye Cumhuriyeti'nin toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde" olması gerektiği, Cumhuriyetin bir niteliği olarak sayılmıştır. Bunların Cumhuriyetin bir niteliği olup olamayacağı ve yasağın bunları da kapsayıp kapsamadığı tartışılmış olsa da 2'nci maddenin tamamının değiştirilemez madde kapsamında olduğu ileri sürülmüştür.⁷¹⁶

Sonuç olarak 1982 Anayasasının değiştirilemez maddelerinin oldukça kapsamlı bir şekilde düzenlediği açıktır. Hukuki niteliği böylesine tartışmalı olan maddelerin anayasamızda böylesine geniş bir yer tutması, 1982 Anayasasının kendi ile ilgili tartışmaları da beraberinde getirerek yeni

⁷¹² Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 139.

⁷¹³ Dal, Türk Anayasa, s. 151.

⁷¹⁴ Eroğlu, Atatürk, s. 308.

⁷¹⁵ Kazım Öztürk, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Cilt II**, Ankara, 1966, s.1209'dan aktaran Can, Kurucu, s. 180-181.

⁷¹⁶ Onar, Değiştirme Sorunu, s. 15.

anayasa ihtiyacını da kanaatimizce gündeme getirmiştir. Ancak yeni bir anayasanın nasıl yapılacağı ve yapılırken değiştirilemez maddelere bağlı kalınıp kalınmayacağı da son dönemlerde çokça tartışılan konular haline gelmiştir.

3. 3. 2. 2. Türk Anayasa Hukukunda Değiştirilemez Maddeler Tartışması ve Normlar Arası Hiyerarşi Sorunu

Değiştirilemez maddelerin, Anayasa Hukuku bakımından son derece tartışmalı bir husus olduğuna ve bu husustaki tartışmalara daha önce değinmiştik. Nitekim bu husus, Türk Anayasa Hukuku bakımından da doktrinde üzerinde tartışılan ve hukukçular tarafında üzerinde fikir birliğine ulaşılamamış bir konu olmuştur.⁷¹⁷ Aşağıda detaylıca anlatacağımız üzere kimi düşünöre göre türev kurucu iktidar bu maddi sınır ile bağılyken, kimilerine göre bu iktidar maddi olarak sınırsız bir yetkiye sahiptir.

3. 3. 2. 2. 1. Türk Anayasa Hukukçularının Değiştirilemez Maddelerin Niteliği ile İlgili Görüşleri

Osmanlı- Türk Anayasalarına bakıldığında, 1924 Anayasasından bu yana değiştirilemez maddelerin var olduğu görölmektedir.⁷¹⁸ 1924 Anayasasının devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna ilişkin 1'inci maddesinin değiştirilmesi 102'inci madde ile yasaklanmış olup 1961 Anayasasında da paralel bir düzenleme yapılmıştır. Bu anayasanın 9'uncu maddesinde, yine devlet şeklinin değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir. Ancak yukarıda da söylendiği üzere, her ne kadar bu maddelerin varoluşlarının tarihi eski olsa da nitelikleri ile ilgili tartışmalar devam etmektedir.

Aşağıda tek tek değineceğimiz üzere doktrinde birçok hukukçuya göre türev kurucu iktidar, asli kurucu iktidar tarafından belirlenmiş olan değişiklik yasağı ile bağılı durumdadır. Bu düşüncenin savunucusu olarak akla gelen isimlerden biri Hüseyin Nail Kubalı'dır. Kubalı anayasal istikrarının ne kadar önemli olduğunu ifade etmekle birlikte bu istikrar sağlanırken anayasanın değişim ihtiyacının da göz ardı edilmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Nitekim ona göre bu ikisi arasında bir dengenin kurulması gerekmektedir.⁷¹⁹

Kubalı'ya göre istikrar ile değişim ihtiyacı arasındaki dengenin sağlanmasının yolu ise anayasada yer alan biçimsel sınırlara ilaveten birtakım içeriksel sınırların düzenlenmesidir. Ancak bu şekilde bir anayasanın nispi istikrarı sağlanabilecektir. O, anayasalarda düzenlenen ve nispi istikrarın yolu olarak düşünülen bu içeriksel sınırların politik değerleri olduğunu söylemiş ancak bunun yanında bu sınırların hukuki bir öneme sahip olduğunu da eklemiştir.⁷²⁰

⁷¹⁷ Erdoğan, Türk Anayasa, s. 246.

⁷¹⁸ Gören, Anayasa, s. 453.

⁷¹⁹ Kubalı, Dersleri, s. 102-103.

⁷²⁰ Kubalı, Dersleri, s. 103.

Kubalı değiştirilemez maddelere hukuki bir değer atfetmekle kalmamış, anayasalarda açıkça değiştirilemez maddeler olmamasına rağmen türev kurucu iktidarın içeriksel birtakım sınırlar ile bağlı olabileceğini ileri sürmüştür⁷²¹. Kubalı bu düşüncelerini şöyle ifade etmiştir:

“Bize göre tali kurucu iktidar mevcut Anayasanın yalnız açıkça yasaklar koyan lafzı ile değil ruhu ile de bağlıdır. Bu, Anayasanın belirli bir maddesinin veya bir kısım maddelerinin değiştirilemeyeceği hakkında açık bir hükmü ihtiva etmediği halde bahis konusu olur. Her Anayasa objektif bir hukuk fikrinin ve bu fikrin dayandığı belirli bir dünya görüşünün sembolüdür. Her Anayasanın hedefi bu fikri ve bu dünya görüşünü Devletin siyasi ve hukuki statüsünün temeli yapmaktır.”⁷²²

Ancak Kubalı’nın bu düşüncesi, doktrinde bazı pozitivist hukukçular tarafından eleştirilmiştir. Onlara göre türev kurucu iktidarın anayasanın ruhu ile veya anayasa üstü bir norm ile bağlı olduğu düşüncesinin hiçbir hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Zira böyle bir sınırın kabulü, doğal hukuk teorisinin kabulünü gerektirir ki pozitivist hukukçular buna karşı çıkmaktadır. Dolayısıyla onlara göre türev kurucu iktidar, yalnız anayasada yazılı bulunan maddi sınırlara tabiidir.⁷²³

Değiştirilemez maddelerin hukuki değil yalnız siyasi bir değeri olduğunu düşünenlerin aksine Kubalı’ya göre:

“...Anayasanın muhtevası ile ilgili olan ve onun nispi istikrarını sağlayan bağlayıcılığı yalnız fiili ve siyasi değil aynı zamanda hukuki bir değer taşır. Tali kurucu iktidarın hukuken sınırsız olduğunu ileri süren pozitivist hukukçular çelişmeye düşmektedirler. Zira hukuki pozitivistizm yani yürürlükteki hukuka bağlı oldukları halde tali kurucu iktidarı mevcut Anayasa ile hukuken bağlı görmemeleri, yalnız fiili ve siyasi yönden, bağlı olduğunu ileri sürmeleri kendi görüşlerine aykırı düşer.”⁷²⁴

San da değiştirilemez maddelerin türev kurucu iktidarı sınırlandırıdığını ve bu iktidarın sınırlara uyması gerektiğini savunmuştur. Ona göre: “*Mutlak bir güvence saymamak ve uygulama değerini pek fazla abartmamak şartıyla, yasak hükümlerin normal zamanlarda yapılan anayasa değişikliklerini etkili bir biçimde sınırladıkları söylenebilir.*”⁷²⁵ San, her ne kadar bu sınırlamaya hukuksal bir anlam yüklese de türev kurucu iktidarın bu maddelere olan bağlılığını belirli koşullara bağlamıştır. Dolayısıyla burada ileri sürülen bağlayıcılığın mutlak bir bağlayıcılık olduğunu iddia etmek kanaatimizce güçtür.

Serozan da tıpkı Kubalı gibi türev kurucu iktidarın, anayasayı ancak ve ancak asli kurucu iktidarın kurucu meclis eliyle hazırlamış olduğu anayasaya uygun olarak değiştirebileceğini ileri sürmüştür.⁷²⁶ Serozan bu düşüncelerini şu şekilde dile getirmiştir:

⁷²¹ Kubalı, Dersleri, s. 103.

⁷²² Kubalı, Dersleri, s. 103.

⁷²³ Gözler, Genel Teorisi, s. 344-345.

⁷²⁴ Kubalı, Dersleri, s. 103.

⁷²⁵ San, s. 82.

⁷²⁶ Serozan, s. 138.

“Siyasal iktidarın anayasayı değiştirme yetkisinin sınırsızlığı görüşü, yalnız çağdaş hukuk biliminin yorum ilkelerine göre değil, fakat aynı zamanda halk iktidarı ile siyasal iktidar arasındaki ilişkiler konusunda çağımızda egemen bulunan anlayışa da ters düşmektedir. Siyasal iktidarın, hele üçte iki oranında nitelikli bir çoğunluğa ulaşmış bir siyasal iktidarın her şeye muktedir olduğu ve bu arada Anayasayı kendi siyasal tercihi doğrultusuna getirerek başkalaştırabileceği görüşü, hukuka bağlılık tanımaz keyfiyetçi-mutlakîyetçi devlet ideolojisinin kalıntısıdır.”⁷²⁷

Erdoğan ise öncelikle değiştirilemez maddelerin asli kurucu iktidarı hiçbir şekilde bağlamayacağını belirtmiştir. Nitekim ona göre asli kurucu iktidar, istediği takdirde hiçbir değiştirme yasağına bağlı olmaksızın yeni bir anayasa ortaya koyabileceğini ifade etmiştir. Diğer bir ifade ile asli kurucu iktidarın, değiştirilemez maddeler ile bağlı olması ve yeni bir anayasa yaparken bu maddelere dokunamaması söz konusu değildir. Ona göre değiştirilemez maddeler, yalnızca türev kurucu iktidarı bağlamaktadır.⁷²⁸

Ancak ona göre bu bağlılık, söz konusu değiştirilemez maddelerin metni ile değil bu maddelerin içerikleri ile ilgilidir. Diğer bir ifade ile türev kurucu iktidar, değiştirilmesi yasak olan maddelerin metinlerini değil, bu maddelerin taşıdıkları ideolojiyi değiştiremeyecektir. Dolayısıyla o bu maddelerde, taşıdığı ilkelere aykırı olmadığı müddetçe metinsel olarak değişiklik yapılabileceğini ileri sürmüştür.⁷²⁹

Nitekim Erdoğan, 1982 Anayasasında değiştirilmesi yasaklanan 2’nci ve 3’üncü maddelerin metinlerinde, bu maddelerin taşıdıkları ideolojiyle bağdaşacak, maddeleri zenginleştirecek birtakım eklemeler yapılabileceğini de ifade etmiştir. Zira ona göre yasaklanan şey metin değil anlamdır.⁷³⁰ Benzer bir yorum Gören tarafından da yapılmıştır.

Gören’e göre de değiştirilemez maddeler, türev kurucu iktidarın uymak zorunda olduğu hukuki bir sınırdır. Nitekim bu maddeler gözetilmeksizin yapılacak bir anayasa değişikliği yok hükmünde sayılacağından hiçbir sonuç doğurmayacaktır.⁷³¹ Ancak o, değişen koşullar ve ortaya çıkacak ihtiyaçların karşılanabilmesi için bu yasakların, yalnızca “ebedi değerler” hakkında olması gerektiğini ileri sürmüştür.⁷³² Ona göre, her ne kadar bu yasaklara mutlak surette uyulması gerekmekteyse de o, bu maddelerde içeriklerine dokunulmaksızın, yalnızca sözsöz değişikliklerin yapılabileceğini ileri sürmüştür.⁷³³

Özbudun ise bu konuda Onar’ın düşüncelerine atıf yapmıştır.⁷³⁴ Onar, 1982 Anayasasında, değiştirilemez maddelerin kapsamının genişletilmesini son derece eleştirmiştir. Ona göre, yalnızca devlet şeklinin Cumhuriyet olduğunu düzenleyen anayasanın ilk maddesinin değiştirilmesinin

⁷²⁷ Serozan, s. 137.

⁷²⁸ Erdoğan, Hukukuna Giriş, s. 155.

⁷²⁹ Erdoğan, Hukukuna Giriş, s. 155.

⁷³⁰ Erdoğan, Türk Anayasa, s. 246.

⁷³¹ Gören, Anayasa Koyan Erk, s. 5.

⁷³² Gören, Anayasa, s. 456.

⁷³³ Gören, Anayasa Koyan Erk, s. 5.

⁷³⁴ Özbudun, Türk Anayasa, s. 179.

yasaklanması ile yetinilmeliydi. Zira değiştirilemez normları o günün asli kurucu iktidarı kapsamlı bir şekilde düzenleyerek, gelecek kuşakların değişiklik yetkisini ortadan kaldırmaya hakkı bulunmamaktadır.⁷³⁵

O, asli kurucu iktidarın anayasanın ilk üç maddesini değiştirilemez olarak belirlemesindeki amacın bu maddelerin ortaya çıkardığı ilkeleri, yani aslında maddelerin içeriğini korumak olduğunu ileri sürmüştür. Onar buradan yola çıkarak bu maddeler ile ilgili içerikleri için olumsuz olmayacak, maddelerin ortaya koyduğu ilkeleri etkilemeyecek değişikliklerin yapılabileceğini savunmuştur. Hatta mevcut yasakların esasını değiştirmeden, onlara birtakım eklemeler yapılabileceğini bile söylemiştir.⁷³⁶

Kapani ise değiştirilemez maddeleri, bazı anayasaların siyasi temelini oluşturan hükümlerin değiştirilmesinin yasaklanması şeklinde ifade etmiştir. Bu maddelerin niteliğini, Mirkin-Guetzévitch'den alıntı yaparak hukuki bir baraj şeklinde yorumlamıştır. Ona göre değiştirilemez maddeler, çoğunluğun iradesinin sınırsız bir irade olmadığının ve istediği her türlü şeyi yapamayacağı kabulünün net bir göstergesidir.⁷³⁷

Değiştirilemez maddeleri adeta hukuki bir baraj olarak gören Kapani, anayasaların katı ve bükülmez oluşu ile bu anayasaların toplumun gerçekleri ile uyumlu olma ihtiyacı arasında dengeli olunması gerektiğini vurgulamıştır⁷³⁸. Ona göre:

“Şayet anayasa toplumun siyasi, sosyal, ekonomik ve kültürel şartlarına ve bunların gelişme yönlerine az çok uyuyor veya hiç değilse ilerisi için oldukça realist bir program niteliğini taşıyor ise, o zaman onun sahip olacağı ölçülü bir katılık rejimin istikrarı ve demokratik hürriyetlerin korunması bakımından olumlu ve faydalı bir rol oynayabilir. Fakat, anayasa toplum gerçeklerine tamamen yabancı ve aykırı ise teorik bakımdan ne kadar mükemmel olursa olsun onun katılık ve bükülmez niteliği günün birinde kırılmasına yol açmaktan başka bir netice sağlayamaz.”⁷³⁹

Tunaya'ya göre asli kurucu iktidarın, türev kurucu iktidarın değişiklik yetkisini bu şekilde sınırlandırması ve hatta ortadan kaldırması, bir kuşağın kendi kurallarını adeta gelecek kuşaklara dayatmasından başka bir şey değildir. Ona göre böylesine yasaklamalar daha ziyade siyasi bir önem ve varlık taşımaktadır. Dolayısıyla bu yasakların hukuki olmadığını, uygulansa bile bu uygulamanın ancak belli bir süre ile sınırlı olarak geçerli olması gerektiğini ileri sürmüştür.⁷⁴⁰

Teziç de değiştirilemez maddeler ile ilgili benzer yorumlar yapmıştır. Zira ona göre, hukuki bir nizamın sağlanabilmesi amacıyla anayasalarda değişiklik yapılabileceği düzenlenmiştir. Nitekim bu değişikliğin yasaklanması hukuki nizamın daimiliğini bozacaktır. Öyle ki anayasa değişikliğinin engellenmesi, anayasanın dondurulması anlamına gelmektedir ki bu anayasal

⁷³⁵ Onar, s. 17.

⁷³⁶ Onar, s. 17.

⁷³⁷ Münici Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Ankara: Sevinç Matbaası, 1976, (Kamu), s. 280.

⁷³⁸ Kapani, Kamu, s. 280-281.

⁷³⁹ Kapani, Kamu, s. 280-281.

⁷⁴⁰ Tunaya, s.1 34.

düzenin devamlılığını engelleyecektir. Ayrıca anayasada bir değişiklik ihtiyacı ortaya çıktığında bunu engellemek, bu ihtiyacın şiddet yolu ile giderilmesine yol açabilir ki hukukun şiddete yol açması kabul edilemezdir.⁷⁴¹

Eroğlu ise değiştirilemez maddelerin, demokratik devlet ilkesi ile uyuşmadığını söylemiştir. O zaten demokrasiyle uyuşmadığını düşündüğü değiştirilemez maddelerin, 1982 Anayasasında daha da genişletilmesini son derece eleştirmiştir. Zira o, bu yasakların realiteyle bağdaşmayacak derecede bir katılığa neden olduğunu ve gerekli olmadığını belirterek bu yasakların yetki suistimallerine sebep olabileceği⁷⁴² gerekçesiyle de faydalı olmadığını belirtmiştir.⁷⁴³

Benzer bir yorum Kaboğlu tarafından yapılmıştır. O da 1982 Anayasasında yer alan birinci madde dışındaki değiştirilemez normların değiştirilmelerinin kati olarak yasaklandığının benimsenmesinin, adeta olumlu olabilecek anayasal değişiklikleri de yasaklamak anlamına geldiğini belirtmiştir. 1982 Anayasasının olağan koşullar altında hazırlanmadığını vurgulayan Kaboğlu, böyle bir anayasa metnine gelecek nesilleri mahkûm etmenin ve onların iradesini bu şekilde ortadan kaldırmanın tehlikeli olduğunu ifade etmiştir.⁷⁴⁴

Batum gibi bazı hukukçular ise değiştirilemez maddelere hukuki bir mahiyet yüklemekle birlikte, 1982 Anayasasında bu maddelerin kapsamının oldukça geniş tutulmasını eleştirmişlerdir. Zira bu düşünceye göre; değiştirilemez maddeler yalnızca anayasaları var eden kurucu ilkeler ile sınırlı olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, bir maddenin değiştirilemez nitelikte olabilmesi demek o maddenin ortadan kaldırılması halinde anayasayı var eden temel felsefenin de ortadan kaldırılması anlamına gelecektir.⁷⁴⁵

Ona göre yalnızca böylesine önemli maddeler, değiştirilemezlik niteliğine sahip olmalıdır. Zira bunlar dışında anayasalar, donmuş belgeler olmayıp değiştirilebilir nitelikte olmalıdır. Ancak 1982 Anayasasındaki değiştirilemez maddelerin kapsamı kurucu ilke ve felsefelerin dışında ve bu ilkeleri koruma amacının çok dışında bir şekilde düzenlenmiştir.⁷⁴⁶

Tanör ise değiştirilemez maddelerin hukuki niteliğini yorumlamadan önce, bu maddelerin neden anayasalarda yer aldığını ifade etmiştir. Ona göre bu maddelerin anayasada yer almasının birçok nedeni vardır. Bunlar:

“Siyasal sistemin ve ülke hukukunun ekseni olan ana metne istikrar sağlamak, ona büyük çoğunlukların ve geniş uzlaşmaların damgasını basmak, bu temel yasayı oynak karakterli meclis adi çoğunluklarının yaz-boz tahtası durumuna düşürmekten kurtarmak, vb. Bütün bu

⁷⁴¹ Teziç, s. 206.

⁷⁴² Anayasa Mahkemesinin 2008/16 Esas, 2008/116 Karar, 05.06.2008 tarihli kararı bu yetki aşımının en önemli örneklerinden biridir. Zira bu kararda, Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliği ile ilgili esastan bir inceleme yapmış ve söz konusu anayasa değişikliğini yorum yoluyla değiştirilemez maddeler kapsamına sokarak değişikliğin iptaline karar vermiştir.

⁷⁴³ Eroğlu, Anatüzeye, s. 308-309.

⁷⁴⁴ Kaboğlu, Anayasa, s. 40.

⁷⁴⁵ Batum, Anayasa, s. 172-173.

⁷⁴⁶ Batum, Anayasa, s. 172-173.

gerekçelerin temelinde belli bir varsayım yatar: anayasaların iyi şeyler, korunmaya layık üstün metinler oldukları inancı; yani devletin kuruluşu ve işleyişiyle ilgili temel kuralları isabetli koydukları, bireyler ve çeşitli toplum kesimleri arasındaki, bunlarla devlet ve otorite arasındaki ilişkileri dengeli ve adil bir şekilde kurdukları düşüncesi...”.⁷⁴⁷

Ancak Tanör, her ne kadar bu maddelerin koyuluş amacının anayasayı korumaya yönelik olduğunu söylese de bu amacın farklılaşması ve amaçlanan niteliklere söz konusu anayasaların sahip olmaması durumunda, bu maddelerin olumsuz bir mahiyet taşıyacağını belirtmiştir. Ona göre:

“Eğer eldeki anayasa toplumdaki çelişkilerden üreyen ve yine toplum katındaki çatışma ve uzlaşmalar yoluyla çözümü gereken sosyal, siyasal, ekonomik ve kültürel sorunların belli çıkarlar doğrultusunda oldu bitti yoluyla çözümünü sağlamak ve bu çözümleri anayasanın da üstünlüğü ve katılığı yollarından geçerek dondurup sağlama bağlamak amacıyla her türlü hükümle doldurulup bir kırkambara çevrilmişse, katılık güvencesi de toplumun serbestçe nefes alıp vermesini önleyen bir cendere durumuna gelir.”.⁷⁴⁸

Nitekim bugün değiştirilemez maddeler ile ilgili tartışmaların birçoğu, kanımızca Tanör’ün vurguladığı anayasanın toplumla olan uyumsuzluğundan çıkmaktadır. Öyle ki anayasada korunması gereken, anayasaya ruhunu veren birtakım maddelerin varlığının kabulü ile birlikte bu maddelerin korunması gerekliliği kabul edilmiştir. Ancak bu gereklilik söz konusu anayasayı var eden ve bu anayasa ile kendini bağlayan toplumdan kaynaklanmaktadır. Demokratik hukuk devleti ilkesi gereğince kaynağından bağımsız olarak düşünüldüğünde tüm bu ilkeler anlamsızlaşacağından, toplumu yansıtmayan veya toplum ile çelişen herhangi bir hususun değiştirilemezliğinin kabulü kanaatimizce mümkün olmayacaktır.

3. 3. 2. 2. 2. Anayasal Normlar Arasında Hiyerarşi Sorunu

Anayasadaki bazı ilkelerin değiştirilemez olarak kabul edilmesinin, anayasa maddeleri arasında hiyerarşi sorunlarına sebep olacağı açıktır. Zira değiştirilemez maddelerin düşünsel temeli, Alman düşünür Schmitt tarafında yapılan anayasa ile anayasa metni arasındaki ayırma dayanmaktadır. Schmitt, bu ikisi arasında bir ayırım yaparak anayasada yer alan ve bu anayasanın mevcudiyetiyle, varoluşu ile ilgili olan hususları anayasa olarak adlandırmış ve bu normları anayasanın özü olmaları itibarıyla daha önemli bir konuma yerleştirmiştir.⁷⁴⁹

Bazı anayasal sistemlerde devletin ve halkın ayırt edici özellikleri ve temelde onları var eden ilkeler korunmak istenmiştir. Bu nedenle kurucular, önemleri dolayısıyla gerek topluma gerekse devlete ebediyen hâkim olmasını istedikleri anlayışı dondurma eğiliminde olmuşlardır.⁷⁵⁰ Nitekim bu şekilde anayasada değiştirilmeleri yasaklanmış olan bazı maddeler düzenlenmesinin, bu normlar

⁷⁴⁷ Tanör, İki Anayasa, s. 149.

⁷⁴⁸ Tanör, İki Anayasa, s. 150.

⁷⁴⁹ Batum, Anayasa, s. 152.

⁷⁵⁰ Albert, Constitutional Handcuffs, s. 678-679.

ile diğer normlar arasında bir kademelendirme meydana getirdiği düşünülmüştür.⁷⁵¹ Bu düşüncenin savunucularından biri olan Herzog'un vurguladığı üzere; anayasa yapan erk, bazı maddelerin değiştirilmesini yasaklayarak onları, diğer maddelerden daha önemli hale getirmiştir.⁷⁵² Nitekim bu normların önemleri dolayısıyla ebediyen sürdürülmesi gerekliliği, anayasalarda normlar arasında hiyerarşinin varlığının kabulünü gerektirir⁷⁵³ ki bu husus oldukça tartışmalıdır.

Anayasal normlar arasında hiyerarşinin olduğunu düşünenlere göre anayasadaki bazı maddeler, öylesine öneme sahiplerdir ki bu maddeler anayasa normları içerisinde en üst basamaktadırlar. Söz konusu anayasa normlarını diğer normlardan üstün hale getiren sebep ise kimilerine göre bu normların milli egemenliğe ilişkin olması iken kimilerine göre ise bu üstün normlar, temel hakların sert çekirdeği ile ilgili olanlardır.⁷⁵⁴ Görülmektedir ki hiyerarşinin varlığını savunan görüş, bu düşüncüyü genellikle önemleri dolayısıyla milli egemenlik hakkındaki anayasa maddelerine veya temel hakların sert çekirdeğine temellendirmektedir.⁷⁵⁵

Temel haklar ile üstün normları ilişkilendirenler, aslında temel haklar ile ilgili de bir hiyerarşi yapmaktadır. Zira onlara göre bazı haklar diğer haklardan daha önemli ve üstün niteliktedirler. Dolayısıyla onlara göre bu en temel ve en birincil nitelikteki haklar, dokunulmaması gereken haklar olup bu nedenle türev kurucu iktidarın değişiklik sınırını oluşturmaktadır.⁷⁵⁶

Anayasa normları arasında hiyerarşinin varlığını savunan kimilerine göre ise temel haklar değil milli egemenlikle ilgili anayasal normlar üstün niteliktedir. Dolayısıyla bu normlar ile ilgili hiçbir değişiklik yapılmamalıdır. Nitekim bu görüşte olanlar bakımından, türev kurucu iktidarın içeriksel sınırlarını, bu maddeler oluşturmaktadır.⁷⁵⁷

Öğretideki bazı hukukçulara göre ise anayasada yer alan kurallara uygun bir şekilde yürürlüğe girmiş her anayasa normu, eşit dereceye ve değere sahiptir. Bu sebeptendir ki bu normlar arasında birbirlerine uygunluk denetimi yapılması hukuk mantığına aykırıdır.⁷⁵⁸ Görülmektedir ki öğretilerde bu hiyerarşinin varlığını savunanlar olmakla birlikte eleştiren görüşler de bulunmaktadır.

Bu hususta öncelikli olarak normlar arasında hiyerarşiden ne anlamamız gerektiğini açıklamak gerekmektedir. Çalışmamızın ilk bölümünde detaylıca açıklandığı üzere Kelsen tarafından ileri sürülen normlar hiyerarşisi teorisine göre, hukuk sistemi kademeli olarak normların oluşturduğu bir sistemdir. Bu sistem içinde normlar birbirine dayalı olmakla birlikte, sistem

⁷⁵¹ San, s. 81.

⁷⁵² Roman Herzog, "Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi" (Çev. Ümit Özdağ), **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı (Ankara 7-10 Mayıs 1990)**, Ankara: Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 18, C. 3, 1990, s. 16.

⁷⁵³ Gören, Anayasa Koyan Erk, s. 4.

⁷⁵⁴ Gözler, Genel Teorisi, s. 165-166.

⁷⁵⁵ Muhammet Erdal, "Anayasa Kurallarının Kademelendirilmesi Sorunu", **TBB Dergisi**, (76), 2008, s. 186.

⁷⁵⁶ Gözler, Genel Teorisi, s. 165-166.

⁷⁵⁷ Gözler, Genel Teorisi, s. 165-166.

⁷⁵⁸ Atar, s. 418.

içerisindeki normlar hem geçerliliğini hem de bağlayıcılığını bir üst basamaktaki normdan almaktadır. Diğer bir deyişle üstteki norm, alttaki normun geçerliliğinin kaynağı niteliğindedir.⁷⁵⁹

Dolayısıyla iki norm arasında hiyerarşinin varlığından söz edebilmek için, bu iki normdan birinin geçerliliğini daha üstün olan diğer normdan almış olması gerekmektedir. 1982 Anayasasına bakıldığında ise hiçbir norm, bir başka normun geçerliliğinin veya bağlayıcılığının temeli değildir. Gözler'in de dediği gibi, 1982 Anayasasının tüm normlarının geçerliliğinin kaynağı, asli kurucu iktidardır. Asli kurucu iktidar tarafından hazırlanan 1982 Anayasası'nın tüm normları, halk oylaması ile birlikte yürürlüğe girmiştir. Nitekim hiçbirinin geçerliliğini diğerinden aldığı söylenemez.⁷⁶⁰ O halde burada bir hiyerarşinin varlığından söz etmek, kanaatimizce hukuk teorisine uygun olmayacaktır.

Ancak her ne kadar teorik olarak hiyerarşinin varlığından söz etmek mantıklı olmasa da asli kurucu iktidarın bazı anayasal normlara farklı sebeplerle daha fazla önem atfettiği ve bu sebeple onları değiştirilemez niteliğe soktuğu yadsınamaz bir gerçektir. Fakat bu önem, kanaatimizce bu normların hiyerarşik olarak diğerlerinden üstün olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira aralarında herhangi bir geçerlilik ilişkisi bulunmamaktadır.

Anayasa normlarının hepsi, asli kurucu iktidar tarafından meydana getirilmiş ve kimi zaman halk oylaması ile yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla bu normlar geçerliliklerini, biri diğerinden değil halk oylamasından almaktadır. Bu nedenledir ki değiştirilemez maddelerin hukuki bir değerinin olduğunun kabulü, normlar arasında hiyerarşi sorununu ortaya çıkarması bakımından da bazılarına göre kabul edilebilir nitelikte değildir.

Bu hususta Yüzbaşıoğlu'nun önemli bir saptaması vardır. Yüzbaşıoğlu, anayasa normları arasında bir sırama yapar. Nitekim ona göre anayasada değiştirilemez maddelerin yer alması nedeniyle bu maddeler, diğer normlara göre daha üstün niteliktedir. Ancak o, bu üstünlüğün pozitif hukuk anlamında bir üstünlük olmadığını vurgulamıştır. Ona göre anayasa normları arasında mutlak bir üstünlük yoktur. Zira bir normun diğerini geçersizleştirmesi gibi bir durum söz konusu değildir.⁷⁶¹

Diğer bir ifadeyle anayasal normlar arasında bir çatışma olması halinde, üstekinin alttakini hükümsüz hale getirmesi mümkün değildir. Ancak Yüzbaşıoğlu değiştirilemez olarak düzenlenen ve daha üstün olarak kademelendirdiği bu maddeler ile diğer normlar arasında bir çatışma olması halinde, değiştirilemez norma göre bir yorum yapılması gerektiğini belirtmiştir. Nitekim ona göre değiştirilemez maddeler ile diğer anayasa normları arasında yapılan kademelendirmenin sonucu budur.⁷⁶²

⁷⁵⁹ Turhan, Hans, s. 203-206.

⁷⁶⁰ Gözler, Genel Teorisi, s. 168.

⁷⁶¹ Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1993, (Anayasallık Bloku), s. 108-111.

⁷⁶² Yüzbaşıoğlu, Anayasallık Bloku, s. 111.

Türk Anayasalarına bakıldığında ise Anayasa Mahkemesinin, 1961 Anayasası döneminde anayasada yer alan değiştirilemez maddeler ile diğer anayasal normlar arasında bir hiyerarşinin var olduğunu kabul ettiği söylenebilir. Zira mahkeme, anayasada yer alan değiştirilemez maddelerin değiştirilmesinin yasaklanması bir yana, bu maddelere aykırı olabilecek değişiklikleri de esasa girerek denetlemiştir. Ancak mahkeme, 1981 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararda, anayasa normları arasında bir hiyerarşi olmadığını ifade etmiştir.⁷⁶³ 1990 yılında verilen AYM kararında Anayasa Mahkemesi şöyle demiştir:

“Anayasa kural ve ilkeleri, etki ve değer bakımından eşit olup hangi sebeple olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, bunların bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanmaları zorunludur. Sözü edilen geçici 15. madde kuralının da bir Anayasa hükmü olarak, Anayasa’da yer almış bulunan diğer kurallarla etki ve değer bakımından eşit olduğundan kuşku yoktur. Bu itibarla, Anayasa’da yer alan bu ve bunun gibi belli bir konuya ilişkin kuralların Anayasa’da var olan genel ilkelerden ayrı nitelikte olduklarına bakılarak Anayasa’ya aykırılıklarından söz edilemeyeceği şüphesizdir ve Anayasa’da belli bir konuyu düzenleyen özel ilke varken o konuyu da kapsamı içine alabilecek nitelikte bir genel ilke bulunsu bile onun değil konuya özgü Anayasa ilkesinin uygulanması gerekmektedir.”⁷⁶⁴

Sonuç olarak anayasa normları arasında bir hiyerarşinin olduğunu kabul etmek, pozitif hukuk bakımından mümkün görünmemektedir. Zira bir anayasada yer alan ve türev kurucu iktidarın sınırlarını oluşturan şekli ve içeriksel sınırlara uyularak yapılan bir anayasa değişikliğinin, tıpkı diğer anayasal normlar gibi bir anayasa normu olacağı açıktır. Dolayısıyla eşit değerdeki bu normlar arasında herhangi bir hiyerarşinin varlığı kabul edilemez.⁷⁶⁵

Nitekim Kıta Avrupası ülkelerine bakıldığında da hiçbir anayasal sistem tarafından bu hiyerarşinin kabul edildiği görülmemiştir.⁷⁶⁶ Dolayısıyla değiştirilemez maddelere hukuki bir mahiyet yüklenmesi, normlar arasında böylesi bir hiyerarşi sorununu gündeme getirmekle birlikte kanaatimizce bunun kabulü, hukuk mantığı açısından pek mümkün değildir. Dolayısıyla bu durum türev kurucu iktidarın, değiştirilemez maddeler ile içeriksel olarak sınırlandırılmayacağı görüşünü de beraberinde getirebilecektir.

3. 3. 2. 3. İçeriksel Sınırların Kapsamı

1982 Anayasasının ilk üç maddesi, değiştirilemez normlar olarak düzenlenmiştir. Zira anayasanın 4’üncü maddesine göre; ilk üç madde değiştirilemez, değiştirilmesi teklif dahi edilemez. Lafzi olarak bakıldığında ilk olarak 1’inci maddedeki tek hüküm olarak devletin şeklinin

⁷⁶³ Can, Kurucu, s. 228.

⁷⁶⁴ Anayasa Mahkemesi, E: 1990/32, K: 1990/25, T: 16.10.1990, R.G. tarih ve sayısı: 30.11.1990-20711, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1990-25-nrm.pdf>, 11 Ekim 2021.

⁷⁶⁵ Özbudun, Türk Anayasa, s. 180.

⁷⁶⁶ Can, Kurucu, s. 232.

Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm koruma altına alınmıştır. İkinci olarak ise 2'nci maddedeki Cumhuriyetin niteliklerinin değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir. Üçüncü ve son olarak da 3'üncü maddede geçen hükümlerin değiştirilmesi yasaklanmıştır.⁷⁶⁷

İlk üç maddeye genel olarak bakıldığında, maddelerin amacı kanaatimizce Cumhuriyetin ilanı ile birlikte monarşiye geri dönüşün engellenmesinin istenmesidir. Bu nedenle 1924 Anayasasında yer alan Cumhuriyet devlet şeklinin değiştirilemeyeceğine ilişkin düzenleme, 1982 Anayasasının da ilk maddesinde yer almıştır. Değiştirilemez ikinci maddeye bakıldığında ise Cumhuriyetin nitelikleri sayılmış olup bu nitelikler; “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 devleti” şeklinde sayılmış ve bu niteliklerin değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir.

1961 Anayasasında yalnızca bir tane değiştirilemez madde varken 1982 Anayasasında bu maddeler daha geniş tutulmuştur. Nitekim Cumhuriyet devlet şeklinin yanı sıra Cumhuriyetin nitelikleri de bu kapsama sokulmuştur. Soysal da bu yasağın, 1982 Anayasasında çok geniş tutulduğunu dile getirmiştir. Oysa ona göre, bir anayasada değiştirilemez maddeler oldukça düşünülerek ve detaylıca değerlendirilerek belirlenmelidir. Zira ancak kendisinde değişiklik yapıldığında temel ilkeler ile ilgili ciddi değişiklikler meydana gelen maddeler değiştirilemezlik kapsamına sokulmalıdır.⁷⁶⁸

1982 Anayasasının değiştirilemez 1'inci ve 3'üncü maddelerine bakıldığında, bu maddelerin değiştirilemezliğinin kapsamı ile ilgili herhangi bir tereddütün olmadığı görülmektedir. Zira madde metninde geçen tüm hususların değişiklik yasağı kapsamında olduğu açıkça düzenlenmiştir. Ancak 2'nci madde ile ilgili birtakım belirsizlikler söz konusudur.⁷⁶⁹ Nitekim kapsam ile ilgili tartışmalar, genellikle bu madde etrafında toplanmıştır.

1982 Anayasasının değiştirilemez 2'nci maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri sayılmış ve bu niteliklerin değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir. Ancak madde metninde Cumhuriyetin nitelikleri olarak, “toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde” gibi ibareler kullanılmıştır. Bu ibarelerin değiştirilmesi yasaklanan Cumhuriyetin nitelikleri olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ise oldukça tartışmalıdır.⁷⁷⁰

Ancak değişiklik yasağının kapsamını belirlemek, bu değerlendirmenin sonuçlanmasını gerektirecektir. Zira bu ifadelerin bir nitelik olarak değerlendirilebilirliğine bağlı olarak bu ifadeler yasak kapsamına alınacak veya bu kapsam dışında bırakılacaktır.⁷⁷¹ Görülmektedir ki bu hususun

⁷⁶⁷ Sezer, s. 258.

⁷⁶⁸ Mümtaz Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, 11. Baskı, 1997, (Anayasanın Anlamı), s. 267.

⁷⁶⁹ Onar, s. 13.

⁷⁷⁰ Onar, s. 13-14.

⁷⁷¹ Onar, s. 13-14.

net olmaması, 1982 Anayasasının değiştirilemez maddelerinin kapsamının da belirsiz olmasına ve konu ile ilgili farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmaktadır.

Örneğin 1990 yılında “Anayasal Normların Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi” konusu hakkındaki VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansında, 1982 Anayasasının değiştirilemez maddelerinin neler olduğu tek tek sayılmıştır. Ancak yasaklanmış olan Cumhuriyetin nitelikleri arasında yukarıda belirtilen ifadeler sayılmamıştır. Burada yapılan belirlemeye göre:

“...Devletin Cumhuriyet olduğunu belirleyen 1. maddesi ile, 2. Maddesindeki Cumhuriyetin ‘insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal devlet olma’ nitelikleri ve ... devletin bütünlüğünü, resmi dilini ve bayrağını, milli marşını, başkentini belirleyen 3. Maddesi değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez...”⁷⁷²

Bununla birlikte 1982 Anayasasının 2’nci maddesinde, Cumhuriyetin niteliği olarak “başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan” ifadesi kullanılmıştır. Görülmektedir ki anayasanın bu maddesi ile dolaylı olarak anayasanın başlangıç kısımlarında yer alan temel ilkeler de kurucu iktidar tarafından değiştirilemez niteliğe sokulmuştur. Ancak özellikle belirtmek gerekir ki, madde metninde de anlaşılabileceği üzere başlangıç kısmının tamamı değil başlangıçta yer alan temel ilkeler bu kapsama alınmıştır.⁷⁷³

1876 Kanun-i Esasi’den 1982 Anayasasına kadar Osmanlı-Türk Anayasaları göz önünde bulundurulduğunda, yalnızca 1961 ve 1982 Anayasalarında başlangıç kısmının bulunduğu görülmektedir.⁷⁷⁴ Bu anayasalar dışında kalan anayasaların hiçbirinde başlangıç kısmına yer verilmemiştir. Nitekim bu durum, bu bölümün Türk Anayasaları bakımından vazgeçilmez olmadığını açıkça göstermektedir.⁷⁷⁵ Öyle ki dünya anayasalarının da tamamında bu bölümün bulunmaması, bu anayasalar bakımından da aynı yorumu yapmamıza sebep olabilmektedir.

Her ne kadar tüm anayasalarda bulunmasa da bu kısmı barındıran anayasalar bakımından başlangıç kısmının nasıl değerlendirilmesi gerektiği, konumlarının ne olduğu, hiyerarşik üstünlüklerinin bulunup bulunmadığı ve türev kurucu iktidar bakımından bir sınır oluşturup oluşturmadığı oldukça tartışmalıdır.⁷⁷⁶ Ancak 1982 Anayasası özelinde bakıldığında başlangıç

⁷⁷² “Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi”, **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı**, 7-10 Mayıs 1990, Ankara: Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları No:16, C. 1, 1990, s. 47.

⁷⁷³ Sezer, s. 299.

⁷⁷⁴ Peri Uran, “Anayasaların Başlangıç Kısımları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 73(1), 2015, s. 232.

⁷⁷⁵ Ozan Erözden, “Başlangıç ve Değiştirilemez Maddeler”, **Anayasa Kurultayı**, Ankara Barosu Yayınları, 2010, s. 112.

⁷⁷⁶ Erözden, s. 112.

kısımlarında yer alan temel ilkelerin değiştirme yasağı kapsamına alındığı açıktır.⁷⁷⁷ Zira anayasada bu husus açıkça düzenlenmiştir.

Anayasanın başlangıç kısmında, sınırları belirlenemeyecek birçok kavram bulunmaktadır.⁷⁷⁸ Bu nedenle de birçok düşünür⁷⁷⁹, böylesine belirsiz bir kısmın değiştirme yasağı kapsamına alınmasını eleştirmiştir. Örneğin Tanör, mevcut değiştirme yasağının son derece kapsamlı olduğunu dile getirmiş ve 1982 Anayasasının 2'nci maddesi ile son derece otoriter olan ve liberal olmayan başlangıç kısımların değiştirilemez kisvesi altına sokulmasını sert sözlerle eleştirmiştir. Ona göre:

“Bu nitelikteki bir ilkeler topluluğuyla bir ülkenin yakın ve uzak geleceğinin dondurulmak ve ipotek altına konmak istenmesi, gelişme ve insan aklına saygı gibi kavramlar açısından da gayet haksız ve zoraki bir dayatmadır. Herhalde kimsenin, Türkiye Cumhuriyeti'nin ebediyete kadar 1982 Anayasasının 2'nci maddesiyle Başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle yönetilebileceğini ve yönetilmesi gerektiğini söyleyebilme hakkı yoktur; herhangi bir anayasa koyucunun kendini bu kadar basiretli ve ileriye görür sayabilmesi mümkün değildir. Anayasalar, devletin dayandığı temel ilkeler sürekli değişirler. İdealin artık bulunduğunu sanmak bu gelişmeyi tökezletir.”⁷⁸⁰

Nitekim Kaboğlu da anayasanın başlangıç kısmında yer alan ifadelerin son derece geniş olması nedeniyle, bu ifadelerden hangisine veya hangilerine değiştirilemezlik niteliği vermek gerektiğinin net olarak anlaşılmasının mümkün olmadığını vurgulamıştır. Ancak ona göre her ne kadar kapsamları çok geniş olsa da dikkat edildiğinde, başlangıçta yer alan ilkelerin birçoğu değiştirilemez ilk üç maddenin tekrarı niteliğindedir. Bazılarının ise ilk üç maddede yer alan ilkelere ilişkin tanımlar olduğunu belirtmiştir. Ancak elbette kurucu iktidarın bununla kalmayarak başlangıç ilkeleri ile yeni birtakım ilkeler kabul ettiği de açıktır.⁷⁸¹

Teziç ise değiştirilemez normların temel ilkelerle ilişkilendirilmesini eleştirmiştir. Ona göre her ne kadar değiştirilemez norm olarak temel ilkelerden bahsedilse de pozitif hukuk bakımından bu ilkelerin nerede sonlanacağı ve bu minvalde sınırlarının nasıl olacağının tespit edilmesi imkansızdır.⁷⁸² Görülmektedir ki değiştirilemez maddeler ile ilgili bu eleştiriler, genel olarak bu maddelerin ortaya çıkardığı belirsizlikten kaynaklanmaktadır. Zira 1982 Anayasasındaki değiştirilemez maddelere bakıldığında, 1'inci madde son derece net olmakla birlikte 2'nci ve 3'üncü maddeler oldukça kapsamlı ve belirsiz nitelikleri dolayısıyla birçok tartışmaya neden olmaktadır.⁷⁸³

Tüm eleştirilere karşın bu yasağın tüm başlangıç metnini değil başlangıç metninde yer alan temel ilkeleri kapsadığını hatırlatmak gerekmektedir. Bunun bir ispatı olarak anayasanın başlangıç

⁷⁷⁷ Bu durum 1982 Anayasasının 2'nci maddesinde açıkça dile getirilmiştir.

⁷⁷⁸ Sezer, s. 298.

⁷⁷⁹ Bkz. Tanör, İki Anayasa, s. 151; Kaboğlu ve Sales, s. 63.

⁷⁸⁰ Tanör, İki Anayasa, s. 151.

⁷⁸¹ Kaboğlu ve Sales, s. 63.

⁷⁸² Teziç, s. 206.

⁷⁸³ Kaboğlu, Anayasa, s. 38.

kısımında, 1982 Anayasasının kabulünden bu yana iki kez değişiklik yapıldığının altını çizmek gerekmektedir.⁷⁸⁴ Nitekim bu durum kanaatimizce değişiklik yasağının kapsamını anlama bakımından önemlidir.

1995 ve 2001 yıllarında anayasanın başlangıç kısımlarında değişiklik yapılmıştır.⁷⁸⁵ Başlangıç kısımlarında değişiklik yapılabildiğine göre söz konusu değiştirme yasağının başlangıç kısımlarında yer alan her bir kelime, noktalama işareti vs. kapsamadığı ortadadır.⁷⁸⁶ Zira aksi olsaydı Anayasanın 2'nci maddesinde, başlangıçta yer alan temel ilkeler şeklinde özel bir ifade kullanılmazdı.⁷⁸⁷

Değişikliklere bakıldığında, 1995 değişikliği ile birlikte darbe sebepleri çıkarılmış ve “Kutsal Türk Devleti” ifadesinin yerine “Yüce Türk Devleti” ifadesi kullanılmıştır.⁷⁸⁸ 2001 yılındaki değişiklikte ise yukarıda da belirtildiği üzere “hiçbir düşünce ve mülahaza” ifadesi değiştirilmiştir. Nitekim bakıldığında bu değişikliklerin söz konusu başlangıç kısımlarında yer alan temel felsefeyle ilgili olmadığı kanaatimizce açıktır.⁷⁸⁹

Zira burada yapılan değişiklikler, temel ilkelerin dışında yer alan bir takım metinsel, ifadesel değişikliklerdir. Dolayısıyla 1982 Anayasasının başlangıç ilkeleri ile ilgili değiştirme yasağını bu ilkelerin temelinin, temel ilkelerinin değiştirilmesinin yasaklanması şeklinde yorumlamak gerekmektedir.⁷⁹⁰ Bugüne kadar bu kısımda yapılan değişiklikler, kanaatimizce bu durumun ispatı niteliğindedir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki pozitivist mantıkla bakıldığında, değiştirilemez maddelerde noktalama işaretleri ile ilgili bir değişiklik bile söz konusu olmayacaktır. Zira onlar madde metni ile sıkı sıkıya bağlı oldukları için anayasada yer alan değiştirilemez maddelerin herhangi birinde bir kelimenin çıkarılarak yerine o kelimenin eş anlamlısını koymak bile anayasa değişikliği niteliğinde olacaktır.⁷⁹¹ Ancak kurucu iktidar, bazı maddelerin değiştirilmesini yasaklarken kanaatimizce bu maddedeki kelimeleri değil kelimelerden çıkan ve maddenin içerdiği ilkeyi korumaya çalışmıştır.

Her ne kadar başlangıç metnini tamamı değil de temel ilkeler değiştirilemez kapsamına alınmışsa da burada yer alan temel ilkelerin belirlenmesi de oldukça güçtür.⁷⁹² Bazı düşünürler bu ilkeleri belirlemeye çalışmışlardır. Örneğin Özbudun'a göre başlangıçta belirtilen temel ilkeler şu şekilde sayılabilir:

⁷⁸⁴ Aşağıda yer verileceği üzere 1982 Anayasasının Başlangıç kısmında 1995 ve 2001 yıllarında değişiklik yapılmıştır.

⁷⁸⁵ Sezer, s. 304.

⁷⁸⁶ Murat Sevinç, "Anayasanın Başlangıç İlkeleri", Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (Ed), **Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler**, İstanbul: Metis Yayınları, 2012, s. 80.

⁷⁸⁷ Sezer, s. 300.

⁷⁸⁸ 1995 tarihli 4121 sayılı 7.11.1982 Tarihli ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Başlangıç Metni ve Bazı Maddelerin Değiştirilmesine Dair Kanun, **T. C. Resmî Gazete**, 22355, 26 Temmuz 1995.

⁷⁸⁹ Sezer, s. 304.

⁷⁹⁰ Sezer, s. 252.

⁷⁹¹ Sezer, s. 274.

⁷⁹² Soysal, Anayasanın Anlamı, s. 113.

“12 Eylül 1980 hareketinin meşruluğu, Atatürk inkılap ve ilkelerine bağlılık, Atatürk milliyetçiliği, Atatürk medeniyetçiliği, çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi, milli egemenlik Anayasasının ve hukukun üstünlüğü, hürriyetçi demokrasi, kuvvetler ayrılığı, Türk varlığının devleti ve ülkesiyle bölünmezliği, laiklik, her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olmak.”⁷⁹³

Soysal ise başlangıç kısmından birtakım temel ilkeler çıkarmıştır. Ona göre bu ilkelerin başlıkları şu şekildedir: “Anayasasının meşruluğu, Atatürk’e bağlılık, Ulusal varlığın korunması ve yüceltilmesi, Doğal Haklar, Ulus iradesinin üstünlüğü, Gerçek anlamına uygun bir güçler ayrılığı, Laiklik, Anayasaya bağlılık ve bekçilik”.⁷⁹⁴Nitekim görülmektedir ki, Soysal’a göre değiştirme yasağında belirtilen temel ilkeler bu şekildedir.

İki ayrı düşünürün, başlangıçta yer alan temel ilkeler ile ilgili iki çıkarımını belirttik. İki çıkarım arasındaki farklılıklar göz önünde bulundurulduğunda, kavramın belirsizliği kanaatimizce açık bir şekilde gözler önüne çıkmaktadır. Değiştirme yasağı gibi son derece önemli bir husus bakımından herkes için ayrı sonuçlar çıkabilecek bir belirsizliğin oldukça kötü sonuçlar doğuracağı kanaatindeyiz.

3. 3. 2. 3. 1. İlk Üç Madde Dışında Değiştirilmesi Yasak Başka Maddeler Var Mı?

İlk üç madde dışında, anayasada değiştirilemeyecek maddeler olup olmadığı her zaman tartışmalara konu olmuştur. Kimi hukukçular anayasada yer alan ilk üç madde dışında değiştirilemez madde bulunmadığını savunsa da⁷⁹⁵ ilk üç maddeye bağlantılı başka birtakım maddelerin de değiştirilemeyeceğini savunanlar olmuştur.

Türev kurucu iktidarın değiştirilemez normlar ile bağlı olup olmadığının doktrinde son derece tartışmalı olduğundan bahsetmiştik. Nitekim bu tartışmalar, geçmişten bugüne hala varlığını sürdürüyorken bazı hukukçulara göre, anayasada değiştirilemeyeceği yazılı olan kurallar dışında türev kurucu iktidar anayasasının ruhu ile sınırlıdır. Zira bu düşünceye göre türev kurucu iktidarın meşruiyetinin kaynağı anayasa olup bu iktidar, kendisinin meşruluğunu sağlayan anayasasının yalnız lafzı ile değil ruhu ile de sınırlı olmaktadır.⁷⁹⁶

Bu düşünceye göre türev kurucu iktidar, anayasasının ruhunu ortadan kaldıracak, anayasa tarafından benimsenen ilkeleri yok edecek değişiklikler yapamayacaktır.⁷⁹⁷ Nitekim Tunaya bu tarz anayasa değişikliklerini, anayasaya karşı hile olarak nitelendirmiş ve rejimi yok eden bir anayasa

⁷⁹³ Özbudun, Türk Anayasa, s. 73.

⁷⁹⁴ Soysal, Anayasasının Anlamı, s. 113-115.

⁷⁹⁵ Bu görüşü savunanlar, anayasa madde metnine tamamıyla bağlılardır. Onlara göre anayasada değiştirilemez birtakım maddeler sayılmıştır. Dolayısıyla bunlar dışında herhangi bir değiştirme yasağının kabulü mümkün değildir. Bkz. Sezer, s. 273.

⁷⁹⁶ Bkz. Kubalı, Dersleri, s. 103.

⁷⁹⁷ Kubalı, Dersleri, s. 103.

değişikliğinde, anayasanın adeta bir paravan olarak kullanıldığını belirtmiştir.⁷⁹⁸ Sonuç olarak böylesine temel nitelikteki normlarda yapılacak bir anayasa değişikliğini, diğer anayasa değişikliklerinden ayırmamak ciddi bir problem doğurabileceği düşünülmüştür.⁷⁹⁹ Benzer bir yorum Teziç tarafından da yapılmıştır.

Teziç'e göre; 1982 Anayasasının özünü oluşturan ve bu nedenle değiştirilmesi yasaklanan ilk üç madde dışında herhangi bir maddede değişiklik yapılması yoluyla aslında anayasanın ruhunu oluşturan bu niteliklerde değişiklik yapılmasını, anayasaya karşı hile şeklinde yorumlanmıştır.⁸⁰⁰ Zira bu düşünceye göre; anayasanın temel ilkelerinin değiştirilmesinin anlamı, aslında bu anayasanın yok edilmesidir.⁸⁰¹ Bu şekilde bir anayasa değişikliği ile anayasanın temel yapısı yok edilerek yeni bir temel inşa edilmek istenebilir ki neticede ortaya çıkan bu anayasa, eski anayasanın yalnızca değiştirilmiş hali olmayacaktır.⁸⁰²

Oysa türev kurucu iktidar anayasal düzeni değiştirmekle yetkili olmayıp, onun yetkisi gerekliliklere uygun olarak mevcut anayasada değişiklik yapmaktır.⁸⁰³ Bu tür anayasa değişiklikleri, Richard tarafından “anayasal parçalanma” (constitutional dismemberment) şeklinde adlandırılmıştır. Yine Landau bu tür değişiklik eylemlerine “suistimalci anayasacılık” adını vermiştir.⁸⁰⁴

Nitekim benzer bir yorum Schmitt tarafından da yapılmıştır. Türev kurucu iktidarın yetkisinin, anayasayı değil anayasal yasaları değiştirmek olduğunu ileri süren Schmitt⁸⁰⁵, anayasanın ruhuna veya temel ilkelerine aykırı anayasa değişikliğinin yapılamayacağını belirtmiştir.⁸⁰⁶ Zira daha önce de belirtildiği üzere anayasanın ruhunda veya temel ilkelerinde yapılacak bir değişiklik, ona göre türev kurucu iktidarın değil asli kurucu iktidarın yetkisindedir.⁸⁰⁷

Anayasa devletin temel yasası niteliğindedir.⁸⁰⁸ Nitekim en üst norm niteliğinde olan anayasa, hiyerarşik anlamda kendisinden alt basamakta olan tüm kanun, tüzük vb. bağlamakla birlikte bu anayasa ile kurulan tüm organlar da yine anayasa ile bağlıdır.⁸⁰⁹ Devlet yapısının temelini oluşturan anayasalarda bazı hükümlerin ise anayasanın temel özelliğini oluşturduğu kabul

⁷⁹⁸ Tunaya, s. 134.

⁷⁹⁹ Richard Albert, “Constitutional Amendment and Dismemberment”, *The Yale Journal of International Law*, 43(1), 2018, (Dismemberment), s. 2-3.

⁸⁰⁰ Bkz. Fikret Bali, “Teziç: Türban hükmü hile olur”, *Milliyet Gazetesi*, 25.01.2008, <https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/fikret-bila/tezic-turban-hukmu-hile-olur-235811>, 03 Ekim 2021.

⁸⁰¹ Kubalı, Dersleri, s. 103.

⁸⁰² Albert, Dismemberment, s. 2-3.

⁸⁰³ Erdal, s. 180.

⁸⁰⁴ David Landau, “Abusive Constitutionalism”, *University of California Davis Law Review*, 47, 2013, s. 189-260.

⁸⁰⁵ Schmitt, Constitutional, s. 151-152.

⁸⁰⁶ Schmitt, Constitutional, s. 153.

⁸⁰⁷ Schmitt, Verfassungslehre, s. 17-26.’dan Aktaran: Aydın, s. 319.

⁸⁰⁸ Eren, s. 34-35.

⁸⁰⁹ Eren, s. 40-43.

edilmiş ve bu hükümlerde yapılan bazı değişikliğin adeta bir anayasal parçalanmaya sebep olabileceği düşünülmüştür.⁸¹⁰

Nitekim bu maddelerin anayasaların ruhunu oluşturmaları sebebiyle, birçok anayasada bu maddelerin değiştirilmeleri yasaklanmıştır.⁸¹¹ Diğer bir değiş ile anayasada yer alan ve değiştirilmesi yasak olan anayasal maddeler, bir anayasanın ana ilkesi ile bağlantılı kabul edilmiştir.⁸¹² Ancak değiştirilmesi yasaklanmamakla birlikte, anayasanın ruhunu oluşturan ilkeleri etkileyecek birtakım değişikliklerin de tıpkı değiştirilmeleri yasaklanan maddeler gibi yasaklanmış sayılması gerektiği bazı görüşlerce kabul edilmiştir.⁸¹³

Bazı anayasalar değiştirilemez maddelere yer vermemiştir. Türev kurucu iktidarın bu anayasalarda anayasanın tümü bakımından, bu maddelere yer verilen anayasalarda ise değiştirilemez maddeler dışında kalan maddelerin tamamı bakımında değişiklik yapabilmesi önünde teknik olarak herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu yönüyle türev kurucu iktidarın, değiştirilemez maddeler dışında kalan maddelerde tümüyle değişiklik yapma yetkisine sahip olduğu düşünülmüştür.⁸¹⁴ Ancak türev kurucu iktidarın anayasanın ruhu ile bağlı olduğunu düşünenler, türev kurucu iktidarın anayasayı tümünden değiştiremeyeceğini de ileri sürebilecektir. Çünkü onlar için türev kurucu iktidarın değiştirilemez maddeler dışındaki içeriksel sınırı anayasanın ruhudur.

Bu görüşe göre tamamıyla yeni bir anayasa yapmak, asli kurucu iktidarın yetkisi olup türev kurucu iktidarın bunu yapması mümkün değildir. Hatta öyle ki tümüyle değiştirilmese bile, bir anayasanın ana felsefesi ve anlayışı gibi temel ilkelerini değiştirecek anayasa değişiklikleri türev kurucu iktidar tarafından yapılamayacaktır. Zira bu görüşü savunanlara göre böyle bir değişiklik, anayasanın özünü farklılaştırmak olacaktır ki bu türev kurucu iktidarın yetkileri içinde değildir.⁸¹⁵

Bu düşüncülerden biri Kubalı'dır. Kubalı, türev kurucu iktidarın yalnızca anayasada yer alan değiştirilemez maddelerle değil anayasanın ruhu ile de bağlı olduğunu düşünmüş ve bu nedenle türev kurucu iktidarın, anayasanın ruhunu oluşturacak maddelerle ilgili de değişiklik yapamayacağını ileri sürmüştür.⁸¹⁶ Nitekim Kubalı'nın ileri sürdüğü bu görüşe göre türev kurucu iktidar, anayasanın tümünü değiştiremeyecektir.

Benzer bir görüş de Rawls tarafından ileri sürülmüştür. Ona göre anayasada belli anayasal esaslar vardır. Bu esaslar, halk tarafından geri dönüşü olmayacak şekilde bir kez belirlenir. Bu anayasal esasları yok edecek veya bu ilkelere ters düşecek anayasal değişiklikler, her ne kadar

⁸¹⁰ Albert, Dismemberment, s. 2-3.

⁸¹¹ Erdal, s. 175.

⁸¹² Kaboğlu ve Sales, s. 60.

⁸¹³ Özbudun, Anayasalcılık, s. 41.

⁸¹⁴ Gözler, Genel Teorisi, s. 337, 344.

⁸¹⁵ Albert, Dismemberment, s. 2-3.

⁸¹⁶ Kubalı, Dersleri, s. 105.

değişiklik prosedürüne uyularak yapılsa da geçersiz sayılacaktır.⁸¹⁷Kanaatimizce Rawls'ın bahsettiği anayasal esaslar ile Kubalı tarafından ifade edilen anayasanın ruhu kavramı hemen hemen aynı anlama gelmektedir. Dolayısıyla iki düşünür de anayasanın ruhunu, türev kurucu iktidarın biçimsel sınırı olarak belirlemiştir.

Anayasa Mahkemesi benzer bir yorumu 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararlarında yapmıştır. AYM'nin 1965 yılında vermiş olduğu karara göre, *“1961 Anayasası'nın özünü ortadan kaldırıcı ve bu niteliği ile (değişiklik) olarak kabul edilmesi caiz olmayan ve Anayasa'nın devrilmesini öngören maksatların, sözü geçen 155'inci maddenin gölgesinde gerçekleştirilebilmelerini düşünmek mümkün değildir.”*⁸¹⁸ Mahkeme benzer bir kararı 1970 yılında vermiş olup ilgili kararda mahkeme, anayasada yapılan değişiklikleri anayasanın ruhu bakımından da denetleyeceğine karar vermiştir.⁸¹⁹

Anayasa Mahkemesi aynı tutumunu 1982 Anayasası döneminde de sürdürmüştür. Mahkeme 2008 yılında vermiş olduğu bir kararda⁸²⁰, her ne kadar 1982 Anayasasının ilk üç maddesinin değiştirilmesi yasaklanmışsa da değiştirilmeleri yasaklanmamış olan diğer maddelerde yapılabilecek bir değişikliğin anayasanın özünü oluşturan ilk üç maddeyi etkilemesi durumunda, bu değişikliklerin geçerli olmayacağına dair karar vermiştir. Karara göre:

“Anayasanın 4'ncü maddesine göre; Anayasanın 1'nci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile 2'nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3'ncü maddesi hükümlerinde değişmeyi öngören veya Anayasanın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunamayacaktır. Bu esaslara aykırı olarak çıkarılmış bulunan bir kanunun Anayasanın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir...Anayasanın ilk üç madde dışındaki hükümlerinde yapılacak ve ilk üç maddede belirtilen hususları değiştirip başkalaştırma sonucunu doğuracak tüm yasa düzenlemeleri de 4'ncü maddedeki yasağın kapsamına girmektedir. (Bkz. Prof. Dr. Sait Güran, “Anayasada Türban Değişikliği” Cumhuriyet Gazetesi, 27.01.2008). Aksini kabul, Anayasanın ilk üç maddesindeki hükümlerin özünün Anayasanın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle boşaltılmasına, başkalaştırılmasına, “Anayasaya karşı hile” yapılmasına imkân tanımak anlamına gelecektir...Bu bakımdan bu ilkelerle değişmeyi öngören veya Anayasanın sair maddelerinde

⁸¹⁷ John Rawls, **Siyasi Liberalizm** (Çev. Mehmet Fevzi Bilgin), 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2019, s.265, 272.

⁸¹⁸ Anayasa Mahkemesi, E: 1963/173, K: 1965/40, T: 26.09.1965, R.G. tarih ve sayısı: 25.07.1967-12656, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1965-40-nrm.pdf>, 04 Nisan 2022.

⁸¹⁹ İlgili kararda AYM, “...9. Madde ile değişmezlik ilkesine bağlanan “Cumhuriyet” sözcüğü değil, yukarıda gösterilen Anayasa maddelerinde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. Şu hâlde, sadece “Cumhuriyet” sözcüğünü saklı tutup, bütün nitelikleri, hangi istikamette olursa olsun, tamamen veya kısmen değiştirme veya kaldırmak suretiyle 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasa'ya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır”. Anılan karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E: 1970/1, K: 1970/31, T: 7.6.1971, R.G. tarih ve sayısı: 07.06.1971-13858, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1970-31-nrm.pdf>, 04 Nisan 2022.

⁸²⁰ Anayasa Mahkemesi, E: 2008/16, K: 2008/116, T: 05.06.2008, R.G. tarih ve sayısı: 22.10.2008-27032, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/10/20081022-15.htm>, 04 Nisan 2022.

yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunamaz. Bu esaslara aykırı olarak çıkarılmış bulunan bir kanunun Anayasanın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir.”⁸²¹

Görülmektedir ki Anayasa Mahkemesinin kabulü, yasaklanmamış olsa da anayasanın ruhunu, özünü değiştirecek değişikliklerin yapılamayacağı yönündedir. Bu minvalde Anayasa Mahkemesinin aslında anayasanın ruhunu, türev kurucu iktidarın görünmez sınırı olarak belirlediği düşünülebilecektir. Ancak anayasada yazılı olarak değiştirilmesinin yasak olduğu belirtilen normların bile değiştirilebileceği tartışılırken, böylesine muğlak bir kavram ile türev kurucu iktidarın sınırlandırılmasının hukuk mantığına ne kadar uyduğu kanaatimizce tartışmalıdır.

Kubalı, anayasanın ruhunun ne olduğunu belirlemeye çalışmıştır. Ona göre anayasanın ruhu onun temelini oluşturan felsefedir.⁸²² Ancak buna karşın Gözler, anayasanın ruhu kavramının hukuken belirlenemeyeceğini, zira bu ibarenin hukuk ötesi bir mevzu olduğunu dile getirmiştir.⁸²³ Kanaatimizce de bu kavramın somutlaştırılması ve sınırlarının net bir şekilde belirlenmesi pek de mümkün değildir.

3. 3. 2. 3. 2. Değişiklik Usulünün Değiştirilebilirliği

Bolivya ve Ekvador gibi bazı anayasal sistemlerde, anayasa değişikliğinin hangi usul ile yapılacağına ilişkin anayasa normu ya değiştirilemez normlar kapsamına sokulmuş ya da bu anayasa normunun değiştirilmesine ilişkin farklı bir usul kuralı benimsenmiştir. Bu anayasal sistemlerde değişiklik usulü ile ilgili norm, diğer normlardan ayrılmıştır. Ancak böyle bir düzenlemenin bulunmadığı anayasal sistemler bakımından bu normun türev kurucu iktidar bakımından değiştirilip değiştirilemeyeceği, türev kurucu iktidarın değişiklik yetkisi ile ilgili tartışmalı hususlardan bir diğeridir.⁸²⁴

Bazı düşünürlere göre 1982 Anayasası çerçevesinde bakıldığında, anayasa değişiklik usulünü düzenleyen 175 vd. maddelerin değişikliğinin, diğer herhangi bir anayasa maddesinin değiştirilmesinden hiçbir farkı bulunmamaktadır. Bu noktada türev kurucu iktidar, aynı yetki ve sınırlara sahiptir. Dolayısıyla türev kurucu iktidar, bir anayasa değişikliği ile değişiklik usulünü daha zor şartlara bağlayabileceği gibi daha esnek hale de getirilebilir.⁸²⁵

Gözler de aynı görüşü savunmaktadır. Ona göre de türev kurucu iktidarın anayasa değişiklik usulünü düzenleyen maddede herhangi bir değişiklik yapmasının veya bu maddeyi tamamıyla

⁸²¹ Anayasa Mahkemesi, E: 2008/16, K: 2008/116, T: 05.06.2008, R.G. tarih ve sayısı: 22.10.2008-27032.

⁸²² Kubalı, Dersleri, s. 103.

⁸²³ Gözler, Kurucu iktidar, s. 155.

⁸²⁴ Anayurt, Genel Kısım, s. 216.

⁸²⁵ Teziç, s. 207-208.

kaldırmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.⁸²⁶ Yine Sezer de benzer bir görüş dile getirerek türev kurucu iktidarın, anayasada belirlenen usule uymak şartıyla bu maddede değişiklik yapabileceğini ve hatta hükmü tümüyle kaldırabileceğini dile getirmiştir.⁸²⁷

Benzer bir görüş olarak San, anayasa değişiklik usulüne ilişkin detaylarda istenildiği ve gerektiği takdirde değişiklik yapılabilmesini ileri sürmüştür.⁸²⁸ O, bu yönüyle yukarıdaki düşüncelere paralel bir görüş ileri sürse de değişiklik usulünün tamamen kaldırılması bakımından farklı bir görüş benimsemiştir. Zira ona göre, türev kurucu iktidar her ne kadar değişiklik usulünün detaylarında istediği değişikliği yapabilse de bu iktidarın değişiklik usulünü tamamen ortadan kaldıramayacağını söylemiştir.⁸²⁹

Farklı bir görüş olarak ise bazıları, anayasada yer alan değişiklik usullerinin anayasalara konuluş amacına göre yorum yapılması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu düşünceye göre anayasa değişiklik usulleri, onların sert nitelikte olmasını sağlayarak anayasaların korunmasına hizmet etmektedir. O halde türev kurucu iktidarın bu usullerde değişiklik yapıp yapamayacağı, bu değişikliğin anayasanın katı özelliğini olumsuz etkileyip etkilemediğine göre değişecektir.⁸³⁰

Daha açık bir ifadeyle bu düşünceye göre türev kurucu iktidar, anayasada yer alan değişiklik usullerinde anayasanın katı niteliğini azaltacak değişiklikler yapamayacaktır. Bunun haricinde bu anayasaların katı niteliğini arttıracak veya mevcut niteliğini koruyacak değişiklikler, türev kurucu iktidar tarafından yapılabilecektir.⁸³¹

Karşıt görüşte olanlara göre ise anayasa değişiklik usulü, diğer anayasa normlarından farklı bir konuma ve öneme sahiptir. Dolayısıyla bu maddelerin değiştirilmesi bakımından diğer anayasa normları gibi değerlendirme yapılmamalıdır. Bu düşüncülerden biri Carl Schmitt'dir.⁸³² Schmitt'e göre anayasa değişikliği ile ilgili usul normu, türev kurucu iktidarın anayasayı değiştirme yetkisine dahil değildir.⁸³³

1982 Anayasasına bakıldığında ise türev kurucu iktidarın, anayasa değişikliği usulünde değişiklik yapmış olduğu görülmektedir. 1987 yılından yapılan değişiklikte birlikte önceleri anayasa değişiklik kabul oranı olan 2/3 oy çoğunluğu yerini 2/3 ve 3/5 oy çoğunluklarına bırakmıştır.⁸³⁴ Bu yönüyle anayasamız bakımından uygulamada, yukarıda belirtilen ilk görüşün benimsendiği kanaatimizce söylenebilecektir.

⁸²⁶ Gözler, Genel Teorisi, s. 344.

⁸²⁷ Sezer, s. 129.

⁸²⁸ San, s. 80.

⁸²⁹ San, s. 80.

⁸³⁰ Anayurt, Genel Kısım, s. 217.

⁸³¹ Anayurt, Genel Kısım, s. 217.

⁸³² Anayurt, Genel Kısım, s. 216.

⁸³³ Carl Schmitt, **Verfassungslehre**, 1928 baskısının tıpkıbasımı, Berlin, 1954, s. 102'den Aktaran: Can, Kurucu, s. 83.

⁸³⁴ 1987 tarihli 7.11.1982 tarih ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 175 inci Maddelerinin Değiştirilmesi ve Geçici 4'üncü Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun, **T.C. Resmî Gazete**, 19464, 18 Mayıs 1987.

3. 3. 2. 3. 3. Değiştirilebilirlik Bakımından 4'ncü Madde

Değiştirilemez maddelere yer veren anayasalara bakıldığında, bu anayasaların bazılarında⁸³⁵ değiştirilemez maddeleri düzenleyen maddenin de değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir.⁸³⁶ Diğer bir ifadeyle bu anayasalarda, değişiklik yasağını düzenleyen madde de anayasal bir norm ile güvence altına alınmıştır. Ancak bazı anayasalarda ise değiştirme yasağını düzenleyen normun değiştirilemeyeceğine ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu anayasal sistemlerde, değiştirme yasağını düzenleyen maddenin değiştirilip değiştirilemeyeceği ise oldukça tartışmalıdır.⁸³⁷

Öğretide bazı hukukçular, özellikle Fransız kamu hukukçuları, değişiklik yasağını düzenleyen maddenin değiştirilebileceğini ileri sürmüşlerdir. Nitekim onlara göre, bu maddenin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması sonucunda değiştirilemez maddeler hakkında değişiklik yapılması önünde hiçbir engel yoktur. Dolayısıyla onlar bu maddenin değiştirilmesine ilişkin hiçbir hukuki yaptırımın olmadığını ancak manevi birtakım sonuçları olabileceğini benimsemişlerdir.⁸³⁸

1982 Anayasasına bakıldığında, değiştirme yasağını düzenleyen 4'üncü maddenin değiştirilemeyeceğine ilişkin herhangi bir kural bulunmamaktadır.⁸³⁹ Hatta Osmanlı-Türk Anayasaları göz önünde bulundurulduğunda, 1982 Anayasası ile birlikte 1924 ve 1961 Anayasalarında da değiştirme yasaklarına düzenleyen maddelere ilişkin herhangi bir koruyucu madde bulunmamaktadır.⁸⁴⁰ Bu nedendir ki türev kurucu iktidarın değiştirilemez normları düzenleyen maddeyi değiştirerek söz konusu içeriksel sınırları aşp aşamayacağı Türk hukukçuları tarafından da tartışılmıştır.⁸⁴¹

1982 Anayasası çerçevesinde ilk üç maddeyi korunan norm olarak adlandırsak, bu maddelerin değiştirilmesini yasaklayan 4'üncü maddeyi koruyan norm olarak adlandırabiliriz. Buna ilaveten türev kurucu iktidar ise yasaklanan taraf olarak nitelendirilebilecektir.⁸⁴² Bu durumda koruyan norm olan 4'üncü maddenin değiştirilemeyeceğine ilişkin ayrı bir norm olmaması halinde, bu maddenin yasaklanan taraf karşısındaki durumunun ne olacağı hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Diğer bir ifade ile 1982 Türkiye Anayasasının 4'üncü maddesinin değiştirilmesi yoluyla, dolaylı olarak değiştirilemez ilk üç maddenin de değiştirilip değiştirilemeyeceği çokça tartışılmıştır.

⁸³⁵ 1995 Ermenistan Anayasasının 114'üncü maddesinde, anayasada yer alan bazı maddelerin ve bunu düzenleyen madde olan 114'üncü maddenin de değiştirilemeyeceğini düzenlemiştir. Benzer bir örnek olarak 1990 Nepal Anayasasının 116'ncı maddesinin ilk fıkrasında değiştirme yasağı düzenlenmiş ve bu maddenin de değiştirilemeyeceği madde metnine eklenmiştir.

⁸³⁶ Anayurt, Genel Kısım, s. 218.

⁸³⁷ Anayurt, Genel Kısım, s. 218.

⁸³⁸ Anayurt, Genel Kısım, s. 218.

⁸³⁹ Gören, Anayasa Koyan Erk, s. 4.

⁸⁴⁰ Kaboğlu ve Sales, s. 63.

⁸⁴¹ Bu husustaki fikirlere konunun devamında detaylıca yer verilecektir.

⁸⁴² Sezer, s. 260.

Pozitivist mantıkla bakıldığında 4'üncü maddenin değiştirilmesinin önünde hiçbir engel bulunmadığı söylenmiştir. Zira bu düşüncüyü savunanlara⁸⁴³ göre; asli kurucu iktidar nasıl ki ilk üç maddenin değiştirilemeyeceğini düzenlemiş ise 4'üncü maddenin değiştirilmesini yasaklamak isteseydi bunu açıkça düzenleyebilirdi.⁸⁴⁴ Diğer yandan türev kurucu iktidarın anayasayı değiştirme yetkisinin genel vekalet yetkisi olduğu düşünülürse, anayasada değiştirilmesi yasaklanan hükümler dışında istediği her anayasa maddesi bakımından değişiklik yapabilmelidir.⁸⁴⁵ Zira bu iktidarın bir anayasa normu hakkında anayasa değişikliği yapabilmesi genel, yapamaması ise istisna niteliktedir.⁸⁴⁶

Benzer bir yorum olarak Serozan, biçimsel olarak bakıldığında türev kurucu iktidarın değiştirme yasağını düzenleyen maddenin değiştirilmesi suretiyle anayasadaki değiştirilmesi yasak maddede değişiklik yapılabileceği yönünde bir yorum yapılabileceğini söylemiştir. Örnek olarak ise bu mantıkla 1961 Anayasasındaki 9'uncu maddenin değiştirilmesi suretiyle, Cumhuriyet devlet şeklinin değiştirilebileceğini söylemiştir. Ancak o böylesi bir yorumun, “hukuksal yorum ilkeleri, halk iktidarı- siyasal iktidar ilişkileri ve maddi anayasa kavramı” hakkındaki güncel ve kabul görmüş olan anlayış ile asla bağdaşmayacağını dile getirmiştir.⁸⁴⁷

Nitekim doktrinde pozitivist hukukçuların aksine bazı hukukçular tarafından, koruyan norm olarak değiştirilemezlik kuralının var olması ve anayasa koyucu erk tarafından bu yasağın normlaştırılması ile birlikte bu kuralın zımnen değiştirilemez niteliğe sahip olduğu düşünülmüştür. Bu görüşü savunanlardan bazılarının göre, asli kurucu iktidar ile türev kurucu iktidar iki ayrı erk olup asli kuruculuk yetkisi hiyerarşik olarak daha üstün bir yetkidir. Bu hiyerarşi ise değiştirilemezlik kuralının varlığının, bu kuralın değiştirilememesi için yeterli olmasının hem sebebi hem de sonucudur.⁸⁴⁸

Diğer bir ifade ile bu görüşe göre daha üstün olan asli kurucu iktidar, böyle bir değiştirme yasağını anayasada normlaştırmış ise kendisinin değiştirilemeyeceği ayrıca düzenlenmemişse bile bu madde, anayasa ile bağlı erk olan türev kurucu iktidarı bağlayacaktır. Nitekim bu görüşe göre 1982 Anayasasının başlangıç bölümünde yer alan anayasanın Türk milleti tarafından meydana getirildiği ifadesi, asli kuruculuk yetkisini türev kuruculuk yetkisi karşısında daha üstün bir konuma sokmuştur. Bunun sonucu olarak da değiştirilemez maddeler, özel olarak belirtilmemesine rağmen anayasada var olmasıyla birlikte değiştirilemez niteliğine sahip olmuştur.⁸⁴⁹

⁸⁴³ Bkz. Onar, s. 20; Gözler, Türk Anayasa, s. 1272; Eren, s. 75.

⁸⁴⁴ Gözler, Türk Anayasa, s. 1272.

⁸⁴⁵ Eren, s. 75.

⁸⁴⁶ Gözler, Türk Anayasa, s. 1273.

⁸⁴⁷ Serozan, s. 135-136.

⁸⁴⁸ Gören, Anayasa Koyan Erk, s. 7-8.

⁸⁴⁹ Gören, Anayasa Koyan Erk, 8.

Bu görüşü savunanlardan biri olan Kubalı tarafından da benzer bir görüş dile getirilmiştir. Ona göre değiştirme yasağını düzenleyen bir maddenin, kendisini bu yasak kapsamı dışında tutması düşünülemez. Kubalı bu düşüncesini şu şekilde ifade etmiştir:

“Bazı anayasalar tali kurucu iktidarın tadil yetkisine konmuş bu nevi yasakları ortadan kaldırmak maksadı ile evvela yasaklayıcı maddeyi değiştirmek yoluna sapılmasını önlemek için bu maddenin tadilini de men etmektedir... Anayasada bu nevi bir hüküm bulunmasa bile evvela men edici Anayasa hükmünü değiştirmek sureti ile emredici bir hükmün koyduğu hukuki yasaktan kurtulmak teşebbüsü tadil yetkisinin asli kurucu iktidarın maksadı dışında kullanılmasıdır ve bu sebeple bir yetki saptırılması= détournement de pouvoir olarak hukuken sakat bir tasarruftur.”⁸⁵⁰

Benzer bir yorum ise Güler tarafından yapılmıştır. Türev kurucu iktidarın anayasa değişikliği bakımından yetkisinin sınırlarının tartışmalı olduğunu söyleyen Güler, değiştirilemezliği düzenleyen maddelere de değinmiştir. Ona göre bu maddelerin, türev kurucu iktidar tarafından değiştirilemeyeceğine ilişkin bir tereddüt yoktur.⁸⁵¹ Dolayısıyla Güler, kanaatimizce konuya pozitivist bir mantıkla yaklaşmayarak, maddenin konuluş gayesini göz önünde bulundurmıştır.

Soysal ise teknik olarak anayasanın 4’üncü maddesinin değiştirilerek değiştirilemez maddelerin de değiştirilebileceğini söylemiştir. Ancak o bu eylemin, bir anayasa değişikliği olmadığını söylemiştir. Ona göre bu eylem, temel ilkeler ile ilgili de köklü bir değişiklik yaparak adeta yeni bir anayasa ortaya çıkarmak olacaktır.⁸⁵² Kanaatimizce Soysal, 4’üncü maddenin değiştirilmesinde teknik olarak bir engel olamasa da bunun, türev kurucu iktidarın yetkisini hile ile aşmak olduğunu düşünmüştür. Zira o, bu eylemi anayasa yapma eylemi olarak nitelemiştir.

Anayasalarda değişiklik yasağının düzenlenmemesinin, asli kurucu iktidarın türev kurucu iktidara bu maddeyi değiştirme yetkisi ve bu şekilde de kendi koyduğu değişiklik yasaklarını aşma yetkisi verdiği anlamına gelmeyeceği ileri sürülmüştür. Nitekim bunun düşünülmesi, mantığa da uygun değildir. Dolayısıyla değişiklik yasağını düzenleyen maddenin kendisi ile değiştirilemez maddeler arasında bir neden sonuç bağı olduğu ve bu iki maddenin birbirinden ayrı düşünülemeyeceğini ileri sürülmüştür. Nitekim bu görüşe göre asli kurucu iktidar tarafından düzenlenen bir maddede başka maddelerin değiştirilemeyeceği düzenlemişse, o maddenin kendisinin de değiştirilemeyeceği kabul edilmelidir.⁸⁵³

Uygulamaya bakıldığında ise Anayasa Mahkemesi, 4’üncü maddenin de tıpkı ilk üç madde gibi değiştirilemeyeceğini karar gerekçelerinde ifade etmiştir.⁸⁵⁴ Bu içtihatlar paralel olarak

⁸⁵⁰ Hüseyin Nail Kubalı, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar ve Siyasi Rekimler)**, İstanbul: Ersa Matbaacılık, 1965, (Anayasa), s. 169.

⁸⁵¹ Gülşah Yalçın Güler, “Anayasa Değişiklikleri, Kurucu İktidarlar ve Meşruiyet”, **Sayıştay Dergisi**, (66-67), 2007, s. 37-38.

⁸⁵² Soysal, Anayasanın Anlamı, s. 266.

⁸⁵³ Anayurt, Genel Kısım, s. 219.

⁸⁵⁴ Anayasa Mahkemesinin 05.06.2008 Tarih, 2008/16 Esas, 2008/116 Karar sayılı kararında Mahkeme; “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

kimilerine göre her ne kadar değiştirme yasağının değiştirilemeyeceği ile ilgili açık bir düzenleme bulunmasa da maddenin konuluş gayesi düşünüldüğünde, bu madde de değiştirilemeyecektir.⁸⁵⁵ Dolayısıyla bu bakış açısıyla, 4'üncü madde de tıpkı ilk üç madde gibi türev kurucu iktidarın içeriksel sınırlarından biridir.

Aksinin düşünülmesinin türev kurucu iktidarın hile ile asli kurucu iktidar tarafından ona çizilen yetki sınırını aşacağı ve bunun anayasaya karşı açık bir hile olacağı savunulmuştur. Ancak değişiklik yasağının değiştirilmesinin hukuki bir yaptırımı olduğundan söz edebilmek için bunu denetleyecek bir mekanizmanın olması gerektiği de unutulmamalıdır.⁸⁵⁶ Dolayısıyla kanaatimizce Anayasa Mahkemesinin esasa ilişkin bir denetleme yetkisine sahip olmadığı anayasal sistemlerde, bu hilenin hukuki yaptırımının nasıl uygulanacağı belirsizdir.

Ancak Anayasa Mahkemesi, yukarıda da yer verildiği üzere değişiklik yasağını düzenleyen maddenin de değişmeyeceği yönünde bir karar vermiştir. Mahkeme içtihadına göre değişiklik yasağını düzenleyen maddenin değiştirilmesi ile ilgili herhangi bir girişim, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilecektir.⁸⁵⁷ Oysa Pactet, her ne kadar değiştirme yasağını düzenleyen kuralın değiştirilemezliğinin aşılması anayasaya yönelik bir hile olarak adlandırılabilirse de bu hilenin hukuken denetlenmesinin mümkün olmayacağını söylemiştir.⁸⁵⁸ Ancak Anayasa Mahkemesinin 2008 yılında vermiş olduğu karara bakıldığında, uygulamanın öyle olmadığını söylemek kanaatimizce yanlış olmayacaktır.

3. 3. 2. 4. Değiştirilemez Maddelere Yenileri Eklenebilir mi?

1982 Anayasasının ilk üç maddesinin değiştirilmesi yasaklanmıştır. Nitekim bu yasak, türev kurucu iktidarın da içeriksel sınırını oluşturmuştur. Bu minvalde türev kurucu iktidara yeni içeriksel sınırların getirilip getirilemeyeceği ise oldukça önem arz etmektedir. Diğer bir ifade ile değiştirilemez normlara yenilerinin eklenip eklenemeyeceği son derece önemli bir husustur.

Günümüze kadar öğretilde bazı yazarlar⁸⁵⁹ anayasada yer alan ve önemli saydıkları bazı hususların da değiştirilemezlik kapsamına sokulması gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak bunun asli

niteliği itibarıyla doğal olarak değiştirilmezlik özelliğine sahiptir” demiştir. Anılan karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E: 2008/16, K: 2008/116, T: 05.06.2008, R.G. tarih ve sayısı: 22.10.2008-27032, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/10/20081022-15.htm>, 13 Ekim 2021.

⁸⁵⁵ Bkz. Gören, Anayasa Koyan Erk, s. 4.

⁸⁵⁶ Anayurt, Genel Kısım, s. 220-221.

⁸⁵⁷ Bkz. Anayasa Mahkemesi, E: 2008/16, K: 2008/116, T: 05.06.2008, R.G. tarih ve sayısı: 22.10.2008-27032, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/10/20081022-15.htm>, 13 Ekim 2021.

⁸⁵⁸ Pactet Pierre, “**Institutions Politiques Droit Constitutionnel**”, 14. baskı, Paris: Masson/Armand Colin, 1995, s. 78’den aktaran Batum, Anayasa, s.167.

⁸⁵⁹ Örneğin Zafer Gören, Anayasanın 12’nci maddesinin 1’inci fıkrasının da değiştirilemez maddeler kapsamına sokulması gerektiğini ileri sürmüştür. Buna gerekçe olarak ise bu maddenin insan onuru ile ilgili olduğunu ve en üst temel hak olan insan onurunun korunması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. Zafer Gören, “Temel Hak ve Özgürlükler: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası İçin Reform Önerileri”, **Türkiye’de**

kurucu iktidar tarafından değil türev kurucu iktidar tarafından yapılıp yapılamayacağı, bunun hukuken mümkün olup olmayacağı net değildir. Bu konuda farklı görüşler ve uygulamalar mevcuttur.

Önceden değiştirilmesi yasak olmayan bir hususun sonradan bu kapsama alınmasının mümkün olup olmayacağı hukuk sistemlerine göre değişiklik göstermektedir. Örneğin Fransa'nın 1875 tarihli Anayasasında değiştirilemez madde düzenlenmemiştir. Ancak 1884 yılında yapılan değişiklikle birlikte devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna ilişkin husus değiştirilemezlik kapsamına alınmıştır.⁸⁶⁰ Ancak Kanun-i Esasi'den 1982 Anayasasına kadar geçen süreye bakıldığında, bir anayasa değişikliği ile değiştirilemez maddelere yenilerinin eklenmesi söz konusu olmamıştır.

Kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar ayrımı, Sieyès'in "ulusun Anayasa koyan erki teorisi" ne dayanmaktadır. Zira bu teoriye göre anayasayı kuran erk olarak ulus, bir anayasa var etmekte ve var olan bu anayasaya göre ve bu anayasaya bağlı olarak da kurulmuş iktidarlara ortaya çıkmaktadır.⁸⁶¹ Nitekim anayasa ile kurulmuş ve ona bağlı olan bu iktidar, türev kurucu iktidardır. Sonuç olarak kanaatimizce bu teoriye göre mevcut anayasa, türev kurucu iktidarın hem kaynağı hem de sınırı konumundadır.

Bu teori çerçevesinde kurulmuş iktidar olarak türev kurucu iktidarın mevcut anayasadaki aldığı anayasa değişiklik yetkisi, ancak kendisine bu yönde verilmiş özel bir yetkinin varlığı halinde daha geniş bir şekilde kullanabilecektir. Ancak böyle bir yetki, yalnızca kurucu iktidar tarafından yapılan anayasa metninde yer alabilecektir. Diğer bir ifade ile türev kurucu iktidar tarafından yapılacak bir değişiklikle ortaya çıkan anayasa metni ile böyle bir özel yetkilendirme söz konusu olamayacaktır.⁸⁶²

Sieyès tarafından ileri sürülen bu teorelin bir sonucu olarak türev kurucu iktidar, yetkisi olmaması nedeniyle değiştirilemez maddeleri kaldıramaz veya değiştiremez. Bu iktidar nasıl ki bu yasaklı maddeleri değiştiremiyor ya da kaldıramıyorsa, aynı şekilde bu yasakları genişletilemeyecektir.⁸⁶³ Zira böyle bir yetki kendisine anayasa ile özel olarak verilmemiştir.

Gören kurulmuş organ olarak türev kurucu iktidarın, değiştirilemez maddelere yenilerini ekleyemeyeceğinin gerekçelerini şu şekilde açıklamıştır:

"Yasa koyucu kendi çıkardığı yasalarına yürürlükte oldukları sürece bağlıdır. Ancak onların yürürlüğünü bir *actus contrarius* (daha önceki bir hukuki işlemi ortadan kaldıran hukuki işlem) ile her zaman kaldırabilir. Aynı şey Anayasa koyucu için de geçerlidir. Gerçek hukuki ödevler heteronom (ayrı türden) ödevlerdir. Yani başka hukuk sükeleri karşısında düşünölebilecek ödevlerdir. Hukuki ödevler sadece bir subordination (bağımlılık) ilişkisi içinde tek taraflı kurulabilirler. Bir hukuk sükjesi bir başka sükjeye, ancak ilgili sükjenin üzerinde tasarruf

Anayasa Reformu, Prensipler ve Sonuçlar Kongresi, Ankara: Konrad Adenauer Vakfı & Türk Demokrasi Vakfı Yayınları, 2001, s. 101

⁸⁶⁰ Onar, s. 19.

⁸⁶¹ Gören, Anayasa Kuran Erk, s. 2.

⁸⁶² Gören, Anayasa Kuran Erk, s. 4.

⁸⁶³ Gören, Anayasa Kuran Erk, s. 4.

edemeyeceği tek taraflı ödevler yükleyebilir. Norm koyucu, başka bir norm koyucunun norm koyma yetkisini ancak hukuk düzeninde daha yüksek bir basamakta bulunuyorsa hukuken etkili olarak sınırlayabilir. Bu nedenle Anayasa koyucu tarafından konulan sınırlara Anayasa değişikliği ile yeni sınırların konulması hukuken mümkün değildir.”⁸⁶⁴

Görülmektedir ki türev kurucu iktidarın, değiştirilemez maddeleri genişletemeyeceği düşüncesi kurucu iktidar-kurulu iktidar ayrımına dayandırılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki öğretime Sieyès tarafından ileri sürülmüş bu ayrımı kabul etmeyen görüşler olduğu gibi, daha önceki konu başlıklarında yer verildiği üzere anayasada yer alan değiştirilemez maddeleri adeta birer kâğıttan engel olarak kabul eden görüşler de bulunmaktadır. Kanaatimizce onlar için türev kurucu iktidar nasıl ki değiştirilemez maddeleri değiştirebilecekse, aynı şekilde bu maddelere yenilerini de ekleyebilecektir.

3. 3. 2. 5. 1982 Anayasası Bağlamında İçeriksel Sınırların Denetimi Sorunu

Hukuka uygunluk denetimi, bir hukuk kuralının hiyerarşik olarak ondan daha üstün olan norma uygunluğunun denetlenmesi olup bu denetim şekli ve esas olmak üzere iki şekilde yapılabilmektedir. Şekli denetim üstün bir hükme veya kendisi tarafından belirlenmiş olan yapım veya değişiklik usulüne uyulup uyulmadığıyken esas denetimi ilgili maddenin içeriğinin üstün kurala uyup uymadığının denetlenmesidir.⁸⁶⁵ Peki anayasa değişiklikleri bakımından bir denetim mümkün ise hangi denetim usulü benimsenmektedir?

Anayasa değişikliği bakımından genel kabul şekli denetim yapılacağı yönündedir. Buna karşın esas bakımından denetim yapılacağının kabulü son derece çelişkili olup birtakım tartışmalara yol açacaktır.⁸⁶⁶ Zira anayasanın üstünlüğünün kabulünün bir sonucu olarak anayasalar, normlar hiyerarşisinin en üst basamağında bulunmaktadır. Bu nedenle liberal anayasal sistemler, anayasaların esas bakımından denetlenemeyeceğini kabul etmiştir.⁸⁶⁷

Usulüne uygun olarak yapılmış olan anayasa değişikliği, tıpkı mevcut anayasa normları gibi aynı değere sahip birer norm haline gelmektedir. Bu yönüyle değişiklikte kabul edilen anayasa normu ile daha önce kabul edilmiş olan anayasa normu arasında herhangi bir hiyerarşi bulunmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu değişikliğin, kendisinden üstün bir norma uygun olup olmadığının denetimi hukuken mümkün olmayacaktır. Zira böyle bir denetim için daha üstün bir norma ihtiyaç vardır. Oysa anayasa normları arasında herhangi bir hiyerarşi bulunmamaktadır.⁸⁶⁸

Aksini kabul edenler de vardır ki bu kabul, “anayasaya aykırı anayasa değişikliği” kavramını ortaya çıkarmaktadır. Bu görüşte olanlar, anayasa normları arasında bir hiyerarşi olabileceğini ve

⁸⁶⁴ Gören, Anayasa Kuran Erk, s. 7.

⁸⁶⁵ Eren, s. 91.

⁸⁶⁶ Atar, s. 418.

⁸⁶⁷ Eren, s. 91.

⁸⁶⁸ Özbudun, Türk Anayasa, s. 180.

birtakım anayasa-üstü normların varlığını kabul etmektedir.⁸⁶⁹ Dolayısıyla onlara göre, mahkemelerce esas denetimi yapılarak bu üstün ilkeler korunmalıdır.

Bu görüşe göre anayasal değişiklik prosedürleri kullanılarak birçok antidemokratik anayasal amaçlar gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Öyle ki istismarcı anayasal amaçların ulaşılması için resmi prosedüre uyularak yapılan anayasa değişiklikleri, adeta bir yol olarak kullanılmaktadır. Nitekim uygulamada bu kavramın kabulü yaygınlık kazanmış ve bazı anayasal sistemlerde anayasa değişikliklerinin şekli ve metinsel yönden yargısal denetime tabi tutulacağı düşünülmüştür.⁸⁷⁰

Konuya Türk Anayasaları bakımından bakacak olursak, 1961 Anayasası ile birlikte Anayasa Mahkemesi kurulmuş ve 1971 Anayasa değişikliklerine kadar anayasa değişikliği bakımından hem şekli hem de esas ilişkin denetleme yapabileceğine dair kararlar vermiştir.⁸⁷¹ Nitekim 1970 yılında verdiği bir karardan anlaşılacağı üzere bu dönemde Anayasa Mahkemesi, değiştirilmesi yasak olan 9'uncu maddenin değiştirilemezliğinin sınırlarını belirlemeye yetkili olduğu gibi uygulanış biçimi konusunda da belirleyici olmuştur. Zira bu minvalde Anayasa Mahkemesi, 9'uncu maddenin türev kurucu iktidarı bağlayıp bağlamadığını ve bu yasağın dar anlamda mı yoksa geniş anlamda Cumhuriyet devlet şekli ile ilgili olup olmadığını kararları ile belirlemiştir.⁸⁷²

Bu döneme kadar anayasada açık bir düzenleme olmamakla birlikte 1971 yılında yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesine, anayasa değişiklikleri bakımından şekli denetim yetkisi

⁸⁶⁹ Atar, s. 418.

⁸⁷⁰ Rosalind Dixon and David Landau, "Transnational Constitutionalism and A Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment", **International Journal of Constitutional Law**, Oxford University Press, 13(3), 2015, s. 606, 611.

⁸⁷¹ Can, Kurucu, s. 239.

⁸⁷² Konu ile ilgili Anayasa Mahkemesinin 16.06.1970 tarihli 1970/1 Esas, 1970/31 Karar sayılı Türkiye İşçi Partisi kararında mahkeme şu yorumu yapmıştır: "1961 Anayasası, 9. maddesi ile bir değişmezlik ilkesi koymuştur. Bu maddeye göre (Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.) Buradaki değişmezlik ilkesinin sadece (Cumhuriyet) sözcüğünü hedef almadığını söylemek bile fazladır. Yani Anayasa'da sadece (Cumhuriyet) sözcüğünün değiştirilemezliğini kabul ederek onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmenin Anayasa'nın bu ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin amacının, Anayasa'nın 1., 2. maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş, "Cumhuriyet" sözcüğü ile ifade edilen Devlet sistemidir. Bir başka deyimle, 9. madde ile değişmezlik ilkesine bağlanan "Cumhuriyet" sözcüğü değil, yukarıda gösterilen Anayasa maddelerinde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. Şu hâlde, sadece "Cumhuriyet" sözcüğünü saklı tutup, bütün bu nitelikleri, hangi istikamette olursa olsun, tamamen veya kısmen değiştirme veya kaldırmak suretiyle 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasa'ya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır. Bu bakımdan bu ilkelere değişmeyi öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunamaz. Bu esaslara aykırı olarak çıkarılmış bulunan bir kanunun Anayasa'nın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir. Görülüyor ki Anayasa değişikliğini, öngören kanunlar üzerinde, Anayasanın 147. maddesi gereğince, Anayasa Mahkemesine esas yönünden de denetim görevi düştüğü meyardadır". Anılan karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E: 1970/1, K: 1970/31, T: 16.06.1970, R.G. tarih ve sayısı: 07.06.1971-13858, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1970-31-nrm.pdf>, 05 Nisan 2022.

verilmiştir.⁸⁷³Nitekim bu değişiklikle birlikte, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini esaslan denetleme yetkisi olmadığı açık bir biçimde düzenlenmiş olmuştur. Ancak bu değişikliğe rağmen Anayasa Mahkemesi, değişiklik öncesi tutumunu devam ettirmiştir.⁸⁷⁴

Nitekim 1973 yılında vermiş olduğu bir kararında, söz konusu anayasa değişikliğini anayasanın 9'uncu maddesinde düzenlenen değiştirilemez maddeye aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.⁸⁷⁵Görülmektedir ki Anayasa Mahkemesi esasa ilişkin denetimini sürdürmeye devam etmiştir. 1982 Anayasasına gelindiğinde ise mahkemenin yalnızca şekli denetim yapabileceğine dair hükme şekli denetimin kapsamının sınırları da eklenmiştir.⁸⁷⁶

Nitekim 1982 Anayasasının 148'inci maddesinde; Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerine ilişkin yalnızca şekli denetim yapabileceği, şekli denetimin ise teklif ve oylama çoğunluğunun sağlanması ve ivedilikle görüşme yasağına uyulup uyulmadığı kapsamında yapılacağı düzenlenmiştir. Nitekim görülmektedir ki 1982 Anayasasında mahkemenin denetleme yetkisi, 1971 Anayasa değişiklikleriyle tanınan yetkiye göre sınırlandırılmıştır.⁸⁷⁷ Bunun sebebinin ise 1961 Anayasası döneminde şekli denetim gibi esas denetim yapan mahkemenin, aynı tutumu sergilememesi için yetkilerinin sınırlandırılması olarak düşünülmüştür.⁸⁷⁸

Anayasa Mahkemesine verilen şekli denetim yetkisi karşısında değiştirilemez maddelerin durumu oldukça çelişkili bir durum oluşturmıştır. Zira anayasanın 4'üncü maddesinde ilk üç maddenin değiştirilemeyeceği, değiştirilmesi teklif dahi edilemeyeceği düzenlenmekle birlikte 148'inci maddede Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini denetleme konusundaki yetkisinin sınırları sıkı sıkı çizilmiştir.⁸⁷⁹Anayasanın ilgili maddelerine bakıldığında, değiştirilemez maddelerle ilgili bir anayasa değişikliği 148'inci maddede sayılan teklif ve oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülme hususlarına uygun yapılırsa, mahkeme tarafından denetlenecek bir hususun olmadığı anlaşılmaktadır.

Nitekim Gözler değiştirilemez hükümlerin hukuki bir niteliğe sahip olduğunu, dolayısıyla türev kurucu iktidarın bu değiştirme yasağı ile bağlı olduğunu ileri sürmüştür. Ancak bu bağlılığın ihlal edilmesi halinde, bu ihlale ilişkin 1982 Anayasasında herhangi bir yaptırımın düzenlenmediğini de belirtmiştir.⁸⁸⁰ Zira 1982 Anayasasının 148'inci maddesine göre Anayasa Mahkemesi, anayasa değişiklikleri ile ilgili yalnızca şekli yönden denetim yapabilmektedir.

Dolayısıyla kanaatimizce türev kurucu iktidarın maddi sınırını aşarak değiştirilemez maddeler ile ilgili değişiklik yapması halinde, Anayasa Mahkemesinin teorik olarak bu değişikliğe

⁸⁷³ Can, Kurucu, s. 209.

⁸⁷⁴ Eren, s. 95.

⁸⁷⁵ İlgili karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E: 1973/19, K: 1975/87, T: 15.02.1975, R.G. tarih ve sayısı: 26.02.1976-15511, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/15511.pdf>, 5 Nisan 2022.

⁸⁷⁶ Onar, s. 149.

⁸⁷⁷ Eren, s. 95.

⁸⁷⁸ Yüzbaşıoğlu, Anayasallık Bloku, s. 260.

⁸⁷⁹ Onar, s. 157.

⁸⁸⁰ Gözler, Genel Teorisi, s. 342.

ilişkin herhangi bir yaptırım bulunmamaktadır. Ancak pratikte durum pek de bu şekilde olmamıştır. Zira mahkemenin aşağıda değineceğimiz üzere farklı içtihatları bulunmaktadır.⁸⁸¹ Her ne kadar Anayasa Mahkemesinin teorik olarak böyle bir yetkisi olmasa da aşağıda yer vereceğimiz gibi aksi yönde önemli kararları vardır.

1971 değişiklikleri ile birlikte Anayasa Mahkemesine, anayasa değişiklikleri ile ilgili şekli denetim yetkisi verilmiş ancak mahkeme yine de kendini bu konuda yetkili görmeye çalışmıştır. Nitekim mahkeme verdiği kararları ile uygulamada bu yöndeki tutumunu sürdürmüştür.⁸⁸² Anayasa Mahkemesi, bu yöndeki eğilimini sürdürdüğüne yönelik kararlarından birini 2008 yılında vermiştir.

Bu kararda anayasa değişikliği, anayasanın 4'ncü maddesi ile ilişkili olduğu için AYM tarafından iptal edilmiştir. AYM'nin karar gerekçesine göre:

“Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasanın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4'üncü madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibarıyla doğal olarak değiştirilemezlik özelliğine sahiptir. Bu durumda Anayasanın 4'üncü maddesi dahil olmak üzere her bir madde yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasanın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasanın 4'üncü maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez.”⁸⁸³

Anayasa mahkemesi bu kararında, anayasa değişikliğini esas bakımından incelemiş ve değiştirilemez maddelere aykırı bulduğu için iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu şekilde denetim yapmasını ise şu şekilde gerekçelendirmiştir:

“Anayasanın 148'inci maddesinde, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin ‘teklif... şartına uyulup uyulmadığı’ hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hüküm, ...'geçerli teklif' koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik olarak yapılacak bir denetimi de içerir.... Dolayısıyla Anayasanın ilk üç maddesinde değişiklik öngören 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.”⁸⁸⁴

Yukarıda da belirttiğimiz üzere demokratik anayasalara bakıldığında, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini esas yönünden denetlediği anayasal sistemlere pek rastlanmamaktadır. Bununla birlikte içtihat yoluyla da Anayasa Mahkemesinin böyle bir yetkiyi kullanması kabul edilmemektedir.⁸⁸⁵ Nitekim benzer şekilde 1982 Anayasasının 148'inci maddesinde de anayasa değişiklikleri bakımından Anayasa Mahkemesinin yalnızca şekil

⁸⁸¹ Atar, s. 422.

⁸⁸² Batum, Anayasa, s. 180.

⁸⁸³ Anayasa Mahkemesi, E: 2008/16, K: 2008/116, T: 05.06.2008, R.G. tarih ve sayısı: 22.10.2008-27032, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/10/20081022-15.htm>, 13 Ekim 2021.

⁸⁸⁴ Anayasa Mahkemesi, E: 2008/16, K: 2008/116, T: 05.06.2008, R.G. tarih ve sayısı: 22.10.2008-27032, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/10/20081022-15.htm>, 13 Ekim 2021.

⁸⁸⁵ Özbudun, Türk Anayasa, s. 180.

bakımından uygunluk denetimi yapabileceği ve hangi konuların şekli denetim kapsamında olduğu açıkça düzenlenmiştir.⁸⁸⁶

1982 Anayasasının 148'inci maddesine bakıldığında, Anayasa Mahkemesi bakımından yapılacak şekli incelemenin sınırlarının net bir şekilde çizildiği görülmektedir. İlgili maddeye göre mahkemenin yetkisi, “*Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır.*”. Dolayısıyla söz konusu düzenlemeyle birlikte anayasa değişiklikleri bakımından mahkemeye, teklif ve oylama çoğunluğu ile ilgili rakamlarla ve ivedilikle görüşmeye uyulup uyulmadığıyla ilgili sınırlı bir denetleme yetkisi verildiği ortadadır.⁸⁸⁷

Oysa mahkeme 2008 yılında vermiş olduğu karar gerekçesinde de belirttiği üzere, anayasa değişikliklerine ilişkin şekli denetim kapsamında denetleyebileceği teklif çoğunluğuna, “teklif dahi edilememeyi” de dahil etmiş ve bu sayede değiştirilemez maddelere yönelik değişiklik girişimlerine ilişkin içeriksel denetiminin önünü açmıştır. Nitekim 2008 yılında vermiş olduğu kararda bu kabulle hareketle esas hakkında denetlemeye yaparak iptal kararı vermiştir.⁸⁸⁸

Anayasa Mahkemesi bu kararında, anayasada açık bir düzenleme olmasına rağmen esastan inceleme yaparak anayasa değişikliğini iptal etmiştir. Mahkemenin bu anlayışı, ona anayasa değişikliklerinin denetimi ve iptali bakımından oldukça geniş bir yetki tanınması bakımından son derece eleştirilmiştir.⁸⁸⁹ Hatta mahkemenin bu tutumu, adete türev kurucu iktidarın değişiklik yapma yetkisinin fiilen elinden alınması şeklinde yorumlanmıştır.⁸⁹⁰

Tanilli, Anayasa Mahkemesinin esas bakımdan inceleme yaparak değiştirilemez normları böylesine geniş yorumlamasını son derece tehlikeli bulmuştur. Zira ona göre anayasa değişiklikleri adeta bir siyasal tercih problemidir ve bu tercih toplumdaki güçler dengesi ile ilgilidir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin esastan denetim yoluyla bu siyasal tercihe müdahil olması, onu hiyerarşik olarak kurucu gücün üstüne çıkarmaktadır ki bu oldukça tehlikelidir.⁸⁹¹

Nitekim Eroğlu değiştirilemez maddeler ile ilgili bu tehlikenin varlığını önceden sezmiş olacak ki bu tehlikenin varlığından daha önce bahsetmiştir. Eroğlu öncelikle 1982 Anayasasıyla birlikte önceleri tek bir madde olan değiştirilemezliğin kapsamının genişletilerek ikinci ve üçüncü maddelerin de değiştirilemeyeceğinin düzenlenmesini son derece katı bir düzenleme getirdiği

⁸⁸⁶ 1982 Anayasasının 148'inci maddesine göre Anayasa Mahkemesi: “Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler”. Madde metninin devamında ise anayasa mahkemesinin şekli bakımdan inceleyeceği hususlar açık bir şekilde düzenlenmiştir. Nitekim bu düzenlemeye göre Anayasa Mahkemesinin yetkisi: “Anayasa değişikliklerinde ise teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır.”.

⁸⁸⁷ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 545.

⁸⁸⁸ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 545.

⁸⁸⁹ Özbudun, Türk Anayasa, s. 184.

⁸⁹⁰ Bkz. Atar, s. 422.

⁸⁹¹ Tanilli, s. 127.

gerekçesi ile eleştirmiştir.⁸⁹² Ancak Eroğlu için asıl mesele, ikinci maddede yer alan ifadelerin son derece yoruma açık ifadeler olmasıdır.

Kapsamın genişletilmesinden de ziyade değiştirilemezlik kapsamına alınan ikinci maddede yer alan ifadelerin anayasa bakımından net ve belirli bir anlam taşımadığını söyleyen Eroğlu, bu sebeple maddede yer alan ifadelerin yorumlanmasının gerekliliğinden bahsetmiştir. Bu durumun ise anayasa değişiklikleri bakımından Anayasa Mahkemesine oldukça geniş bir yetki vereceğinden bahsetmiştir. Nitekim bunun sonucu olarak da Anayasa Mahkemesinin herhangi bir değişiklik teklifini ikinci maddede yer alan ifadeleri yorumlayarak bu yoruma aykırı olduğu gerekçesiyle reddedebileceğini, bunun ise tehlikeli olduğunu söylemiştir.⁸⁹³ Nitekim gelinen noktada tam da Eroğlu'nun söylediği gibi olmuştur.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere anayasada yazılı olan değiştirilemez maddelerin hukuki niteliği bile tartışılmalıyken mahkemenin vermiş olduğu bu karar kanaatimizce pek yerinde olmamıştır. Zira anayasada sayılı olan bu maddelerin varlığının bile demokrasiye, milli egemenlik ilkesine aykırı olduğu ve bu sebepten yok sayılması gerektiği düşünülüyorken Anayasa Mahkemesinin yetkisinin dışına çıkarak yapmış olduğu incelemede, değiştirilemez maddelerin kapsamını böylesine geniş yorumlaması kanaatimizce anayasal istikrar ile değişim ihtiyacı arasındaki dengenin korunamaması sebep olacaktır. Zira bu durum, söz konusu maddelerin kapsamının belirsizleşmesine ve zaten demokratik bulunmayan bu yasakların geniş yorumlanarak suistimal edilmesine yol açabilecektir.

Öyle ki anayasada yapılabilecek her türlü değişiklik, Anayasa Mahkemesinin böylesine geniş kapsamlı yorumuyla birlikte istenildiği zaman değiştirilemez maddeler kapsamına sokulabileceği anlamına gelebilecektir. Bu durum ise kanaatimizce türev kurucu iktidarın yetkisini öylesine geniş bir biçimde sınırlandırmaktadır ki türev kurucu iktidarı, yetkisini adeta Anayasa Mahkemesinin istediği ölçüde kullanabilecek hale getirecektir. Halbuki türev kurucu iktidarın sınırları, asli kurucu iktidar tarafından belirlenmektedir.⁸⁹⁴

Anayasa Mahkemesi, anayasada yer alan açık hüküm⁸⁹⁵ gereğince, anayasa değişiklikleri ile ilgili esas bakımından bir uygunluk denetimi yapamaz. Kaldı ki yapsaydı bile kanaatimizce Anayasa Mahkemesinin istisna olması gereken değiştirilemezliği, oldukça dar bir şekilde yorumlaması gerekirdi. Zira esas olan milletin iradesi olup bu yasaklar anayasaların istikrarını korumak adına millet iradesinin adeta sınırlandırılmasıdır. Böylesine geniş bir yorum, yukarıda da belirtildiği üzere türev kurucu iktidarın anayasa değişikliği yetkisini, Anayasa Mahkemesinin

⁸⁹² Eroğlu, Anatüzeye, s. 308.

⁸⁹³ Eroğlu, Anatüzeye, s. 309.

⁸⁹⁴ Gözler, Kurucu İktidar, s. 122.

⁸⁹⁵ 1982 Anayasasının 148'inci maddesinde, mahkemenin yalnızca şekli denetim yapabileceği açıkça düzenlenmiştir.

istediği şekilde sınırlandırması anlamına gelecektir ki bunun kabulü kanaatimizce mümkün değildir.



SONUÇ

Anayasalcılık düşüncesinin doğuşu ile birlikte, bireyler devlet iktidarının keyfi yönetiminin önüne geçmeyi amaçlamış olup⁸⁹⁶ bu düşüncenin ortaya çıkışı önemli bazı anayasal teorileri de beraberinde getirmiştir.⁸⁹⁷ Nitekim 17. yy'den itibaren başlayan sınırlı devlet düşüncesi ve anayasa hareketleri, birçok siyasal ve kültürel değişikliğe neden olmuştur. Bu değişimler ve düşünsel hareketlilik sonucunda, Rönesans ve Reform gibi insanlık tarihi bakımından oldukça önemli birtakım gelişmeler yaşanmıştır.⁸⁹⁸

Yaşanan gelişmeler sonucunda halk ve millet egemenliği teorileri ortaya çıkmış olup bu gelişmeler, anayasa teorisi bakımından da önemli birtakım sonuçlar doğurmuştur.⁸⁹⁹ Halk ve millet egemenliği teorilerinin ortaya çıkması ile birlikte, halk egemenliğinin siyasi iktidar karşısındaki üstün konumunun benimsenmesi ve siyasi iktidarın keyfiliklerinin sonlandırılması için geleneksel kurallar yerine herkes tarafından bilinebilecek, oldukça net ve somut kurallar koyulması gerektiği düşünülmüştür.⁹⁰⁰ Böylece 18.yy'ın sonlarına kadar var olan yazısız anayasa sistemi, yerini yazılı anayasalara bırakmıştır.⁹⁰¹ Yazılı anayasalar, zaman içinde son derece yaygınlaşmış olup⁹⁰² şu an birkaç istisna dışında neredeyse tamamen yazılı anayasa sisteminin var olduğu söylenebilmektedir.⁹⁰³

Yazılı anayasaların yaygınlaşması ile birlikte ortaya çıkan anayasanın üstünlüğü ilkesi gereğince önceleri en üstün konuma yerleştirilen siyasi iktidar yerine, anayasa en üstün kurallar bütünü olarak kabul edilmiştir. Anayasanın üstünlüğü ilkesiyle birlikte anayasa normları, hiyerarşinin en üstüne yerleştirilerek diğer tüm kuralların anayasaya uygun olması gerektiği benimsenmiştir. Böylece siyasi iktidarın yetkilerini de ancak anayasal ilkelere uygun olarak kullanabileceği kabul edilmiştir. Bu kabulün bir sonucu olarak ise en üstün konuma yerleştirilen anayasayı yapma işinin ancak egemen güce ait olduğu kabul edilmiştir.

Anayasayı yapan ve değiştiren güce kurucu iktidar, anayasa ile ortaya çıkan iktidarlara ise kurulmuş iktidar denmektedir.⁹⁰⁴ Kurucu iktidar teorisi, ilk olarak Sieyès tarafından dile getirilmiştir.⁹⁰⁵ Sieyès, anayasanın tüm yasaların üstünde olduğunu ancak onun da üstünde ulus

⁸⁹⁶ Erdoğan Keskin, **Anayasa Hukukunda Anayasacılık Düşüncesi**, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2020, s. 60.

⁸⁹⁷ Özbudun, *Anayasalcılık*, s. 15.

⁸⁹⁸ Batum, "Anayasanın önemi", s. 29.

⁸⁹⁹ Batum, "Anayasanın önemi", s. 29.

⁹⁰⁰ Anayurt, Genel Kısım, s. 44.

⁹⁰¹ San, s. 32.

⁹⁰² Aydın, s. 311.

⁹⁰³ Eroğlu, *Anatüzeye*, s. 23.

⁹⁰⁴ Anayurt, Genel Kısım, s. 158.

⁹⁰⁵ Gözler, *Kurucu İktidar*, s. 22.

egemenliğinin olduğunu ileri sürmüştür.⁹⁰⁶ Nitekim o, üstün olan ulus egemenliği tarafından anayasanın istenildiği zaman ve hiçbir sınıra bağlı olunmaksızın yapılacağını ve değiştirileceğini dile getirmiştir.⁹⁰⁷ Ayrıca kurucu iktidar- kurulmuş iktidar ayrımından da ilk kez Sieyès bahsetmiştir.⁹⁰⁸

Sieyès tarafından ortaya koyulan kurucu iktidar teorisinin, birçok düşünür tarafından geliştirilerek bugünkü halini aldığı görülmektedir. Pek çok tartışmayı içinde barındıran bu teori, günümüzde hala aynı önemini koruyarak anayasa hukukçularının gündemini sık sık meşgul etmektedir. Nitekim Türk Anayasa Hukuku bakımından, yeni anayasa tartışmalarının ortaya çıkması ile birlikte kurucu iktidar teorisi ile ilgili tartışmalar da yeniden sık sık gündeme gelmeye başlamıştır.

Çalışmamızın konusunu da türev kurucu iktidarın yetki sınırı oluşturmaktadır. Bu çalışma kapsamında ilk ve ikinci kısımda önce kurucu iktidar teorisi kavramsal olarak incelenmiş, ardından türev kurucu iktidar kavramı detaylıca anlatılmaya çalışılmıştır. Ardından ise türev kurucu iktidarın sınırlarının neler olduğu hususu detaylıca incelenmiştir. Üçüncü ve son bölümde ise bu kavramlar ve türev kurucu iktidarın yetki sınırı, Osmanlı-Türk Anayasaları bağlamında, özellikle 1982 Türk Anayasası bağlamında incelenmiştir.

Kurucu iktidar, anayasa yapan ve değiştiren iktidardır. Dolayısıyla kuruculuk fonksiyonu, anayasayı yapma ve değiştirme olmak üzere iki ayrı fonksiyonu içinde barındırmaktadır. Nitekim anayasayı yapan iktidara asli kurucu iktidar, anayasayı değiştiren iktidara ise türev kurucu iktidar denmiştir.⁹⁰⁹ Ancak dünyada yaşanan gerek siyasi gerekse hukuki birtakım gelişmelerle birlikte bu ayrım eskisi kadar net bir şekilde ve yaygın olarak kabul görmemektedir. Kurucu iktidar teorisiyle ilgili en önemli tartışmalardan biri bu konuda ortaya çıkmaktadır. Kimileri kurucu iktidarın asli ve türev kurucu iktidar olarak ikiye ayrıldığını kabul etmekte ancak kimileri bu ayrımı şiddetle reddetmektedir.

Çalışmamızla ilgili en önemli tartışma konularından birini kanaatimizce bu ayrım ile ilgili tartışmalar oluşturmaktadır. Bu ayrımın fıkirsal temelini, asli kurucu iktidarın hukuk dışı bir iktidar olduğu düşüncesi oluşturmaktadır. Bu kabule göre asli kurucu iktidar, anayasayı hukuk boşluğunda meydana getirmekte olup bu iktidar, hiçbir hukuki sınıra tabi olmayan sınırsız bir iktidardır. Oysa anayasa değişikliği, mevcut bir anayasada ve o anayasada yer alan kurallara göre yapılacağı için bu iktidar niteliği gereği sınırlı bir iktidardır. Nitekim bu iktidara da türev kurucu iktidar denilmiştir.

Diğer bir ifade ile bu ayrımın kabulü, anayasayı yapma ile değiştirmenin nitelik bakımından farklılığına dayanmaktadır. Anayasayı yapan sınırsız bir iktidar iken değiştiren, sınırlı ve hukuki bir iktidardır. Dolayısıyla bu ikisi arasında bir ayrım söz konusudur. Oysa son yıllarda, anayasa

⁹⁰⁶ Sieyès, s. 71-73.

⁹⁰⁷ Sieyès, s. 73.

⁹⁰⁸ Demirkent, s. 96.

⁹⁰⁹ Anayurt, Genel Kısım, s. 158.

yapımındaki koşullar ile ilgili anlayışın değişmesiyle birlikte iki iktidar arasındaki nitelik farkı, kimilerine göre ortadan kalkmaya başlamıştır.

Yeni bir anayasanın hukuki bir ortamda da yapılabileceği anlayışı ile birlikte artık herhangi bir hukuk boşluğu yaşanmadan, anayasada yer alan değişiklik usullerine uyularak veya demokratik yöntemler izlenerek yeni bir anayasa yapılabileceği anlayışı yaygınlaşmaya başlamıştır. Nitekim birçok anayasada artık yeni bir anayasanın nasıl yapılacağı veya anayasanın tümünden nasıl değiştirileceğine dair birtakım düzenlemeler yer almaktadır. Sonuç olarak bu kabul, asli kurucu iktidar ile türev kurucu iktidar arasındaki nitelik farklılığını ortadan kaldıracağından bu ayrımın yapılmaması gerektiği ileri sürülmüştür.

Asli kurucu iktidarın hukuk dışı bir iktidar olduğunu kabul etmekle birlikte bu ayrımı reddeden görüşler de vardır. Bu düşüncenin dayanağı ise kuruculuğun niteliği gereği sınırsız bir iktidar olduğu düşüncesidir. Bu düşünceye göre ancak sınırsız ve hiçbir kurala tabi olmayan bir iktidar, kurucu iktidar olarak nitelendirilebilecektir. Oysa türev kurucu iktidar, anayasaya tabi olarak yetkilerini kullanabilmekte olup bu düşünceye göre bu iktidar ancak kurulmuş bir iktidardır.⁹¹⁰

Ancak şunu söylemek gerekir ki her ne kadar son yıllarda anayasa yapmanın hukuki bir eylem olabileceğinin kabulü ile birlikte bu ayrıma ilişkin aksi görüşlerin yaygınlık kazandığını söylesek de asli-türev kurucu iktidar ayrımı hala yerleşik bir kabul niteliği taşımaktadır. Öyle ki değiştirilemez maddelerin yer aldığı anayasalarda, bu ayrım önemini hala korumaktadır. Zira bu tarz anayasalarda asli kurucu iktidarın hukuki bir ortamda yeniden bir anayasa yapabileceği kabul edilse de türev kurucu iktidar, anayasa değişikliği yaparken hukuki kabul edilen asli kurucu iktidara göre bile daha sınırlı bir yetkiye sahip olacaktır. Nitekim dünya anayasalarının birçoğunda bu maddelere yer verildiği için bu ayrımın hala yaygın bir kabul olduğu söylenebilmektedir.

Tartışmayı Türk Anayasa Hukuku bakımından değerlendirdiğimizde ise kanaatimizce bu ayrım anayasal sistemimiz bakımından kabul görmektedir. Zira şu an hala yürürlükte olan 1982 Anayasası bir askeri darbe sonucunda, kurucu bir meclisçe yapılmış olup anayasa değişiklikleri ise yasama organı tarafından, anayasada yer alan sınırlara uygun bir şekilde yapılabilmektedir. Dolayısıyla asli-türev kurucu iktidar ayrımının bizim anayasamız bakımından önemini kaybetmediği söylenilebilecektir. Nitekim çalışmamız bakımından da bu ayrım esas alınmıştır.

Asli kurucu iktidar ile türev kurucu iktidar ayrımını kabul etmekle birlikte türev kurucu iktidarın kurucu bir iktidar mı yoksa kurulmuş bir iktidar mı olduğu da ikinci tartışmalı husustur. Zira kimilerine göre anayasayı değiştirme iktidarına türev kurucu iktidar denilse de bu iktidar, anayasaya uygun hareket etme kabiliyetinde olduğu için kurulmuş bir iktidardır. Oysa kanaatimizce her ne kadar türev kurucu iktidarın sahibi genellikle olağan yasama organları olsa da

⁹¹⁰ Olivier Gohin, **Droit constitutionnel**, Litec, Paris, 2010, s. 141-142'den Aktaran: Anayurt, Genel Kısım, s. 159.

neticede bu organların anayasaya bağılı olarak ortaya çıkardığı anayasa normunun, asli kurucu iktidar tarafından ortaya koyulmuş olan normlardan hiçbir farkı bulunmamaktadır. Bu yönüyle bakıldığında anayasa değıştiren organ, kurucu bir fonksiyon göstermektedir.

Türev kurucu iktidar, anayasayı değıştirme yetkisine sahip olan iktidardır. Bu iktidarın hukuki bir iktidar olduğı ise neredeyse fikir birliğine varılmış, tartışmasız hususlardan biridir. Zira bu iktidar, anayasada belirtilen organlarca ve belirtilen sınırlara bağılı olarak yetkilerini kullanabilmektedir. Nitekim türev kurucu iktidarın asli kurucu iktidardan en önemli farkı, eylemlerini anayasaya uygun olarak gerçekleştirme gerekliliğıdir.

Dünya anayasalarına bakıldığında, anayasa değıştiren organ genellikle iki şekilde sınırlandırılmıştır. Bunlardan ilki; türev kurucu iktidarın biçimsel olarak sınırlandırılmasıdır. Asli kurucu iktidarlara genellikle türev kurucu iktidarın, anayasa değışikliği yaparken uyması gereken kuralları yine anayasada belirlemektedir. Bu sınırlar çok çeşitli olmakla birlikte anayasalara göre farklılık göstermektedir.

Türk Anayasalarına bakıldığında, 1876 Kanuni Esasiden başlayarak hala yürürlükte olan 1982 Anayasasına kadar 1921 Anayasası hariç olmak üzere tüm anayasalarda, içeriksel sınırlara rastlanmaktadır. Bu anayasalarda, anayasa değışikliklerinin nasıl yapılacağı düzenlenmiştir. Nitekim bu hususlarda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. 1982 Anayasasının 175'inci maddesinde, anayasa değışikliği sırasında türev kurucu iktidar olarak TBMM'nin uyması gereken prosedürler düzenlenmiştir. Hukuka uygun bir anayasa değışikliği ise bu prosedürlere uyulmak koşuluyla ancak gerçekleştirilebilmektedir.

Ancak 1982 Anayasasının anayasa değışikliğini düzenleyen 175'inci maddesi bakımından, bazı belirsizliklerin ve tartışmaların olduğı tespit edilmiştir. Yapılan düzenlemelerde anayasa değışiklikleri bakımından teklif, görüşme ve kabul, onay olmak üzere üç evrenin düzenlendiğı görülmektedir. Ancak görüşme ve kabul safhası bakımından aranan oy çoğunlukları bakımından ciddi belirsizlikler söz konusudur. Zira görüşme ve kabul safhasında yapılmakta olan ilk görüşmedeki oylamalarda hangi oy çoğunluğunun aranacağı ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili kararları olsa da bu kararların konuya ilişkin tartışmaları sona erdirmediğı görülmektedir.

Diğer yandan 175'inci maddeye bakıldığında, anayasa değışikliği usulü hakkındaki düzenlemelerin bazılarının anayasada yer aldığı, ancak anayasa tekliflerinin görüşülmesi ve kabulü ile ilgili anayasada yer almayan konular hakkında ise kanunların görüşülme ve kabulü hakkındaki prosedüre uyulacağı düzenlenmiştir. Kanun tekliflerinin görüşülme ve kabul usulü ise İçtüzükte düzenlenmiştir. Anayasa değışikliğinin önemi göz önünde bulundurulduğunda, kanaatimizce biçimsel sınırları düzenleyen bu madde, son derece karışık gözükmemektedir.

Kanaatimizce anayasa değışikliği gibi kuruculuk fonksiyonu içeren bir yetkinin sınırlarının, daha net ve açık bir biçimde çizilmesi gerekmektedir. Tartışma oluşturacak ve herkes tarafından

farklı yorumlanacak belirsizliklerin kanaatimizce ortadan kaldırılması gerekmektedir. Zira türev kurucu iktidarın bu sınırlara uyarak ortaya çıkardığı anayasa normu, asli kurucu iktidar tarafından meydana getirilen normlar kadar önemli ve geçerlidir.

Türev kurucu iktidarın bir diğer sınırını ise içeriksel sınırlar oluşturmaktadır. Anayasaların var olmalarından itibaren değişen koşullar ve ortaya çıkan ihtiyaçlar neticesinde değişim ihtiyacı şüphesiz olmakla birlikte, her anayasa anayasal istikrarı hedeflemektedir. Nitekim asli kurucu iktidarlar, anayasalarda yer alan bazı normların önemleri dolayısıyla değiştirilmelerini yasaklayarak bu normların ebediyen var olmasını hedeflemişlerdir. Bu maddelere değiştirilmez normlar denilmektedir.

Türev kurucu iktidarın içeriksel sınırlarını, değiştirilemez normlar oluşturmaktadır. Çalışmamızla ilgili diğer tartışmalı husus ise bu normların niteliği konusudur. Değiştirilemez normlar, yazılı anayasa sisteminin benimsenmesiyle birlikte birçok anayasada yer almaya başlamıştır. Ancak değiştirilemez maddelerin hukuki bir nitelik taşıyıp taşımadığı, varlıklarından itibaren çokça tartışılmıştır. Tüm tartışmalara rağmen bugün hala sayıları küçümsemeyecek kadar çok anayasada, değiştirilemez maddelere yer verilmektedir.

Değiştirilemez normların düşünsel kaynağı, Carl Schmitt'in yapmış olduğu anayasa-anayasal yasa ayırımına dayanmaktadır. Zira o yapmış olduğu bu ayırım ile türev kurucu iktidarın yalnızca anayasal yasalarda değişiklik yapabileceğini, anayasalarda değişiklik yapamayacağını söyleyerek türev kurucu iktidarı içeriksel olarak sınırlamıştır. Bu tartışma kapsamında kimi hukukçular, bu maddelerin ulus egemenliği önünde hiçbir hukuki nitelik taşımadığını söylerken kimilerine göre anayasaların istikrarının sağlanması ve ömrünün uzun olabilmesi için bu maddelerin varlığı oldukça önemli olup bu sınırlara, anayasa değiştiren organ tarafından mutlak surette uyulmalıdır.

Osmanlı- Türk Anayasalarına bakıldığında 1924 Anayasasından itibaren değiştirilemez maddelere yer verildiği görülmektedir. 1924 ve 1961 Anayasasında, devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna ilişkin hükmün değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir. Görülmektedir ki bu anayasalarda, ulus egemenliği bakımından sakıncalı olan değiştirilemez normların sayısı son derece sınırlı tutulmuştur. Ancak 1961 Anayasası bakımından, uygulama pek de bu şekilde gerçekleşmemiştir. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararlar ile değiştirilemez madde olarak düzenlenmiş olan devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna ilişkin norm ile bağlantılı birçok anayasa değişikliğini, bu maddenin değiştirilemeyeceği gerekçesiyle iptal etmiştir.

Kanaatimizce 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bu kararlar, son derece geniş bir yorum sonucunda ortaya çıkmıştır. Zira ulus iradesi önünde engel sayılabilecek bu yasakların böylesine geniş yorumlanması, türev kurucu iktidarın anayasa değişiklik yetkisinin işlevsiz kalması tehlikesini doğurmaktadır. Öyle ki türev kurucu iktidarın

yapmış olduğu her değişikliğin, istenildiği taktirde yasak norm ile bağlantısı kurulabilecektir. Oysa türev kurucu iktidarın içeriksel sınırları, tartışmalı nitelikleri gereği oldukça dar yorumlanmalıdır.

1982 Anayasasına gelindiğinde ise anayasa koyucu gücün türev kurucu iktidarın içeriksel sınırlarını son derece genişlettiği görülmektedir. Bu anayasayla devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna ilişkin normun yanında, Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2’nci madde ve devletin başkenti, bayrağı gibi konuları düzenleyen 3’üncü maddenin de değiştirilmesi yasaklanmıştır. Oysa yukarıda söylediğimiz gibi kanaatimizce niteliği oldukça tartışmalı olan bu normların, son derece sınırlı bir şekilde düzenlenmesi daha yerinde olacaktır.

Kanaatimizce bir anayasada ancak ortadan kaldırıldığında yalnızca o anayasanın değil, yıllarca süre gelmiş ve o ülkede yerleşik hal almış anayasal sistemin de yok olmasına neden olabilecek normların değiştirilmesinin yasaklanması makul görülebilmelidir. Ulus egemenliği noktasında sakıncalı olsa da değiştirildiğinde bir ülkenin yıllarca ortaya koyduğu anayasal anlayışın ve kabullerin yerle bir olmasına neden olabilecek bir norm, kanaatimizce korunması gereken bir norm olarak kabul edilmelidir. Nitekim 1982 Anayasasının ilk maddesinin bu kapsamda olduğu şüphesizdir.

Ancak kanaatimizce böyle bir yasaklama hangi haklı gerekçeye dayanırsa dayansın, ancak sınırlarının sıkı sıkı çizilmesi ve kapsamının son derece dar ve hiçbir tereddüte yer vermeyecek kadar açık bir şekilde düzenlenmesi koşuluyla söz konusu olabilecektir. Neticede 1982 Anayasası bakımından türev kurucu iktidarın içeriksel sınırlarının kapsamının böylesine genişletilmesi, ciddi tartışmalara yol açmıştır. Kapsamının genişlemesi bir yana, yasak kapsamındaki maddelerde yer alan bazı kavramların son derece muğlak oluşu da tartışmaların tırmanmasına sebep olmuştur.

Bu noktada 1982 Anayasasının 2’nci maddesinde, cumhuriyetin niteliği olarak sayılan “toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde” gibi ibarelerin türev kurucu iktidarın içeriksel sınırları içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, bu kavramların cumhuriyetin birer niteliği olarak sayılıp sayılmayacağı belirsizdir. Ayrıca bu kavramlar cumhuriyetin niteliği olarak sayılsa bile öylesine soyut kavramlardır ki, bu kavramlar ile ilgili değiştirilemezliğin sınırlarının nerede başlayıp nerede biteceğinin tespiti oldukça güçtür. Bu belirsizliğin giderilmesi ise ancak ilgili maddede değişiklik yapılması ile mümkün olabilecektir ki bu maddenin değiştirilmesi yasaklanmıştır. Dolayısıyla bu belirsizliğin nasıl giderileceği oldukça karmaşık başka bir sorundur.

Bir diğer tartışmalı husus ise yine 2’nci maddede cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan “başlangıçtaki temel ilkelere dayanan” ibaresidir. Burada başlangıcın tamamı değiştirilmezlik kapsamına alınmamış olup yalnızca başlangıçtaki temel ilkelerin değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir. Ancak başlangıçtaki temel ilkelerin neler olduğu anayasada ayrıca düzenlenmemiştir. Bu durumda değiştirme yasağının kapsamının nasıl tespit edileceği de belirsizdir. Elbette hukuk sistemimizde birçok boşluk yorum yoluyla doldurulmaktadır. Ancak

değiştirilemez maddelerin önemi ve geniş yorumlandığı takdirde ortaya çıkabilecek sakıncaları göz önünde bulundurulduğunda, bu yasağın kapsamının yoruma bırakılmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Görülmektedir ki değiştirilemez maddelerin oldukça dar yorumlanması gerekirken 1982 Anayasası ile kapsam oldukça genişletilmiştir. Ancak kanaatimizce kapsamın genişletilmesinden daha ciddi bir sorun, bu maddelerin sınırlarının hiçbir şekilde tespit edilemeyecek kadar belirsiz kavramlardan oluşmasıdır. Dolayısıyla bu maddenin, türev kurucu iktidarın içeriksel sınırları bakımından ciddi bir sorun teşkil ettiği ortadadır.

Sonuç olarak, anayasaların en temel hedeflerinden biri olan anayasal istikrar ve devamlılığın sağlanması için benimsenen katı anayasal sistemlerle birlikte anayasa değişikliklerinin zorlaştırılması hedeflenmiştir. Nitekim bu anayasal sistemlerde, türev kurucu iktidarlara birtakım biçimsel ve içeriksel sınırlar çizilerek devlet organlarını ve bu organların işleyişini düzenleyen, birey haklarını güvence altına alan anayasaların sık sık değiştirilerek yaz-boz tahtasına dönüştürülmesi engellenmeye çalışılmıştır. Ancak unutulmamalıdır ki bir anayasa geçerliliğini ancak içinde bulunduğu toplumdan almaktadır.

Anayasaya ruhunu veren, onu ortaya çıkaran güçtür. Onu var eden toplumdan kopuk ve o toplumun ihtiyaçlarını karşılamayan bir anayasanın yaşaması mümkün değildir. Zira anayasadan ruhunu alırsak geriye hiçbir şey kalmayacaktır. Dolayısıyla nasıl ki anayasanın kolayca değiştirilebilmesi anayasal istikrar karşısında ve anayasanın ömrünün kısa olması bakımından bir tehdit olarak görülüyorsa, değişen ihtiyaçlara anayasanın adapte edilememesi kanaatimizce daha ciddi bir tehdidi doğurmaktadır. Dolayısıyla kanaatimizce anayasal istikrar amacıyla anayasa değişikliği ihtiyacı arasında bir dengenin kurulması ve türev kurucu iktidarın sahip olduğu biçimsel ve içeriksel sınırların bu denge gözetilerek net bir biçimde çizilmesi gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- Ağaoğulları, Mehmet Ali vd. **Kral-Devletten Ulus-Devlete**. 3. Baskı. Ankara: İmge Kitabevi, 2017.
- Akça, Kürşat. “Türk Mevzuat ve Uygulaması Çerçevesinde Anayasa Değişikliği İçin TBMM’de Yapılan Oylamalar ve Bu Oylamalarda Aranılan Karar Yeter Sayısı”. **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 22(36), 2017, 31-58.
- Akgül, Mehmet Emin. “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı”. **Ankara Barosu Dergisi**, 68(4), 2010, 79-101.
- Akkanat, Salih. “Kurucu İktidara Dayalı Bir Demokrasinin İmkânı: Siyasal Bir Yaklaşım”. **Amme İdaresi Dergisi**, 48(2), 2015, 1-21.
- Aksoy, Muammer. **Devrimci Öğretmenin Kırımı ve Mücadelesi (II. Cilt)**. Gündoğan Yayınları, 2000.
- Albert, Richard. “Amending Constitutional Amendment Rules”. **International Journal of Constitutional Law**, 13(3), 2015, 655-685.
- Albert, Richard. “Constitutional Amendment and Dismemberment”. **The Yale Journal of Law**, 43(1), 2018.
- Albert, Richard. “Constitutional Handcuffs”. **Arizona State Law Journal**, 2010, 664-715.
- Albert, Richard. “The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules”. **McGill Law Journal** 59, (2), 2013, 225-281.
- Amar, Akhill Reed. “The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V”. **Columbia Law Review**, 94(457), 457-508.
- “Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi”. **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı (Ankara 7-10 Mayıs 1990)**, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, C. 1, 1990.
- Anayurt, Ömer. **Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku)**. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Anayurt, Ömer. **Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)**. 4. Baskı. Seçkin Hukuk, 2021.
- Arendt, Hannah. **Devrim Üzerine** (Çev. Onur Eylül Kara). İstanbul: İletişim Yayınları, 2012.
- Aristoteles. **Politika** (Çev. Furkan Akderin). 5. Baskı. Say Yayınları, 2020.
- Aristoteles. **The Nicomachean Ethics** (Çev. David Ross). Lesley Brown (Ed.), Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Atar, Yavuz. **Türk Anayasa Hukuku**. 13. Baskı. Ankara, 2019.

- Atay, Ender Ethem. “Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki”. **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 12(1-2), 2008, 503-550.
- Atay, Ender Ethem. **Anayasa Hukuku**. Ankara: Doruk Kitapevi, 2022.
- Atay, Ender Ethem. “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı İlkesi Işığında Danıştay”. **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 17(1-2), 2013, 1129-1154.
- Aydın, Öykü Didem. “**Biz, Halk; “Egemenliğin Sahibi”, Halkın-Kurucu-Meclisi (Anayasa Konvansiyonu) ve Anayasa Yapımı**”. Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.
- Balı, Ali Şafak. **Hukuk Politikası**. Ankara: Astana Yayınları, 2016.
- Balı, Fikret. “Teziç: Türban hükmü hile olur”. **Milliyet Gazetesi**, 25.01.2008. <https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/fikret-bila/tezic-turban-hukmu-hile-olur-235811>, 03 Ekim 2021.
- Batum, Süheyl. “Anayasalar nasıl yazılır, nasıl değiştirilir?”. İbrahim Ö. Kaboğlu (Ed.), **Türkiye’nin Anayasa Gündemi**, İstanbul: İletişim Yayınları, 2018, 43-48.
- Batum, Süheyl. “Anayasanın önemi nereden gelir?”. İbrahim Ö. Kaboğlu (Ed.), **Türkiye’nin Anayasa Gündemi**, İstanbul: İletişim Yayınları, 2018, 28-31.
- Batum, Süheyl. “Günümüzde anayasaların toplum sözleşmesi olması zorunlu mudur?”. İbrahim Ö. Kaboğlu (Ed.), **Türkiye’nin Anayasa Gündemi**, İstanbul: İletişim Yayınları, 2018, 32-37.
- Batum, Süheyl. **Anayasa ve İnsan**. 3. Baskı. Cumhuriyet Kitapları, 2011.
- Bilir, Faruk. “Çerçeve Anayasa- Düzenleyici Anayasa Ayrımı”. **Terazi Hukuk Dergisi**, 6(64), 2001, 82-83.
- Boysen, Sigrid. “Anayasanın Değiştirilmesi”. Ozan Ergül (Ed.), **Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim Uluslararası Sempozyumu**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2011, 177-191.
- Bryce, James. **Studies in History and Jurisprudence**. New York: Oxford University Press, 1901.
- Can, Osman. Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu. **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 62(3), 2007, 101-139.
- Can, Osman. **Kurucu İktidar**. Alfa Yayınları, 2013.
- Colon-Rios, Joel I. “Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Columbia”. **Constellations**, 18(3), 2011, 365-388.
- Coşkun, Uygur. “Dünden Bugüne Anayasacılık”. **Hukuk Gündemi II**, 2008. <http://www.ankarabarosus.org.tr/siteler/ankarabarosus/hgdmakale/2008-1/13.pdf>, 06 Aralık 2021.
- Çağlar, Bakır. **Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı**. 1. Baskı. İstanbul: Kardeşler Matbaası, 1989.
- Çelebi, Aykut ve Göztepe, Ece. **Demokratik Anayasa**. Metis Yayıncılık, 2012.
- Çelebi, Aykut. **Carl Schmitt’in Düşüncesinde Siyasal Kavramı ve Kurucu İktidar Sorunu**. Ankara: İmaj Yayınevi, 2008.

- Çoban, Ali Rıza. **Anayasayı Değiştirme Yetkisi, Sınırları ve Denetimi**. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Dal, Kemal. **Anayasa Hukuku (Temel İlkeler)**. Ankara, 1992.
- Dal, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku**. Ankara, 1992.
- Delperee, Francis. “Avrupa İçin Bir Anayasa Kaleme Alınması”. **Avrupa Reformları ve Avrupa Anayasası Uluslararası Toplantısı**, İstanbul, 2002, 80-97.
- Demirkent, Dinçer. “Anayasal Kuruluş Konusunda Kapanmayacak Tartışma: Hannah Arendt ve Carl Schmitt’te Kurucu İktidar Sorunu”. **Mülkiye Dergisi**, 39(3), 2015, 89-122.
- Dicey, A. V. **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. 10. Baskı. The Macmillan Press, 1959.
- Dixon, Rosalind ve Landau, David. “Transnational Constitutionalism and A Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment”. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford University Press, 13(3), 2015, 606-638.
- Dixon, Rosalind. “Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective”. **University of Chicago Public Law**, 2011, 96-111.
- Doehring, Karl. **Genel Devlet Kuramı** (Çev. Ahmet Mumcu). İstanbul, 2018.
- Döner, Ayhan. **Türk Anayasa Hukuku**. 2. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Duvan, Ayşe Özkan. “Devlet Teorisinde Kuvvetler Ayrılığının Doğuşu: Locke ve Montesquieu”. **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, (1), 2019, 35-60
- Dyzenhaus, David. “The Politics of the Question of Constituent Power”. Martin Loughlin ve Neil Walker (Ed.). **The Paradox of Constitutionalism, Constitutional Power and Constitutional Form**, Oxford University Press, 2007, 129-145.
- Elster, Jon. **Ulysses Unbound**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- Erdal, Muhammet. “Anayasa Kurallarının Kademelendirilmesi Sorunu”. **TBB Dergisi**, (76), 2008, 165-200.
- Erdoğan, Mustafa. **Anayasa Hukukuna Giriş (Genel Esaslar)**, Ankara: Siyasal Kitapevi, 2019.
- Erdoğan, Mustafa. **Türk Anayasa Hukuku**. Ankara: Hukuk Yayınları, 2018.
- Eren, Abdurrahman. **Anayasa Hukuku Dersleri**. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Eroğlu, Cem. **Anatüzeğe Giriş**. Ankara: İmaj Yayınevi, 2016.
- Eroğlu, Cem. **Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi)**. Ankara: AÜSBF Yayını, 1974.
- Erözden, Ozan. “Başlangıç ve Değiştirilemez Maddeler”. **Anayasa Kurultayı**, Ankara Barosu Yayınları, 2010, 112-118.

- Fendoğlu, Hasan Tahsin. **Anayasa Hukuku**. 8. Baskı. Yetkin Yayınları, 2020.
- Gönenç, Levent. “Anayasalar neden yazılır ve neden değiştirilir?”. İbrahim Ö. Kaboğlu (Ed.), **Türkiye’nin Anayasa Gündemi**, İstanbul: İletişim Yayınları, 2018, 38-42.
- Gören, Zafer. “Anayasa Koyan Erk ve Anayasa Değişikliklerinin Sınırı”. **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 8(16), 2009, 1-15.
- Gören, Zafer. “Temel Hak ve Özgürlükler-Türkiye Cumhuriyeti Anayasası için Reform Önerileri”. **Türkiye’de Anayasa Reformu Prensipler ve Sonuçlar**, Konrad Adenauer Vakfı, 2001, 99-119.
- Gören, Zafer. **Anayasa Hukuku**. 5. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Gözler, Kemal. "Asli Kurucu İktidar- Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?". Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (Ed.), **Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler**, İstanbul: Metis Yayınları, 2012, 45-61.
- Gözler, Kemal. **Anayasa Hukukuna Giriş**. 29. Baskı. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2020.
- Gözler, Kemal. **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**. 13. Baskı. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2021.
- Gözler, Kemal. **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt 1**. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011.
- Gözler, Kemal. **Kurucu İktidar**. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2016.
- Gözler, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku**. 3. Baskı. Ekin Yayınları, 2019.
- Göztepe, Ece. “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt’in “Anayasa Öğretisi””. **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2015, 73(1), 129-180.
- Grimm, Dieter. “Constituent Power and Limits of Constitutional Amendments”. **Nomos** 2, 2016, 1-8.
- Grimm, Dieter. “The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World”. Petra Dobner ve Martin Loughlin (Ed.), **The Twilight of Constitutionalism?**, Oxford University Press, 2010, 3-22.
- Güler, Gülşah Yalçın. “Anayasa Değişiklikleri, Kurucu İktidarlar ve Meşruiyet”. **Sayıştay Dergisi**, 2007, (66-67), 35-46.
- Gülsoy, Tevfik. “Anayasa Yapımı ve Türkiye’de Anayasa Arayışları”. **Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 2012, 16(3), 1-22.
- Güvenç, Cemaleddin. “Fransız Burjuvazi Devrimi: Bir Aydınlanma Hareketi Olarak Mutlak Monarşiden Cumhuriyete Geçiş”. **Kayseri Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 2(1), 2020, 64-73.
- Hafızoğulları, Zeki. “Anayasanın 4. Maddesinin Değiştirilemezliği, 1., 2. Ve 3. Maddenin Anlamı, Kapsamı ve Sınırları”. **TBB Dergisi**, 2001/2, 453-478.

- Herzog, Roman. “Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi”. (Çev. Ümit Özdağ). **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı (Ankara 7-10 Mayıs 1990)**. Ankara: Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 18, C. 3, 1990, 13-22.
- Heywood, Andrew. **Political Theory: An Introduction**. 4. Baskı, Macmillan Education, 2015.
- Holmes, Stephen ve Sunstein, Cass R. “The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe”. Sanford Levinson (Ed.), **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**, New Jersey: Princeton University Press, 1995, 454-508.
- Holmes, Stephen. “Precommitment and The Paradox of Democracy”. Jon Elster ve Rune Slagstad (Ed.), **Constitutionalism and Democracy**, Cambridge: Cambridge University Press, 1988, 195-240.
- Işık, Salim. “J.J. Rousseau ve Egemenlik Anlayışı Üzerine”. **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 8(2), 2017, 79-98.
- İşsevenler, Osman Vahdet. **Kurucu İktidarın Felsefi Temellendirilmesi** (Yayımlanmamış Doktora Tezi). İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- İşsevenler, Osman Vedat. “Hannah Arendt’e Göre Anayasal Kuruluş”. **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 14(175), 2019, 835-851.
- Jaume, Lucien. “Constituent Power in France: The Revolution and its Consequences”. Martin Longhlin ve Neil Walker (Ed.), **The Paradox of Constitutionalism, Constitutional Power and Constitutional Form**, Oxford University Press, 2007, 67-85.
- Kaboğlu, İbrahim Özden ve Sales, Eric. **Darbe ve Demokrasi Sarkacında Türk Anayasa Hukuku** (Çev. İrem Berksoy). İrem Berksoy (Ed.). 2018.
- Kaboğlu, İbrahim Özden. **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2020.
- Kalyvas, Andreas. “Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power”. **Constellations**, 12(2), 2005, 221-244.
- Kapani, Münici. **Kamu Hürriyetleri**. 7. Baskı. Ankara: Sevinç Matbaası, 1976.
- Kapani, Münici. **Politika Bilimine Giriş**. 58. Baskı. 2019.
- Karakul, Selman. “Yeni Kuvvetler Ayrılığı Teorisi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği”. **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2(2), 2015, 63-112.
- Kardeş, Murat Ertan. **Schmitt’le Birlikte Schmitt’e Karşı (Politik Felsefe Açısından Carl Schmitt ve Düşüncesi)**. 2. Baskı. İletişim Yayınları, 2020.
- Kay, Richard S. “Kurucu Otorite”. Ozan Ergül (Ed.), **Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim Uluslararası Sempozyumu**, Ankara, 2011, 49-107.
- Kaya, Semih Batur. **Demokratik Hukuk Devletinde Anayasa Yapımı: Türkiye İçin Bir İnceleme**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Kelsen, Hans ve Sönmez, Yasin. “Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)”. **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 64(3), 2015, 855-914.

- Kelsen, Hans. **General Theory of Law and State** (Çev. Anders Wedberg). Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1945.
- Kelsen, Hans. **Pure Theory of Law** (Çev. Max Knight). Berkeley: University of California Press, 1967.
- Keskin, Erdoğan. **Anayasa Hukukunda Anayasacılık Düşüncesi**. 1. Baskı. Ankara: Adalet Yayınları, 2020.
- Kubalı, Hüseyin Nail. **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler)**. İstanbul: Kutulmuş Matbaası, 1971.
- Kubalı, Hüseyin Nail. **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler)**. İstanbul: Ersa Matbaacılık, 1965.
- Landau, David. "Abusive Constitutionalism". **University of California Davis Law Review**, 47, 2013, 189-260.
- Loewenstein, Karl. "Constitutions and Constitutional Law In The West And In The East". **The Indian Journal of Political Science**, 30(3), 1969, 203-248.
- Loughlin, Martin ve Walker, Neil. "Introduction". Martin Longhlin ve Neil Walker (Ed.), **The Paradox of Constitutionalism, Constitutional Power and Constitutional Form**, Oxford: Oxford University Press, 2007, 1-8.
- Loughlin, Martin. "The Concept of Constituent Power". **European Journal of Political Theory**, 13(2), 2014, 218-237.
- Loughlin, Martin. "What is Constitutionalisation?". Petra Dobner ve Martin Loughlin (Ed.), **The Twilight of Constitutionalism?**, New York: Oxford University Press, 2010, 47-69.
- Loughlin, Martin. **Sword and Scales (An Examination of the Relationship Between Law and Politics)**. Oxford: Hart Publishing, 2000.
- Lutz, Donald S. "Toward a Theory of Constitutional Amendment". Stanford Levinson (Ed.), **American Political Science Review**, 88(2), 1994, 355-370.
- Michelman, Frank I. "Thirteen Easy Pieces". **Michigan Law Review**, 93(6), 1995, 1297-1332.
- Montesquieu. **Kanunların Ruhu Üzerine** (Çev. Fehmi Baldaş). İstanbul: Hiperlink Yayınları, 2014.
- Möller, Cristoph. "We are (afraid of) the people: Constituent Power in German Constitutionalism". Martin Longhlin ve Neil Walker (Ed.), **The Paradox of Constitutionalism, Constitutional Power and Constitutional Form**, Oxford University Press, 2007, 87-107.
- Muldoon, James. "Arendt's Revolutionary Constitutionalism: Between Constituent Power and Constitutional Form". **Constellations: An International Journal of Critical and Democratic Theory**, 23(4), 2016, 596-607.
- Negretto, Gabriel L. "Constitution-Making in Comparative Perspective". **Oxford Research Encyclopedia of Politics**, Oxford University Press, 2016, 1-43.

- Negri, Antonio. **Constituent Power and Modern State** (Çev. Maurizia Boscagli). University Of Minnesota Press, 1999.
- Nohutçu, Ahmet ve Bektaş, Mücahit. “Yeni Anayasa Tartışmaları Etrafında Kurucu İktidar, Kurucu Meclis ve Referandum Kavramlarının Analizi”. **Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi**, 5(1), 2017, 1-23.
- Oder, Bertil Emrah. “En iyi anayasa kısa anayasa mıdır?”. İbrahim Ö. Kaboğlu (Ed.), **Türkiye’nin Anayasa Gündemi**, İstanbul: İletişim Yayınları, 2018, 57-58.
- Oder, Bertil Emrah. **Avrupa Birliği’nde Anayasa ve Anayasacılık**. İstanbul: Anahtar Kitaplar Yayınevi, 2004, 29-87.
- Onar, Erdal. **1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu**. Ankara, 1993.
- Özbudun, Ergun. **Anayasalcılık ve Demokrasi**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Özbudun, Ergun. **Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı**. Ankara: Bilgi Yayınları, 1993.
- Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Özbudun, Ergun. **Türkiye’de Demokratikleşme Süreci (Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı)**. İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014.
- Özer, Atilla. **Anayasa Hukuku**. Ankara: Gazi Kitabevi, 2016.
- Paine, Thomas. **Rights of Man, Common Sense and Other Political Writings**. Mark Philp (Ed.). Oxford University Press, 1995.
- Rawls, John. **Siyasal Liberalizm** (Çev. Mehmet Fevzi Bilgin). 2. Baskı. İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2019.
- Rousseau, Jean- Jacques. **Toplum Sözleşmesi** (Çev. Vedat Günyol). 30. Baskı. Kültür Yayınları, 2021.
- Ruhi, M. Emin. **1789 Fransız Devrimi Birinci Kitap: Fransa’da Liberal Devrim ve Sieyes**. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2018.
- San, Coşkun. **Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri**. Ankara: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1974.
- Sartori, Giovanni. “Constitutionalism: A Preliminary Discussion”. **The American Science Review**, 56(4), 1962, 853-864.
- Schmitt, Carl. **Constitutional Theory** (Çev. Jeffrey Seitzer). Durham and London: Duke University Press, 2008.
- Serozan, Rona. “Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları”. **Journal of Istanbul University Law Faculty**, 37(1-4), 1971, 135-141.
- Sevinç, Murat. “Anayasanın Başlangıç İlkeleri”. Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (Ed.), **Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler**, İstanbul: Metis yayınları, 2012.

- Sezer, Abdullah. **1982 Anayasası Ekseninde Türev Kurucu İktidar Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi** (Yayımlanmamış Doktora Tezi). Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.
- Sieyès. **“Üçüncü Sınıf” Nedir?** (Çev. İsmet Birkan). İmge Kitabevi, 2005.
- Soboul, Albert. **1789 Fransız İnkılabı Tarihi** (Çev. Şerif Hulusi). Cem Yayınevi, 1969.
- Soysal, Mümtaz. “Türkiye’de Anayasacılık ve Anayasa Kültürü”. **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Ankara, 2001, 85-100.
- Soysal, Mümtaz. **100 Soruda Anayasanın Anlamı**. 1. Baskı. İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1969.
- Soysal, Mümtaz. **100 Soruda Anayasanın Anlamı**. 11. Baskı. İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1997.
- Stern, Klaus. “Küresel Anayasacılık Hareketleri ve Yeni Anayasalar” (Çev. Ayhan Tekinsoy). **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Ankara: TBB Yayınları, 2001, 45-55.
- Şaylan, Gencay. **Çağdaş Siyasal Sistemler**. Ankara: Sevinç Matbaası, 1981.
- Şenel, Alaeddin. **Siyasal Düşünceler Tarihi**. 7. Baskı. Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları, 2019.
- Tanilli, Server. **Devlet ve Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş)**. İstanbul: Adam Yayınları, 2000.
- Tanör, Bülent ve Yüzbaşıoğlu, Necmi. **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**. 20. Baskı. Beta Yayıncılık, 2020.
- Tanör, Bülent. **İki Anayasa 1961- 1982**. On İki Levha Yayınları, 2019.
- Tarhan, Gülce. “Rousseau ve Sieyès’de Egemenlik Kuramı”. **ETHOS: Felsefe ve Toplumsal Bilimlerde Diyaloglar**, 2(4), 2009.
- TBMM Araştırma Merkezi, **Anayasa Değişiklik Yöntemleri, Venedik Komisyonu Raporu ve Ülke İncelemeleri**, Ankara, 2010, https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/anayasa_degisiklik_kom_rap.pdf, 12 Ağustos, 2021.
- TBMM Tutanak Dergisi, 19. Dönem, 90. Cilt, 134. Birleşim, 2. Oturum, 05.07.1995, s. 559, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c090/tbmm19090134.pdf>, 30 Mart 2022.
- TBMM Tutanak Dergisi, 21. Dönem, 29. Cilt, 73. Birleşim, 2. Oturum, 29.03.2000, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c029/tbmm21029073.pdf>, 31 Mart 2022.
- Teziç, Erdoğan. **Anayasa Hukuku**. 24. Baskı. Beta Yayınları, 2016.
- Tunaya, Tarık Zafer. **Siyasi Kurumlar ve Anayasa Hukuku**. Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, 1981.
- Tuncay, Aziz Can. Magna Carta (Büyük Ferman). **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 10(135), 2015, 7-28.

- Jefferson, Thomas. **Thomas Jefferson'dan Seçme Parçalar** (Çev. Mete Tunçay). İstanbul: Türk Siyasi İlimler Derneği Yayınevi, 1961.
- Turhan, Mehmet. "Anayasaların Sınıflandırılması". **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 4(1), 2019, 225-248.
- Turhan, Mehmet. "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliği". **Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 33(1), 1976, 63-104.
- Turhan, Mehmet. "Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı, Anayasanın Fonksiyonu ve Anayasa Yargısı". **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 3(1), 202-226.
- Uran, Peri. "Anayasaların Başlangıç Kısımları". **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 73(1), 2015, 223-248.
- Venice Commission. **"Report on Constitutional Amendment"**. 11-12 December 2009, Study No. 469/2008, CDL-AD (2010)001.
- Vile, M.J.C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. 2. Baskı. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.
- Waluchow, Wil. "Constitutionalism". Edward N. Zalta (Ed.), **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2018.
- Washington, George. **Letter of George Washington to Bushrod Washington**, 9 Kasım 1787. <https://founders.archives.gov/GEWN-04-05-02-0388>, 20 Aralık 2021.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi. **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1993.
- Zeybekoğlu, Ali Emre. **Carl Schmitt'in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı** (Yayımlanmamış Doktora Tezi). İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009.

ÖZ GEÇMİŞ VE İLETİŞİM BİLGİLERİ

Yazar, **** yılının **** ayında doğdu. İlk, orta ve lise öğrenimini tamamladıktan sonra 2015 yılında Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesinde lisans eğitimini tamamladı. Üç yıl Rize Barosuna kayıtlı olarak avukatlık yaptıktan sonra 2019 yılında Trabzon Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde kamu hukuku yüksek lisans programına başladı. 2021 yılında Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalına araştırma görevlisi olarak atandı. 2022 yılında “Anayasa Hukukunda Türev Kurucu İktidarın Yetki Sınırı” başlıklı tezi ile yüksek lisans eğitimini tamamladı. Halen Trabzon Üniversitesinde akademik çalışmalarını sürdürmektedir. İngilizce bilmektedir.

İLETİŞİM BİLGİLERİ

Adres : *****

E-Posta : *****