

ANAYASA KURALLARININ KADEMELENDİRİLMESİ SORUNU

Muhammed ERDAL*

*Hocam Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'nun
aziz anısına saygıyla...*

Giriş

Bu çalışmamızda incelediğimiz konu, kamu hukukunun birçok kavramını içinde barındıran çetin bir konudur. Konu çetinliğini anayasa hukukunun temel karakterini içinde barındırmasından almaktadır. Öyle ki en yalın tanımıyla ele alınacak olursa anayasa, bir hukuk düzeninde mevzuu kurallara nazaran “üst” olma özelliğini ihtiva eden hukuk kurallarıdır.¹ Bu bakımdan üstlük, anayasa hukukunun temel karakterini teşkil eden, onun ortaya çıkışından günümüze kadar en belirgin özelliği olarak tartışla gelmiş niteliğidir.

Anayasanın bu niteliğinden çeşitli sorunlar sadır olmuştur. Hukuk düzeni içerisinde kuralların nasıl konulacakları, nasıl değiştirilecekleri, ya da nasıl kaldırılacakları kendinden üst kademedede yer alan kurallarda (anayasalarda) düzenlenmektedir. Başka bir deyişle kanun, tüzük v.s. hukuk kurallarının konulması, değiştirilmesi ya da kaldırılması konusunda bir ihtilaf hâsıl olması durumunda üst kademedeki kural (anayasa) uyarınca söz konusu sorun giderilmektedir. Oysa anayasalar da nihayetinde kurallardan mürekkeptir. O halde onların da konulması, değiştirilmesi, ya da kaldırılması söz konusu olabilir.

* Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku araştırma görevlisi.

¹ Anayasa kurallarının hukuk düzeni içindeki konumu, çalışmanın doğal akışı içinde ele alınacaktır. Bu kısımdaki genellemeler birer ön veri niteliğindedir.

Bu durumda şayet anayasa temel kurala ve ona ilişkin ihtilaf çıkması muhtemelse, söz konusu ihtilaf neye göre çözümlenecektir? Başka bir deyişle anayasaya yeni bir hükmün eklenmesi, onun bir hükmünün değiştirilmesi, ya da bir maddesinin veya tamamının kaldırılması söz konusu olduğunda, buna ilişkin ihtilaflar neye göre çözümlenecektir?

Anayasaların değişikliklere ilişkin doğrudan hükümler ihtiva etmesi, doğal olarak *'ana kural nasıl bir usul öngörmüş ise ona uygun olarak değişiklik yapılacaktır'* intibasını uyandırmaktadır. Ancak uygulamadaki tecrübeler ve öğretideki derin görüş ayrılıkları sorunun bu kadar net bir yanıtla geçirilemeyeceğini göstermektedir.² Çalışmamızın devamında da görüleceği üzere kimi anayasa değişiklikleri şeklen anayasaya uygun olmakla birlikte –yargılama makamının esasa ilişkin inceleme yetkisi anayasaca yasaklanmış olsa da– esasa ilişkin denetim şekil denetimi adı altında yapılmış, söz konusu değişiklikler anayasaya aykırı oldukları gerekçesiyle iptal edilmiştir.³

Hemen belirtelim ki, anayasa kurallarının değiştirilmesi sorunu yalnız şekil-esas çekişmesinden ibaret değildir. Bu çekişmenin uzantısı olarak karşımıza şu tür sorunlar çıkmaktadır;

Mademki her anayasa kendi belirlediği kurallara göre değiştirilebiliyor, bu değiştirme koşullarını belirleyen kurallar ile diğer kurallar arasında her hangi bir nitelik farkı var mıdır? Böyle bir nitelik farklılığından dolayı onların diğer kurallara nazaran üstün bir konumda olduklarından söz edilebilir mi? Ya da bazı pozitivist hukukçuların dediği gibi *"anayasa kuralları arasında geçerlilik ilişkisi olmadığı için anayasa kuralları arasında hiyerarşi⁴ kurulamaz"* mı?⁵

Bu çalışmamızda anayasa kuralları arasında kademelenme olup olmadığını incelemiş bulunuyoruz. Okuyucuya kolaylık sağlamak amacıyla öncelikle anayasaların yapılmasını ve kurucu ikti-

² Uygulamaya ilişkin verileri ve öğretideki görüşleri metin içinde yeri geldikçe ele aldığımız için burada ayrıyeten kaynak gösterme yoluna gitmedik.

³ E. 1973/19, K. 1975/87, k.t. 15.04.1975, R.G. 26.02.1976/15511; E. 1975/167, K. 1976/19, k.t. 23.03.1976, R.G. 12.08.1976/15675; E. 1977/82, K. 1977/117, k.t. 27.09.1977, R.G., 14.01.1978/16169.

⁴ Türk doktrininde genellikle "hiyerarşi" terimi kullanılmaktadır. Biz çalışmamızda hiyerarşi terimi yerine Teziç'ten esinlendiğimiz "kademelenme" terimini kullanacağız. Bkz. Teziç, E., *Anayasa Hukuku*, Sekizinci Baskı, Beta, İstanbul 2003, s. 80.

⁵ Gözler, K., *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Ekin Yayınları, İstanbul 1991 s. 163.

dar kavramını ele aldık. Anayasa kurallarından diğerlerine göre daha önemli oldukları ifade edilen kuralları inceledik. Bu inceleme şüphesiz bizi değiştirilemez nitelikteki anayasa kurallarını incelemeye sevk etti. Bu bakımdan öncelikle asıl sorunun kaynağını teşkil ettiği sebebiyle anayasa değişikliklerine değindik. Bu bölümde değiştirilemez kuralların hukuki niteliğini, türev kurucu iktidar karşısındaki konumlarını inceledik. Bundan sonra da anayasa kuralları arasında kademelenme olup olamayacağı sorusuna yanıt aramaya çalıştık. Çalışmamızın sonuç bölümünde de konunun genel bir değerlendirmesini yaptık.

A. Anayasayı Yapan ve Değiştiren İktidar Olarak Kurucu İktidar

Bir devletin temel siyasal yapısını belirleme iktidarına kurucu iktidar denir.⁶ Kurucu iktidar kendi içinde asli kurucu iktidar ve türev kurucu iktidar olmak üzere ikiye ayrılır. Bir anayasanın yeniden yapılması ya da yeni bir anayasanın yapılması söz konusu olduğunda asli kurucu iktidardan söz edilir. Buna karşılık mevcut anayasanın bazı hükümlerinin değiştirilmesi ya da anayasaya yeni kuralların eklenmesinden bahsediliyorsa türev kurucu iktidardan söz edilir.

1. Asli Kurucu İktidar

Asli kurucu iktidar, bir ülkenin siyasal sisteminde ihtilâl, hükümet darbesi, ülkenin parçalanması ve ülkedeki yabancı işgale son verilerek bağımsızlığın kazanılması gibi, bir hukuk boşluğunun doğması durumunda ortaya çıkan,⁷ pozitif hiçbir hukuk kuralıyla kayıtlı olmaksızın kuralları oluşturan, onlara siyasi niteliğini veren iktidara denir.⁸ Bu bakımdan asli kuruculuk, bir devleti kuran, ona siyasi statüsünü veren bir fonksiyondur.⁹

Pozitif hiçbir kurala bağlı olmaksızın bir devleti yeniden ya da ilk defa kuruyor olması, asli kuruculuğun hukuki niteliğini tartışılır kıl-

⁶ Arsel, İ., Anayasa Hukuku, Demokrasi, İstanbul 1968, s. 243; Özbudun, E., Türk Anayasa Hukuku, Yetkin, Ankara 2003, s. 147, Teziç E., s. 80.

⁷ Özbudun, E., s. 147.

⁸ Kubalı, H. N., Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1971, s. 98.

⁹ Gören, Z., Anayasa Hukukuna Giriş, Barış Yayınları, İzmir 1997, s. 332.

maktadır. Bu bakımdan asli kurucu iktidarın işlemleri anayasa üstü, evrensel, değişmez kuraların var olduğunu savunan doğal hukuk taraftarları ile yetkili organ tarafından konulmamış hiçbir kuralın, kural niteliği arz etmeyeceğini söyleyen, bir hukuk kuralının geçerliliğini daima bir başka hukuk kuralında arayan hukuki pozitivistler arasında tartışmalıdır.

Anayasa hukuku yazınında, kimi yazarlar¹⁰ asli kuruculuğun hukuk dışı olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, fiili iktidarı elinde bulunduran güçlerin yeni anayasayı meydana getirirken müspet hukuk kurallarıyla kayıtlı olmaması, hukuksal bakımdan sınırsız bir yetkiye sahip olması, asli kuruculuğun hukuk dışı, fiili bir durum olduğunu gösterir. Bu fiili durumun söz konusu dönemdeki toplumun değer yargılarını ifade ediyor olması onu hukuki ve meşru kılmaz.¹¹ Hukuki pozitivistlere göre yetkili organ tarafından konulmadığı sürece hiçbir kurala itibar edilemez. Hukuk kuralları insan ürünüdür. İnsan iradesinin somut ürünü olmayan hiçbir şey hukuk kuralı olarak nitelendirilemez. O halde hukuk kuralı olmayan bir şeyle hukuk kuralları arasında kademelenme de ihdas edilemez. İnsan iradesinin ürünü olmayan bu tür varsayımlar hukuk kuralı olarak nitelendirilmedikleri için de anayasa değişikliklerinin ne sınırıdır, ne de değişiklikleri denetleme organının dayanabileceği ölçüttür.¹² Kurallar değiştirilmelerindeki güçlükler göre sınıflandırılır ve söz konusu güçlükler göre kademelendirilir. Doğal hukukçuların bahsettiği varsayımsal kurallar, mevzuu kurallarla aynı usulle konulmadığına göre, onlarla aynı değerde ve derecede değildir. Bu nedenle ne mevzu kurallarla aynı derecede oldukları ne de mevzu kuralların onlara tabi olacağı savunulabilir. Bu noktadan hareketle ne asli kurucu iktidar doğal hukukçuların savunduğu gerekçeyle hukukidir, ne de anayasa değişikliklerinde denetleme organının doğal hukuk görüşünün savları uyarınca hareket

¹⁰ Yayla, Y., Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul 1985, s. 45; Özbudun, E., s. 147.

¹¹ Gören, Z., s. 223.

¹² Yazar bu konuda İtalya ve Avusturya Anayasa Mahkemesi kararlarına gönderme yapmaktadır. İtalya Anayasa Mahkemesinin "...bazı Anayasa hükümlerinin yasa organının ilham alması gereken ilkeler teşkil etmesi bir üstünlük teşkil etmez" şeklindeki yorumuyla, Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin "Anayasa Hükümlerinin daha üstün ilkelere göre denetlenemeyeceğini, zira genel olarak böyle bir denetleme için her hangi bir ölçütün mevcut' olmadığını..." şeklindeki yorumunu örnek olarak göstermektedir. Kıratlı, M., Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, (İtiraz Yolu), Sevinç Matbaası, Ankara 1966, s. 102.

etmesi ve bu doğrultuda denetleme yapması mümkündür. Hukuk kuralının geçerlilik nedeni her zaman başka bir hukuk kuralı olduğuna göre kaynağı hukuk kuralına dayanmayan bir iktidarın da hukuki olduğu söylenemez.¹³

Öğretide diğer bir görüş ise¹⁴ asli kuruculuğun hukuk dışı olduğu kabul etmekte, ancak “*memleket yararı*” gibi ölçütlerin onu hukuki kılabileceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre asli kurucu iktidar kuruculuk fonksiyonunu icra ederken memleket yararına hizmet etmektedir. İşlevin doğurduğu sonuca göre değerlendirme yapan bu görüşe göre, memleket yararına hizmet ettiği için asli kuruculuğun hukukiliği hiçbir zaman tartışma konusu dahi yapılmamalıdır.

Buna karşılık öğretide farklı bir görüş ise,¹⁵ asli kuruculuğun hukuki olduğunu savunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre eski düzenin ihtilâl sonucu ortadan kaldırılması hukuki bir boşluk doğurmaz. İhtilâl, yeni bir düzenin yaratılması durumunu ifade etse de, esasen toplumdaki hukuk inancının değiştiğini gösterir. İhtilâlin anayasa dışında, onu çiğneyerek yapılmış olması onu kanunilikten mahrum kılarsa da hukukilikten mahrum kılmaz. Başarı ile gerçekleşen, kamunun iyiliğini, hukukun egemenliğini hedefleyen asli kuruculuk görünüşte kanunilikten mahrum olsa da aslında hukuki ve ahlakidir, hukuki ve ahlaki olduğu için de meşrudur.¹⁶ Bu görüşe göre, zaman içinde ihtilâlin toplum tarafından benimsenmesi onun hukuki olduğunun en belirgin göstergesidir.

Bizce şekli hukuka uygunluk ile hukuka uygunluk –bir anlamda meşruluk– birbirinden ayrı kavramlardır. Bir olgunun hukuk kuralında öngörülmüş olması, onu tek başına hukuki kılmaya yetmez. Nitekim 18. yüzyılda “*hukukilik = kanunilik*” ilkesi ile taçlandırılan hukuk

¹³ Kelsen, H., General Theory of Law and State, (Eroğul, C., Anayasayı Değiştirme Sorunu, Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi, Sevinç Matbaası, Ankara 1974, s. 23’ten naklen).

¹⁴ Yazar, hukuk dışılığın değer yargısı olmadığını, bir hareketin hukuk dışı olmakla birlikte memleket yararına olabileceğini, bu durumu yansıtan en tipik örneklerin Türkiye’deki 27 Mayıs hareketi ve Fransa’da 1962 yılında yapılan anayasa değişikliği işleminin olduğunu söylemektedir. Eroğul, C, s. 24.

¹⁵ Feyzioğlu, T., Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi, Yabancı Memleketlerde-Türkiye’de, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., Ankara 1951, s. 2.

¹⁶ Kubalı, H. N., s. 99.

devleti kavramı, iki dünya savaşı arasında yaşanan kötü tecrübeler neticesinde yaşama imkânını ancak “*şekli hukuk devleti*” anlayışından “*maddi hukuk devleti*” anlayışına kaçmakta bulmuştur.¹⁷ Bu dönemde yaşanan tecrübe kanunda öngörülen her şeyin hukuki olmadığını, hukuki olmanın kanunda düzenlenmiş olma şartına müsavi tutulamayacağını göstermiştir. Bu veçhile her kanuni olan nasıl hukuki olarak kabul edilemezse, hukuk kuralında öngörülmemiş, düzenlenmemiş olan bir şeyin de yalnız şekli kuralda yer almıyor gerekçesiyle hukuk dışı olduğu söylenemez. Diğer taraftan tarih bize göstermiştir ki kimi durumlarda pozitif kurallara uyulmaksızın hukuki durumlar yaratılabilmiş,¹⁸ bununla birlikte hukuki bir durum, pozitif kuralların uygulanması suretiyle hukuk harici bir hal alabilmiştir.¹⁹ Bu durum anayasa değişiklikleri için de söylenebilir. Öyle ki anayasada yapılan kimi değişiklik şekli hukuka uygun olmakla birlikte anayasayı tamamen ortadan kaldıracak nitelikte olabilir. Yine şekli hukuka aykırı olmakla birlikte anayasada yapılacak kimi değişiklikler hukuka uygun bir durum yaratabilir. Ayrıca değişikliğin anayasanın bir hükmünde ya da tamamında gerçekleşiyor olması önemli değildir. Bazen anayasada yapılacak küçük bir değişiklik bile anayasanın tamamen değiştirilmesi sonucunu doğurabilir.²⁰ Bu sebeple anayasa kurallarının şekli yapısından hareketle ne “*Anayasal Düzeni*”, ne onun ilkelerini ne de bunlar uyarınca korunan “*Cumhuriyetin Özü*”nü anayasanın bir hükmünü veya onu tamamen değiştirmek suretiyle ortadan kaldıracak hiçbir girişim hukuki olarak nitelendirilemez. Bu bakımdan salt şekle uygun olarak ya da uydurularak yapılacak her hangi değişikliği hukuksal olarak nitelemek doğru bir saptamayı ifade etmeyecektir. Bu noktadan hareketle asli kuruculuğun şekli kurallara uygun ya da aykırı hareket etmiş olmasıyla paralel olarak, onun hukuksal ya da hukuk dışı olduğu yönünde bir tespit yerinde bir saptama olamayacaktır. Kanımızca asli kurucu iktidarın anayasa çalışmaları, pozitif bir hukuk kuralına uygunluğu veya aykırılığı yönüyle irdelenemez, asli kurucu iktidarın

¹⁷ Çavuşoğlu, N., Anayasa Notları, Beta, İstanbul 1997, s. 21.

¹⁸ Gerek 1923, gerekse 1960 devrimlerinin kanuni olduğu söylenememekle birlikte bunların hukuki olduğu konusunda tereddüt dahi edilemez.

¹⁹ Almanya’da Nazi Partisi’nin iktidara gelişi kanunun öngördüğü usule uygun olması yönüyle kanunidir, ancak onun hukukiliği hayli tartışmalıdır.

²⁰ Örneğin şekli hukukun ön gördüğü usule uyarak İslam’ın resmi din olduğuna ilişkin bir maddenin anayasaya eklenmesi anayasanın tamamen değiştirilmesi sonucunu doğuracak nitelikte bir değişikliktir. Kubalı, H. N., s. 104.

hukukiliği ancak ve ancak hukuka uygun davranıp davranmadığı yönüyle tartışılabilir. Bu anlamda hukukiliğin ölçütü ise maddi varlığı olmayan, evrensel, değişmez ve anayasa üstü kurallar olacaktır.

Bu nedenle asli kuruculuğun hukukiliği sorunu salt şekli kritere göre çözümlenebilecek bir sorun değildir. Nitekim doğal hukuk görüşünü benimsemiş yazarlar anayasa üstü kuralların var olduğunu savunmaktadır.²¹ Örneğin Soysal Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında belli bir sonuca varırken "*hukukun temel ilkeleri*"ne dayandığını ve böylece pozitivizmden uzaklaştığını, anayasaya uygunluğun yargısal denetimini kabul eden sistemlerde pozitivizmden uzaklaşma eğiliminin kendiliğinden güç kazanmasının da normal olduğunu söylemektedir.²²

Yine Azrak, Anayasa Mahkemesi'nin denetim yaparken "*anayasa normları ve onun üstünde yer alan yüksek hukuk prensipleriyle anayasa geleneğine (teamül)*" bağlı olduğunu, anayasada açıklık düzenleme olmadığı durumlarda, yazılı olmayan üstün hukuk kurallarına aykırı bir kanunun denetlenmesinin reddedilmesinin anayasa koyucunun amacına aykırı olduğundan tereddüt edilemeyeceğini belirtmiştir. Yazara göre sosyal adalet, insan onuruna saygı gibi üstün hukuk ilkeleri açıkça yazılı olmasalar bile anayasanın gerek ruhundan gerekse başlangıç kısmından çıkarılabilir.²³

Armağan, anayasada açıkça ifade edilmiş olmasa da, anayasaya uygunluk denetiminde anayasanın üstünde yer alan bir takım ilkelere var olduğunu, yalnız anayasada ayrıntılı bir biçimde düzenlenen hükümlerin değil, demokrasi, hukuk devleti, merkezden yönetim gibi temel ilkelerin de anayasaya uygunluk denetiminin ölçütü olacağını söylemektedir.²⁴

Bu noktadan hareketle kanımızca asli kuruculuğun hukuki olup olmadığı, şekli kural ölçütünü aşan, ondan daha geniş bir ölçüt olduğunu düşündüğümüz "*hukuksal ölçüte*" tabi bir konudur.

²¹ Cansel, E., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 2, 1990, s. 18.

²² Soysal, M., Dinamik Anayasa Anlayışı, Anayasa Diyalektiği Üzerine bir Deneme, Ankara 1969, s. 102.

²³ Azrak, A. Ü., Türk Anayasa Mahkemesi, İ.Ü.H.F.M., İstanbul 1963, c. 28, s. 673.

²⁴ Armağan, S., Anayasa Mahkememizdeki Kazai Murakabe Sistemi, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967, s. 121.

Gördüğümüz gibi asli kurucu iktidarın işlemlerinin niteliği, ancak ve ancak doğal hukuk görüşü ile hukuki pozitivistlerin arasındaki görüş ayrılığından kaynaklanan çatışmaya ilişkindir. Bundan dolayıdır ki öğretide anayasada değişiklik yapılması asli kuruculuktan ziyade türev kuruculukla ilgili bir konu olarak, anayasanın tamamen değiştirilmesi ya da yeni bir anayasa yapılması ise asli kuruculukla birlikte anılmaktadır.²⁵

2. Türev Kurucu İktidar

Anayasalar değiştirilemez, mutlak, ezeli kurallar değildir. Değişken/devingen bir alanı, düzenleyen kurallar bütünü olarak anayasa, toplumsal/sosyal gelişmeleri içinde barındırmalı, ait olduğu topluma ilişkin değişme ve gelişmelere koşut bir biçimde onu takip etmelidir. Anayasanın devingen bir alana dair oluşu bir bakıma onun değiştirilebilir olma yönünü ifade eder. Bu noktadan hareketle, zaman ve uzam içerisinde sosyal hayattaki gelişmelere paralel olarak anayasalarda da değişiklikler yapmak bir gereklilik olarak tebarüz eder. Bu durum anayasayı yapan, ona siyasi ve hukuki statüsünü veren asli kurucu iktidar tarafından göz önünde bulundurulmuştur. Bu nedenle asli kurucu iktidar genellikle anayasanın nasıl değiştirileceğini, bu değişikliklerin kim tarafından gerçekleştirileceğini düzenlemiştir.

Peki, madem anayasalar değişken bir alanı düzenlemekte ve onunla paralellik arz etmesi gerekmektedir, söz konusu değişiklikler neye göre ve kim tarafından yapılacaktır? Mademki hemen her anayasa, kurallarının nasıl değiştirileceğini içinde barındırmakta ya da Özbudun'un tabiriyle, mutlak sert anayasalardan mutlak yumuşak anayasalara kadar her tür anayasa, bünyesinde değiştirilmelerine ilişkin hükümler ihtiva etmekte, ve bu hükümler uyarınca sınırsız çözüm yolu bulunabilir, değişiklik yapma bir gereklilik olarak belirlediğinde söz konusu değişiklikleri kim, neye göre yapılacaktır? Başka bir açıdan değişiklikleri yapacak organın hukuki niteliği nedir?

²⁵ Ancak yeri gelmişken belirtmek gerekir. Türev kurucu iktidarın anayasanın temel kurallarını değiştirmek suretiyle ya da değiştirme usulünü değiştirmek suretiyle anayasayı tamamen değiştirerek asli kuruculuk fonksiyonu icra edip edemeyeceği öğretide tartışmalı bir konudur.

Anayasa hukuku yazınında anayasa değişikliği, türev kuruculukla müsemma tutulmaktadır. Bu bakımdan anayasaların değiştirilmesi söz konusu olduğunda türev kurucu iktidardan söz edilir. Anayasada değişiklik yapma fonksiyonu beraberinde bazı sorunları getirmektedir. Şöyle ki;

Asli kuruculuk fonksiyonunda ortada uyulması gereken pozitif hukuk kuralının olmaması onun hukukiliği üzerinde tartışmaları beraberinde getirmiştir. Buna karşı türev kurucu iktidarın kurulmuş bir organ olması ve dolayısıyla kendinden önce konulmuş hukuk kurallarıyla kayıtlı olması onun hukukiliğini tartışılmaz kılmaktadır.²⁶ Gerek hukuki pozitivistler gerek doğal hukukçular türev kuruculuğun hukuki olduğu konusunda görüş birliği içindedir. Gerçi bir takım pozitivist hukukçular asli kurucunun bir süre iktidarda kalması durumunda ve kendi koyduğu kurallarla kayıtlı hareket etmesi durumunda onunda türev kurucu iktidara dönüşeceğini, dolayısıyla hukuki olacağını savunmaktadır.²⁷ Yine yukarıda da belirtildiği üzere memleket yararı ölçütü ile kimi asli kuruculuk fonksiyonunun hukuki olduğu söylenmektedir. Buna ilişkin tartışmalar bir tarafa son tahlilde türev kurucu iktidar anayasa hükümlerini yine anayasa hükümleri uyarınca değiştirebilme yetkisini haiz, hukukiliği konusunda öğretide mutabakat sağlanmış olan kurulmuş bir iktidardır. Onu işleviyle özetlemek gerekirse, türev kuruculuk, anayasada değişiklik yapma fonksiyonudur.²⁸

Anayasayı değiştirme, –türev kuruculuğun niteliğine uygun olan tabirle, anayasada değişiklik yapma– söz konusu olduğunda akla çeşitli sorular gelmektedir. Türev kurucu iktidar anayasa değişikliğine ilişkin yetkisini nereden almaktadır? Yetkisinin her hangi sınırı var mıdır? Varsa bu sınırlar nelerdir? Yoksa niçin? Türev kurucu iktidar yetkisini genişletebilir mi genişletemez mi? Asli kurucu iktidarın anayasa üzerindeki etkisi ya da iradesi ne zamana kadar devam edecektir?

Konuyla ilgili daha birçok soru sorulabilir ve yine soruların yoğunluğuna bağlı olarak birçok yanıt verilebilir. Biz bundan sonraki başlık altında öğretide tartışma konusu olan belli başlı soruları ele ala-

²⁶ Türev kuruculuğun hukukiliğini bir yazar şöyle dile getirmektedir “Kurucu yetki anayasayı yapma değil sadece değiştirme yetkisidir.” Burdeau, G., *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965 (Eroğul C., s. l’den naklen).

²⁷ Eroğul, C., s. 27.

²⁸ Kubalı, H. N., s. 96; Teziç, E., s. 168; Gören Z., s. 333.

cak bu minvalde özellikle de türev kurucu iktidarın anayasanın değişmez maddelerini değiştirmek suretiyle anayasa değişikliği yapıp yapamayacağı sorusuna yanıt arayacağız.

B. Türev Kurucu İktidar ve Değiştirilemez Kurallar Karşısındaki Konumu

Daha önce de değindiğimiz gibi anayasalar mutlak değişmez kurallar bütünü değildir. Uzun yıllar önce saygın bir düşünürün belirttiği “*değişmeyen tek şey değişmektir*” şeklinde doğa gerçekliğini yansıtan belirlemede olduğu gibi anayasalar da değişmeyen ‘*değişme*’ kuralına tâbidir. Doğa gerçekliğinden hukuki gerçekliğe dönecek olursak (ki o da doğa gerçekliğinin bir parçasıdır) anayasa da bir kanundur ve zaman içinde her kanun gibi o da değiştirilebilir. Teziç’in de belirttiği gibi siyasi açıdan anayasa, devlet teşkilatını birey haklarını, belli bir dönemin mevcut siyasal ve sosyal verilerine bağlı olarak saptamaktadır. Bu veriler zamana göre değişeceğine göre anayasaların da zaman içinde değişimleri muhtemeldir.²⁹

Bu doğal gerçeklik karşısında asli kurucu iktidar, anayasada değişiklikler yapılabileceğini öngörmüş, buna bağlı olarak da kurallarının nasıl değiştirileceğini kendisi düzenlemiştir. Ancak asli kurucu iktidar bu belirlemeleri yaparken, bazı hükümleri kurduğu rejimin özü saymış, bu sebeple onlara değiştirilemezlik payesi yüklemiştir.

O halde akla şu soru gelmektedir. Anayasa oluşturulmasından itibaren değişiklikleri kabul etmekte ve bu değişikliğin nasıl yapılacağını kendisi göstermektedir. Söz konusu usule göre de değişiklik yapma yetkisi türev kurucu iktidara verilmektedir. Değişiklik yapmaya ilişkin yetki, değiştirilemez madde ile karşılaştığında ortaya ne gibi bir sonuç çıkacaktır. Türev kurucu iktidar bir dönemde böyle bir yasakla karşılaştığında nasıl hareket edecektir?

Şüphesiz bu sorunun yanıtlanması öncelikle değiştirilmeleri yasaklanmış olan anayasa maddelerinin hukuki niteliklerinin belirlenmesini zorunlu kılar.

²⁹ Yayla, Y., s. 57; Teziç, E., s. 167.

1. Asli Kurucu İktidarın Anayasada Yapılacak Değişikliklere Getirdiği Açık Yasakların Hukuki Değeri Nedir?

Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası'nda, asli kurucu iktidar bazı konuların türev kurucu iktidar tarafından değiştirilemeyeceğini açıkça belirtmiştir. Buna göre (m. 4) devlet şeklinin cumhuriyet oluşu (m. 1), ve nitelikleri (m. 2), devletin tek yapılı oluşu, resmi dili, bayrağı, milli marşı ve başkentinin Ankara oluşu değiştirilemez (m. 3).³⁰

Öğretide bazı yazarlar,³¹ anayasadaki bu hükümlerin hukuki açıdan bir değerinin olmadığını söylemektedir. Onlara göre belirli bir dönemin kurucu iktidarı, geleceğin kurucu iktidarından üstün olmaz. Anayasada belirtilen bu tür yasaklar birer siyasi temennidir. Bu tür siyasi temennilerin hukuki hiçbir bağlayıcılığı olamaz. Yine onlara göre anayasada değişiklik yapma usulünü belirleyen kurala uyararak, önce yasaklayıcı maddeyi yürürlükten kaldırıp daha sonra da değiştirilmesi yasak olan konuları yeniden düzenlemek her zaman mümkündür.³² Özetle, bu görüşü savunanlara göre anayasanın değiştirilemez hükümleri hukuki bağlayıcılığı olmayan siyasi birer temennidir.

Buna karşılık bazı yazarlar,³³ değiştirilmesi yasak olan maddelerin anayasanın özünü, hatta ruhunu teşkil ettiğini söylemektedir. Onlara göre Türkiye Cumhuriyeti'ni demokratik bir hukuk devleti olmaktan

³⁰ Anayasanın bu açık hükmüne karşılık öğretide bazı yazarlar "soyutlanamama" gibi gerekçelerle açık hükmün kapsamını genişletmekte, birlikte yorumlanacağı gerekçesiyle 4.maddede sayılmayan bazı maddeleri de değiştirilemeyecek maddeler sınıfına dâhil etmektedir. Örneğin Teziç, "(...3. maddedeki "Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür" kuralı nedeniyle 6. maddedeki "Egemenlik kayıtsız şartsız Milletindir" maddesi, birbirinden soyutlanamayacakları için değiştirilemeyecek hükümlerdendir)" demek suretiyle bu görüşünü dile getirmektedir. Bkz. Teziç, E., s. 168.

³¹ Burdeau, G., s. 84; Laferrière, J., Manuel de Droit Constitutionnel, s. 289 (Hocaoğlu A. Ş. / Ocakçioğlu, İ., Anayasa ve Anayasa Mahkemesi, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1971, s. 158'den naklen); Eroğul C., s.10.

³² Yazar 1961 Anayasası'nda ki (m.9) hükme işaretli bu yorumu yapmaktadır. Azrak, A. Ü., s. 679-680 kanımızca yazar burada konuya pür hukuksal bakımdan yaklaşmaktadır. Ancak bunu yaparken de hukuku teçhizatsız bir biçimde ceberut siyaset sahnesinde yalnız bıraktığını düşünmekteyim. Yazarın siyaset ve hukuku birbirinden ayırıştırma idealini anlamıyor değilim. Ancak şunu göz ardı etmemek gerekir; hukukun siyasete karışması ile siyasetin hukuka karışması farklı şeylerdir. Sakıncalı olan birincisi değil ikincisidir. Bu bakımdan yasaklayıcı madde kendi ilgasını yasaklamış olmasa dahi, onun da yasaklayıcı madde kapsamında düşünmek gerektir.

³³ Kubalı, H. N., s. 95.

çıkaracak, değişikliklerin yapılmasını engelleyen hukuksal güvencelerin ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak anayasa değişikliği yapılamaz.³⁴ Değişikliği yasaklayan hükümlerin hukuksal niteliği, hukuken bağlayıcı olan ve uyulmaması durumunda “iptal”³⁵ sonucunu doğuracak kurallardır.

Kanımızca ikinci görüş daha doğrudur. Çünkü Herzog’un da dediği gibi asli kurucu iktidar söz konusu hükümlere değiştirilemezlik payesi yükleyerek onlara diğerlerine nazaran daha fazla önem verdiğini göstermiştir.³⁶ Anayasayı ve anayasal düzeni korumakla görevli (ki değiştirilemez maddeler onun ruhunu oluşturur) bir mahkeme teşekkül edilmiştir.³⁷ Yine bazı pozitivist hukukçuların dediği gibi şayet kurallar konuluştaki ve değiştirilmelerindeki güçlüğü göre kademelendiriliyorsa kanun koyucunun değiştirme yasağı koyarak onları diğer kurallardan daha üst bir konuma yerleştirmiş olduğu anlamına gelecektir. Bu hükümlerin anayasal rejimin özünü oluşturduğu ise tartışmasızdır. Bir kurumun özünü inkâr edip ilkelerini ikbal etmek mümkün değildir. Başka bir ifade ile alelade anayasa hükümlerinin hukuki bağlayıcılığı kabul edilip (örn: değiştirme usulü ve yetkisi), onlara nazaran daha büyük önemi haiz hükümleri siyasi birer temenni olarak nitelemek yerinde bir tespit olamaz. Zira pozitivistlerin savunduğu gerekçeye dayanacak olursak değiştirme usulünü gösteren alelade kural değiştirilemez maddelerle karşılaştığında etkisiz kalacaktır, kalmalıdır.

Yine birinci görüş, anayasada değişiklik yapma usulünü belirleyen kurala uyarak, önce yasaklayıcı maddeyi yürürlükten kaldırıp daha sonra da değiştirilmesi yasak olan konulan yeniden düzenlemek suretiyle değiştirilemez maddelerin değiştirilebileceğini savunmaktadır.³⁸

³⁴ Yayla, Y., Anayasa Mahkemesine göre Cumhuriyetin Özü, Hıfzı Timur’un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 1040.

³⁵ Öğretideki bir görüşe göre burada söz konusu olan sonuç “ne yokluktur nede iptal”, ancak, “yokluk benzeri iptal” dir. Bkz. Yayla, Y., ...Cumhuriyetin Özü, s. 990 Bizce, yazar bu tespitinde hiç de haksız değildir. Öğretideki diğer bir görüşe göre ise, söz konusu sonuç “yokluk” olmalıdır. Bkz. Özden’in karşı oy gerekçesi E. 1987/9, K. 1987/15, k.t. 18.06.1987, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTA-LITIRAZ/K1987/K1987-15.htm>, (e.t. 05.06.2007).

³⁶ Herzog, R., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, çev.: Ümit Özdağ, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 3, 1990, s. 16.

³⁷ Azrak. A.Ü., s. 651.

³⁸ Bkz. 31 ve 32 no’lu dip not.

Kanımızca bu görüşte isabetli değildir. Çünkü değiştirilme yasağını içeren maddenin değiştirilmesi, anayasanın değiştirilebilir maddelerinin değiştirilmesinden hayli farklıdır. Böyle bir değişiklik anayasanın esas otoritesini değiştirmek sonucunu doğurur.³⁹ Örneğin her ne kadar anayasanın 4. maddesi lâfzen kendisini değiştirilemez hükümler arasında saymasa da ruhen kendi değişikliğini de yasakladığını söylemek mümkündür. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında belirttiği gibi,

"...anayasa değişikliklerine ilişkin teklifler her şeyden önce anayasanın başlangıç bölümü ile 1. ve 2. maddelerinde yer almış bulunan ilkelere en küçük bir sapmayı veya değişikliği öngöremezler. Değişikliğin sözü geçen ilkelere tümünü veya her hangi birini hedef almış olması arasında fark yoktur. Kapsam ne olursa olsun, bu konulardaki bütün değişiklikler bu yasağın içindedir."

4. madde esas olarak değiştirilemez maddeleri korumaktadır. Bu bakımdan 4. maddeye ilişkin değişiklik teklifleri, değiştirilmez maddelerin değiştirilmelerine olanak sağlayacak bir ortamı yaratma girişimidir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi'nin 1977 yılında yaptığı yorumu 4. maddeyi de kapsar biçimde yorumlamak gerekir. Daha öncede değindiğimiz gibi şekli kurallara pür hukuksal ya da saf mantıksal ölçütlerle yaklaşp, onların uygulanabilirliğini ortadan kaldıracak (bir yönüyle hükmün dolanılması, ya da hileyle) bir yol benimsenmemelidir. Şayet böyle bir yol benimsenirse o zaman Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda andığımız kararı doğrultusunda hareket etmesinin hiç bir sakınca yoktur, olamazda. Eğer bir dönemin iktidarı çoğunluk düşüncesi, demokrasi gibi gerekçelerle böyle bir girişimde bulunursa, Anayasa Mahkemesi'nin de yetki sınırlarını belirleyen sınırlayıcı hükümleri çoğunculuk, demokrasi adına ve rejimin koruyucusu sıfatıyla dolaşması, söz konusu değişiklikleri iptal etmesi gerekir ve ondan bu davranış beklenir.

³⁹ Örneğin, A.B.D. Yüce Mahkemesi, (Supreme Cort) yalnız anayasanın lafzına uygunluk denetimi değil, gerektiğinde anayasanın ruhuna uygunluk denetimi yapmakta, kanunları ve anayasa değişikliklerini anayasanın ruhuna aykırı bulursa sırf bu gerekçeyle iptal edebilmektedir. Belge, M., anayasanın "Ruhu", *Radikal Gazetesi*, (t. 15.07.2007).

2. Türev Kurucu İktidar Anayasayı Bütünüyle Değiştirebilir mi?

Öğretide bazı yazarlar bu soruya olumlu yanıt vermektedir.⁴⁰ Söz konusu yazarlar türev kurucu iktidarın anayasayı tamamen değiştirmesine bir engel tanımamaktadır. Onlara göre, bir dönemin kurucu iktidarının gelecekteki kurucu iktidarı sınırlaması ya da bir öncekinin bir sonrakine üstünlüğü kabul edilebilecek bir şey değildir. Anayasanın değiştirilmesi zorunluluk icabı olabilir. Bu zorunluluğun engellenmesi, anayasal düzenin zor kullanılarak değiştirilmesine imkân tanımak olacaktır. Anayasal istikrarın sağlanabilmesi anayasanın zor kullanılarak değiştirilmesiyle değil, gerektiğinde değişiklik yapılabilecek düzenlemeyi getirmekle mümkündür.⁴¹ Anayasanın değişmesini istememek onu dondurmak, ihtilâlden başka çıkar yol bırakmamak, onun giderek sürekli olabilmesini engellemekten başka bir anlama gelmemektedir.⁴²

Buna karşı, öğretide bazı yazarlar⁴³ türev kurucu iktidarın anayasayı tamamen değiştirmeye muktedir yetkisinin olamayacağını söylemektedir. Anayasanın temel ilkeleri değiştirildiğinde anayasal düzen tamamen ortadan kalkmış sayılacağı için⁴⁴ yürürlükteki anayasa ile öngörülmüş olan değiştirebilme yetkisi, kimseye anayasayı ilga etme yetkisi tanımaz. Gerek hile, gerek hükmün dolanılması suretiyle, her ne şekilde olursa olsun değiştirme yetkisine dayanarak yapılacak bu tür işlem anayasaya karşı hile yapmayı ifade edecektir.⁴⁵ Böyle bir girişimin sonucu ise yaşanmış birçok tecrübeyle sabittir. Örneğin; anayasaya karşı hile yaparak anayasayı değiştiren Mussolini, 1925 yılından itibaren yürürlüğe koyduğu kanunlarla rejimin özünü değiştirmiş, Hitler'in 1933-1934 tarihli kanunlarla Weimar Anayasası'nı değiştirerek bambaşka bir anayasa düzeni oluşturmuştur.⁴⁶

Kanımızca ikinci görüş daha isabetlidir. Türk siyasal tarihinden örnek verecek olursak, 1950-1960 yılları arasında çoğunluğun oyuyla ikti-

⁴⁰ Gözler, K., s. 166.

⁴¹ Teziç, E., s. 172.

⁴² Yayla, Y., ...Ders Notları, s. 48.

⁴³ Arsel, İ., s. 244; Kubalı, H. N., s. 95.

⁴⁴ Kubalı, H. N., s.103; Kıratlı, M., s. 103.

⁴⁵ Tikveş, Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, Ege Üniversitesi Matbaası, İzmir 1976, s. 327.

⁴⁶ Kaboğlu İ. Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005; Çavuşoğlu, N., s. 34.

darı ele geçiren Demokrat Parti bu çoğunluğu ileri sürerek yaptığı key-fî ve hukuk devletini ihlal eden işlemleriyle Türkiye Cumhuriyeti'nin anayasal rejimini değiştirmeye kalkmış, mutlakıyetçi/demokrat tavrıyla onun altını oyma yoluna gitmiştir. Çoğunluğun kararının hukuk olduğunu benimseyen bir fikri yapıyla bir dönemin iktidarına bu tür sınırsız yetkileri tanımak hukukun kendi kendini ilga etmesine imkan tanımak anlamına gelecektir. Oysa hiçbir düzen kendisinin ilga edileceği bir durumu öngörmez. Hele bu düzen adaleti tesis etmeyi şiar edinmiş, hukuku gerçekleştirme emeliyle teçhiz edilmiş bir düzense, hukukun bertaraf edilmesini ifade edecek bir eyleyişe hiç müsaade edemez. Zira aksini kabul etmek hukukun hukuk kurallarıyla, gerek demokrasinin demokrasi/hukuk kurallarıyla ortadan kaldırmasına imkan tanımak olacaktır. Bu açıdan Haefliger'in deyimiyle, anayasada değişiklik yapmak söz konusu olduğunda, değişiklik demokratik devlet düzenini, kişi hürriyetinin özünü zedeliyorsa bu tür bir değişiklik engellenmelidir.⁴⁷

Bir başka açıdan kamu hukuku tekniğinde tecrübeler ışığında icat edilmiş genel bir kural vardır; usul ve yetkide paralellik. Bu ilkeye göre, bir hukuki işlem yapılırken hangi usul ve yetki kurallarına uyulmuşsa, o işlemi değiştiren, kaldıran bir işlem de aynı usulle ve aynı makam tarafından yapılır. Yine bir yetkiyi kullanan makam bu yetkiyi kaldıramadığı gibi, bunun sınırlarını da genişletemez. İlk bakışta kamu hukukunun özel bir alanında (idare hukuku) yerleşmiş bir ilkenin başka bir alana (anayasa hukuku) uygulanamayacağı itirazında bulunulabilir. Söz konusu itiraz ilk bakışta haklı olarak algılansa bile hukukun bir alanında keşfedilmiş bir ilkenin ona uygun olan başka bir alanda uygulanamayacağı söylenemez.⁴⁸

Daha önce de aktardığımız üzere, türev kurucu iktidar deyince akla anayasada değişiklik yapma fonksiyonu gelir. Türev kurucu iktidar anayasal düzenin öngördüğü kurallara göre iktidara gelmesi

⁴⁷ Haefliger, A., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Ümit Özdağ, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 3, 1990, s. 270.

⁴⁸ Ayrıca anayasa hukuk ile idare hukukunun hangi noktada birbirinden ayrıldığı da net olarak saptanılabilmiş değildir. Nitekim Alman öğretisinde yaygın olarak benimsenen "idare hukuku anayasa hukukuyla bir bütündür ve hatta onun somut yönüdür" şeklindeki düşünce bizim bu konudaki savımızı destekler niteliktedir. Bu açıdan söz konusu ilkenin burada uygulanmasının hiç bir sakıncası olmadığını, bilakis uygun olduğunu düşünmekteyim.

yönüyle kurulmuş bir organdır. Kurulmuş bir organ olması yönüyle, anayasada değişiklik yapma yetkisi dâhil tüm yetki ve görevlerini kendisinden değil, mevcut hukuk düzeninden yani mevcut anayasadan alır. Bu sebeple türev kurucu iktidar, ancak asli kurucu iktidar tarafından konulan anayasal yetkileri kullanabilir. Bu bakımdan asli kurucu iktidarın türev kurucu iktidara tanıdığı yetkinin kapsamı değiştirilemez maddeler ve mevcut düzenin özü ile sınırlıdır. Asli kurucu iktidar anayasadaki kimi maddelere değiştirilemezlik payesi yükleyerek türev kurucu iktidarın yetki sınırını belirlemiştir. Buna göre türev kurucu iktidarın yetkisi anayasayı, “*Anayasal Düzeni*” değiştirmek değil, çağın gereklerine uygun olarak anayasada değişiklikler yapmak, değişen şartlara uyarlayarak onun sürekliliğini sağlamak şeklindedir. Bu yönüyle türev kurucu iktidar yetkilendirilmiş bir organdır. Türev kurucu iktidar verilmiş yetkiyi kullanan organ olarak, söz konusu yetkiyi kaldıramadığı gibi onu genişletmesi de mümkün değildir. Yetkisini kuruluşundaki mevcut anayasa kurallarından almasından hareketle, onu bir organ olarak nitelemek nasıl yanlış bir saptama olmayacaksa, idare hukuku kurumu olan yetkide ve usulde paralellik ilkesi uyarınca onun yetki yaratmaya yetkili (die Kompetenzkompetenz) bir organ olmadığını söylemek de yanlış bir saptama olmayacaktır. Ayrıca yukarıdaki örneklerde görüldüğü gibi türev kurucu iktidarın bir an bile bu yetkiye sahip olması ya da anayasaya karşı hile ile kendisine tanınan bu yetkiyi aşması hazin sonuçları beraberinde getirebileceğini göstermektedir.

C. Anayasa Değişikliklerinin Denetimi

Katı anayasa sistemini benimsemiş olan Türk anayasaları değiştiremez maddeleri içermeleri yanında, anayasada değişiklikler yapılabilmesini ön görmüş, bunun usullerini de belirlemiştir. Bununla birlikte 1924 ve 1961 anayasaları söz konusu usullere uyulmaması durumunda anayasa değişikliklerinin nasıl denetleneceğini düzenlememişlerdir.⁴⁹

Anayasa değişikliklerinin nasıl denetleneceği sorunu ilk defa 1961 anayasasının milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen 68. madde-

⁴⁹ Esasen 1961 Anayasası’nın ilk halinde böyle bir düzenleme yoktur. 1971 yılında yapılan değişiklik ile anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetleneceği hükmü anayasaya eklenilmiştir.

sinin 1188 sayılı kanunla değiştirilmesi sonucu gündeme gelmiştir. Söz konusu değişiklik, Anayasa Mahkemesi'nin önüne geldiğinde, Anayasa Mahkemesi değişiklikleri, hem şekli hem esas bakımından denetleyebileceğine karar vermiştir.⁵⁰ Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı iki açıdan önemlidir. Bunlardan birincisi, bu dönemde anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebileceğine dair anayasada her hangi bir hüküm olmamasına rağmen Anayasa Mahkemesi'nin kendini bu konuda yetkili görmüş olması ve anayasa değişikliklerini bu minvalde denetlemiş olmasıdır. Kararın ikinci önemli tarafı, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerini esasa ilişkin olarak da denetleyebileceğine karara vermiş olmasıdır. Kanımızca Anayasa Mahkemesi'nin bu tutumu yerindedir. Çünkü kanun koyucu kendisine tanınmış olan sınırları aştığında ve anayasayı ihlal ettiği durumlarda, Anayasa Mahkemesi'nin yetki alanına giren bir sorun var demektir. Çünkü Anayasa Mahkemesi her şeyden önce anayasa ve anayasal düzenin koruyucusudur. Nitekim Anayasa Mahkemesi Üyelerinin göreve başlamadan önce yaptıkları yemin de bize böyle olduğunu göstermektedir.⁵¹

Anayasa Mahkemesi'nin bu tutumuna tepki olarak yasama organı, 1971 yılında yaptığı geniş kapsamlı değişiklikle Anayasa Mahkemesi'nin yetkisini kısıtlama yoluna gitmiştir. 1488 sayılı kanunla gerçekleştirilen bu değişiklikle anayasanın 147. maddesi şu şekli almıştır. *"Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüklerinin anayasaya, anayasa değişikliklerinin de anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler."*

Anayasa Mahkemesi bu düzenleme karşısında anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleyemeyeceğini kabul etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi bundan sonraki kararlarında şekil denetimini yorumlamak suretiyle kapsamını geniş tutmuş, birçok kararı bu yorumlama yöntemi sayesinde iptal etmiştir.⁵²

⁵⁰ E. 1970/1, K. 1970/31 k.t. 16.06.1970, R.G., 07.06.1971/13858.

⁵¹ Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 7/2 şöyle demektir. *"Türk milleti tarafından demokrasiye aşık Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi olunan Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nı koruyacağıma; görevimi doğruluk, tarafsızlık ve hakka saygı duygusu içinde, sadece vicdanımın emrine uyarak yapacağıma, namusum ve şerefim üzerine ant içerim."*

⁵² E. 1973/19, K. 1975/87 k.t. 15.04.1975, R.G., 26.02.1976/15511; E. 1975/167, K. 1976/19 k.t. 23.03.1976 <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR7IPTA-LITIRAZ/K1976/K1976-19.HTM> (e.t. 20.04.2007).

1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi'nin bu yorumuna tepki olarak, anayasa değişikliklerini denetleme sınırını açıkça düzenleme yoluna gitmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerini yalnız şekil bakımından denetleyebileceği hüküm altına alınmıştır. Son düzenlemeye göre değişikliklerinin, teklif yasağı, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşme yasağı kapsamında denetlenebileceğine karar verilmiştir (m. 148). Yine buna bağlı olarak, iptal kararı verilebilmesini zorlamak adına üçte ikilik çoğunluk şartı getirilmiş (m. 149/1),⁵³ ancak bu oran 2001 yılında yapılan değişiklik ile beşte üçe düşürülmüştür.

Bu hüküm karşısında Anayasa Mahkemesi artık anayasa değişikliklerini yalnız şekil bakımdan denetlemekte, bu denetimi yaparken de yukarıda söylediğimiz sınırlar dâhilinde hareket etmektedir.⁵⁴ Artık yorumlamak suretiyle yetkisini genişleten içtihadından vazgeçmiş, vazgeçirilmiştir. Anayasa Mahkemesi 1987 yılında verdiği bir kararında durumu şu şekilde özetlemiş ve yetkisizlik kararı vermiştir.

“Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini belirleyen anayasanın 148. maddesinde, anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların esas bakımdan denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimini de; teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutmuştur. İptal istemi bu sınırlı sebeplerin her hangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın incelenmesine olanak yoktur.”

Gördüğümüz gibi anayasa değişiklikleri 1970 yılından bu yana, denetiminin kapsamı değişse de Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmektedir.

⁵³ 1982 Anayasası, bu kısıtlamayı getirmiş olmakla birlikte 1961 Anayasası döneminde anayasa mahkemesinin niçin şekil denetimi altında esas denetimi yaptığı gerçeğine eğilmiş, bu sebeple Cumhuriyetin ilkelerini de değiştirilmezlik kapsamına almıştır. 1961 Anayasası ise yalnız Cumhuriyet şeklini değiştirilemez olarak hükme bağlamıştı. Bu nedenle 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi genellikle Cumhuriyetin ilkelerini de değiştirilemez madde kapsamına almak için genişletici yorum yapmıştır.

⁵⁴ E. 1987/9, K. 1987/15, k.t. 16.06.1987, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1987/K1987-15.htm> (e.t. 23.03.2008).

D. Anayasa Değişikliklerinin Denetimi Şekle mi Esasa mı İlişkindir?

Bu sorumuzun yanıtını yukarıda (anayasa değişikliklerinin denetimi başlığı altında) kısmen vermiş bulunuyoruz. Özetleyecek olursak; 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi değişiklikleri hem şekil hem esas bakımından denetlemiştir. 1971 yılında anayasada yapılan köklü değişiklik ile Anayasa Mahkemesi'nin değişiklikleri esas bakımından denetleme imkânı kaldırılmıştır. Ancak şekil denetiminin kapsamı belirlenmediği için, Anayasa Mahkemesi değişiklikleri, şekil denetimi adı altında esas denetimi şeklinde yapmaya devam etmiştir.⁵⁵ Son olarak 1982 Anayasası, şekil denetiminin kapsamını belirlemek suretiyle tartışmaya son noktayı koymuş, buna göre artık Anayasa Mahkemesi değişiklikleri, 148. ve 149. maddelerdeki kısıtlamalarla yalnız şekil bakımından yapmaktadır.

Anayasa hükmünde ve buna bağlı olarak Anayasa Mahkemesi içtiğinde durum böyle olmakla birlikte konu öğretide tartışmalıdır. Öğretide, anayasa hükmüne bağlı olarak Anayasa Mahkemesi'nin değişiklikleri ancak şekil bakımından denetlenebileceğini ifade eden son kararını doğru bulanlar var olduğu gibi, gerektiğinde Anayasa Mahkemesi'nin esasa ilişkin denetim yapmasını savunanlarda mevcuttur.⁵⁶

Yukarıdaki çekişmeli durumdan da anlaşılacağı gibi anayasa değişikliklerinin denetimi şekil ve esas olmak üzere iki şekilde yapılmaktadır. Ancak her iki denetim de nihayetinde anayasaya uygunluk bakımından yapılmaktadır.⁵⁷

Kanunların yürürlüğe girmeleri belirli şekil kurallarına uygun olarak kabul edilmelerine bağlıdır. Anayasa değişiklikleri biçimsel olarak kanundur.⁵⁸ Bu bakımdan onların da kabul edilip yürürlüğe girebil-

⁵⁵ Özellikle 1973 yılında Anayasa Mahkemesi Devlet Güvenlik Mahkemeleri ile ilgili kararında “değiştirilmesi teklif dahi edilemez” hükmünü şekil denetiminde ölçüt olarak kabul etmiştir.

⁵⁶ Azrak, A.Ü., s. 673; Cansel, E., s. 20.

⁵⁷ Gerçi öğretide bu konu tartışmalıdır. “Anayasallık Bloku’nu” savunan görüş, denetimin yalnız anayasaya uygunluk bakımından olmadığını, anayasadan başka “ölçüt normların (kuralların)” da var olduğunu söylemektedir. Yüzbaşıoğlu, N., Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu, İÜHF yayını No: 703, İstanbul 1993, (Sabuncu Y., Anayasaya Giriş, İmaj Yayıncılık, Ankara 2002, s. 253’ten naklen).

⁵⁸ Her ne kadar anayasa değişiklikleri biçimsel olarak kanun olsa da onların değiştiril-

meleri belirli usul ve biçim kurallarına uygun olarak doğmuş olmalarına bağlıdır. O halde anayasa değişikliklerinin şekil yönünden denetimi denince akla gelecek olan şey değişikliklerin öngörülen usul ve biçim kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmadığının incelenmesidir.

Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenmesi ise tamamen farklı bir durumdur. Anayasada belirtilen usul ve biçim kurallarına göre gerçekleştirilmiş anayasa değişikliği, şeklen geçerli bir anayasa kuralıdır. Başka bir deyişle biçimsel kurallara uygun olarak kabul edilmekle şeklen anayasa kuralı olmuştur. Ancak bu aşamadan sonra içerik bakımından anayasaya aykırı olduğu şüphesi hâsıl olabilir. Bu durumda yapılacak inceleme anayasa değişikliğinin anayasaya içerik bakımından uygun olup olmadığı yönünde olacaktır. İşte son olarak yapılan bu incelemeye anayasa değişikliğinin esas bakımından (materielle Verfassungsgerichtsbarkeit) denetimi denir.

Anayasa değişikliklerinin şekli kurallara göre incelenmesi, başka ifade ile belirlenen usul ve biçim kurallarına uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin incelenmesi tamamen dışa dönük bir incelemedir. Bu bakımdan içeriğine bakılmaksızın, salt şekli gereklere uygun olan bir değişiklik, başka hiçbir inceleme söz konusu olmaksızın anayasa kuralı olabilecektir. Bu sayede şeklen diğer anayasa kuralları ile eşit seviyeye ulaşacaktır.

Buna karşılık esasa ilişkin inceleme kısmen şekil kurallarına uygunluğu araştırmasının yanında ağırlıklı olarak öze ilişkin incelemedir. Bu bakımdan içe dönük bir incelemedir. Hukuk kurallarının içe dönük incelemesi ancak alt kademedeki bir kuralın üst kademedeki bir kuralla çelişip çelişmediği üzerine yapılabilir. Yani bir hukuk kurallının öze ilişkin incelemesi yapılabilmesi için hukuki kademelenmede üstün bir kurala ihtiyaç vardır.

Türk hukuk düzeninde 1982 Anayasası, kurallar kademelendirmesini, yukarıdan aşağıya doğru; anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ile anayasa, tüzüklerin kanuna aykırı olamayacağı ibaresi ile kanun, yönetmeliklerinde kanun ve tüzüklere aykırı olamayacağı hükmü ile yönetmelik şeklinde kurmuştur. Son tahlilde kurallar kademelendir-

mesi alelade kanunlardan farklıdır. Gerek teklif edilmeleri gerekse karara bağlanmaları bakımından alelade kanunlardan farklı bir usul takip edilmektedir. Geniş bilgi için Bkz. Teziç, E., s. 160-166.

mesi yukarıdan aşağıya doğru; anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik şeklindedir. Hukuk düzeni içinde hukuk kurallarının bu şekilde kademelendirilmesinin bir takım pratik yararları ve belirli sonuçları vardır.⁵⁹ Bu sonuçlardan en belirgin olanı alt kademedeki kuralın içeriksel bakımdan üst kademedeki kurala uygun olması, şayet uygun değilse iptal edilmesidir. Eşit mevkideki kurallar arasındaki çatışmaların ise zaman yönünden genellik-özellik, konu yönünden öncelik-sonralık ilişkisi ile giderilmesidir.

Teorik olarak anayasa değişiklikleri şekli ölçütlere uygun olarak kabul edilmeleriyle diğer anayasa kuralları ile aynı kademede ise bu değişikliklerin içeriksel olarak denetlenmesi nasıl olacaktır?

Şekli anayasa taraftarları, anayasa kurallarının eşit seviyede olduğunu, aralarında hiçbir ölçüte göre kademelenme kurulamayacağını,⁶⁰ bu sebeple anayasa kurallarının öz bakımdan denetlenemeyeceğini söylemektedir.⁶¹

Maddi anayasa taraftarları ise anayasa hükümlerinin içeriksel bakımdan farklı kademelerde yer aldığını, bu bakımdan anayasa değişikliklerinin anayasanın özünü teşkil eden kurallara uygun olup olmadıkları yönüyle denetlenebileceğini söylemektedir.⁶²

⁵⁹ Çalışmamız farklı mertebedeki kuralların kademelendirilmesini değil, aynı mertebedeki kurallar arasında kademelendirmenin olup olamayacağı sorusuna yanıt aradığı için burada bu pratik yarar ve sonuçların üzerinde ayriyeten durmayacağız. Geniş bilgi için bkz. Teziç E., s. 84, Yayla, Y., ...Ders Notları, s. 14.

⁶⁰ Burdeau, G., s. 84; Laferrière, J., s. 289;

⁶¹ Bu görüş Kelsen' in normlar hiyerarşisi teorisinden türemiştir. Azrak, A.Ü., *a. g. e.*, s. 662.

⁶² Bu görüş Kelsen'in şekli anayasa yargısı (formelle Verfassungsgerichtsbarkeit) teorisine tepki olarak Triepel tarafından ortaya atılmış bir teoridir. Azrak, A.Ü., ...Ders Notları, s. 663; Cansel, E., s. 18.

E. Anayasa Kuralları Arasında Kademelenme Var mıdır?⁶³

Anayasa kuralları arasında kademelenme olabilir mi sorusuna anayasa öğretisinde bazı yazarlar olumlu bazı yazarlarsa olumsuz yanıt vermektedir.

Anayasa kuralları arasında kademelenme olabileceğini söyleyen yazarlar⁶⁴ anayasa kurallarının değişik değerde olduklarını düşünmektedir. Buradaki üstlük-altlık ilişkisi az önce söylediklerimizden çok farklı olarak anayasa üstü (dışı) ve anayasa kuralları değil, anayasa kuralları ile o kurallara nazaran daha temel içerikleri olduğu düşünülen diğer anayasa kuralları arasındadır.

Kurallara değişik değer yükleyen yazarların⁶⁵ bir kısmı bu değerlendirmeye ölçütünü, temel hakların sert çekirdeğine izafe etmektedir. Kurallar kademelendirmesinin var olduğunu savunan diğer yazarlar ise milli egemenliğe ilişkin anayasa hükümlerinin diğerlerine üstün geldiğini ileri sürmektedir.

⁶³ Anayasa kuralları arasında kademelenme olup olamayacağı sorunu Türk öğretisinde hayli ilgi çeken bir konu olmasına rağmen iki eser dışında bu konuda yapılmış etraflıca bir çalışma mevcut değildir. Bu çalışmalardan birtanesi Gözler tarafından 1991 yılında kaleme alınan “Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu” adlı kitaptır. Konuyla ilgili diğer çalışma ise Anayasa Mahkemesi tarafından beş cilt halinde yayınlanan eserdir. Bu eser 7-10 Mayıs 1990 tarihinde düzenlenen “Sekizinci Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı”nda sunulan raporlardan oluşmaktadır. Konferansın konusu “Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi”dir. Söz konusu konferansa dünyanın çeşitli ülkelerinden katılımlar olmuş, katılımcılarca raporlar sunulmuştur. Söz konusu raporlar, farklı ülkelerdeki uygulamaların bir eserde toplu olarak incelenmesi imkânını sunması bir yana, farklı görüşlerin bir arada tartışıldığı bir platform olması yönüyle de önemlidir. Şu an okumakta olduğunuz eserde bu zengin platformda sunulan tebliğlerden imkan nispetinde yararlanılmıştır. Özellikle karşılaştırmalı hukuktaki durumu aktarırken ve yabancı yazarların görüşlerini aktarırken temel kaynak olarak bu eserlerden faydalanmış bulunuyoruz.

⁶⁴ Cansel, E., s.18; Nabais, J. C., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Ahmet İşeri, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 3,1990, s. 344; Costa, J. M. C. Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Ahmet İşeri, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 3,1990, s. 345; Turpin, D., Contentieux constitutionnel, Paris, P.U.F., 1986, s. 86 (Gözler K., s. 155’ten naklen); Rials, S., “Les incertitudes de la notion de constitution sous la Ve République” Revue du droit public, 1984, s. 60486 (Gözler K., s. 156’dan naklen).

⁶⁵ Bu görüşü savunan yazarlar için ileride Bkz. “Temel Hakların Sert Çekirdeğine İlişkin Anayasa Kurallarının Diğerlerine Nazaran Üstünlüğü Tezi” başlıklı kısım.

Anayasa kuralları arasında her hangi bir kademelenme olmayacağını savunan görüşe göre ise anayasal kurallar eşit değerdedir. Bu yazarlara göre kademelenme bir geçerlilik ilişkisidir. Bu görüşe göre *“kurallar arasında eğer bir kademelenme varsa, bir takım kurallar geçerliliğini bir üstteki kuraldan almalıdır. Anayasal kuralların her biri geçerliliğini kuruculuk işleminden aldığına göre bu kurallar arasında geçerlilik ve hukuki güç bakımından kademelenme ihdas edilemez.”*⁶⁶ Yine mevzuu anayasa kuralları yapılışında ve değiştirilmelerinde farklı bir usul şartını haiz olmadıkları için ve bu sebeple aynı mevkide olacakları için aynı mevkideki kurallar arasında kademelenme olduğu söylenemez.⁶⁷

1. Temel Hakların Sert Çekirdeğine İlişkin Anayasa Kurallarının Diğerlerine Nazaran Üstünlüğü Tezi

Anayasa hukuku öğretisinde bazı yazarlar, anayasa kuralları arasında kademelenme olduğu görüşünü temel hakların sert çekirdekli olduğu görüşüne dayandırmaktadırlar. Bu görüşe göre temel haklar arasında bir derece farkı vardır. Birinci derece temel haklar anayasa kuralları arasında en üst sıraya oturtulduğu gibi bu en üst sıraya oturan kurallar, anayasa değişikliği söz konusu olduğunda, değişikliğin sınırını oluşturacaktır.

Anayasa kuralları arasında kademelenme kuran yazarların bazıları kurallar arasında maddi bir kademelenme bazıları da şekli bir kademelenme olduğunu söylemektedir.

Cansel'e göre Türk Anayasası'nda gerek maddi gerek şekil bakımından anayasa kuralları arasında kademelenme ilişkisi kurmuştur. Anayasanın 148. maddesi, her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından denetleyebileceğine hükmetse de, anayasanın değiştirilemez maddelerinin değişikliği söz konusu olduğunda, bu maddelerin üstün konumları icabı Anayasa Mahkemesi şekil denetimi ile sınırlı kalmamalıdır.⁶⁸

Fransız öğretisinde maddi kademelenmeyi savunan yazarlar, Fransız Anayasa Konseyi'nin temel haklar arasında maddi kademelenmeyi kabul ettiğini söylemektedir. Örneğin Genovis, Fransız Anayasa

⁶⁶ Gözler K., s. 163.

⁶⁷ Eroğul, C., s. 25.

⁶⁸ Cansel, E., s. 18.

Konseyi'nin temel haklar arasında maddi kademelenme kurduğunu düşünmektedir. Bu yazara göre, 1789 bildirgesi tarafından ifade edilen hakların hepsi aynı düzeyde teminat altına alınmamıştır.⁶⁹

Portekizli hukukçu Nabais anayasa tarafından bazı anayasa ilkelere özel bir konum ya da geçerlilik derecesi verilmiş olabileceğini, bu durumun şekli kademelenmeden çok farklı olduğunu söylemektedir. Ona göre maddi kademelenme sonucu özel konum ihdas edilen kurallar, anayasanın yeniden gözden geçirilmesi ve değiştirilmesinin maddi sınırını oluşturur. Yazar bu nedenle de kurallar arasında maddi kademelenmenin var olduğunu söylemektedir.⁷⁰

Costa'ya göre, anayasanın değiştirilemez maddeleri onun çekirdeğini teşkil eder. Bu nedenle anayasa kuralları arasında maddi bir kademelenme vardır.⁷¹

Aynı görüşü benimseyen Turpin, kurallar arasında görünüşte şekli bir kademelenme olmayıp gerçekte maddi bir kademelenmenin var olduğunu söylemektedir. Ona göre farklı anayasal hükümler arasında değer eşitliği olduğu söylenemez. 1789 bildirgesinin hükümleri içerik bakımından farklılık arz eder. Bundan dolayı söz konusu hükümler tek bir kategori içine yerleştirilemez. Bildirge hükümlerinin tek bir kategori içine yerleştirilmesi demek, istisnasız tüm hakların kullanımını, yasama organının bunları kullanıma koymasına bağlamak olur. Kategori içerisine yerleştirilen bazı haklar vardır ki bu haklar zaman aşımına dahi uğramayacak temel nitelikte haklardır. Bu tür hakların korunması tüm siyasal birliğin amacı olduğu için, bu hakların kullanımı yasama organının bunları kullanıma koymasına bağlanamaz. Bu tür hakların kullanımı yasama organının iradesinden bağımsızdır.⁷² Sayılan nedenlerle Turpin, anayasa kuralları arasında içeriksel bakımdan bir kademelenmenin var olduğunu savunmaktadır.

Rials, anayasa hükümleri arasında derece farklılığına dikkat çekmektedir. Yazara göre özgürlüğe ilişkin hükümler diğer anayasal hükümlerden üstündür.⁷³ Yani yazar 1789 bildirgesinin özgürlüğe ilişkin 2. maddesinin diğer maddelerden üstün olduğunu söylemektedir.

⁶⁹ Gözler, K., s. 155.

⁷⁰ Nabais, N. J., s. 344.

⁷¹ Costa, J. M. C., s. 345.

⁷² Turpin, D., s. 86.

⁷³ Rials, S., 60486.

Favoreu, 1789 bildirgesi, 1946 Anayasası'nın başlangıcı ve 1958 Anayasası'nın bazı hükümleri arasında şekli bir kademelenmenin var olduğunu düşünmektedir. Yazar, özgürlükleri kendi arasında tasnif etmektedir. Buna göre kişi özgürlüğü, dernek, basın ve öğrenim özgürlüğünü birinci sıraya yerleştirmektedir. Yazar bu tespitini üç gerekçeyle dayandırmaktadır. Öncelikle özgürlüklerin kullanılmasına yasama organınca ön izin tekniği getirilemez. İkinci olarak yasama organı bu özgürlüklere ancak ve ancak bunların kullanımını sağlamak ve arttırmak bakımından müdahale edebilir. Üçüncü gerekçe olarak da bu özgürlüklerin kullanımının ülkenin geneline yaygınlaştırılması gerekliliği üzerinde durmaktadır.⁷⁴

Bu görüşler ışığında şunları söyleyebiliriz. Anayasa doktrininde bir takım yazarlar temel hakların sert çekirdekli olduğunu, bu sert çekirdekli haklar ile anayasada yer alan diğer haklar arasında kademelenme olacağını savunmaktadır. Bundan dolayı anayasanın değiştirilmesi gündeme geldiğinde tali kurucu iktidar üst konumdaki kurallara dokunamayacaktır. Şayet tali kurucu, bu temel kurallara aykırı kural koyar, yeni kuralla üst konumdaki kural çatırsa, sorun genellik-özel, öncelik -sonralığa göre çözülmeyecek, anayasa yargıcı üst konumdaki kurala öncelik verecek, denetimini bu kurallar uyarınca yapacak ve şayet aykırılık tespit ederse değişiklikleri iptal edecektir.

2. Milli Egemenliğe İlişkin Anayasa Kurallarının Üstünlüğü Tezi

Anayasa öğretisinde bazı yazarlar, anayasa kuralları arasında kademelenme olduğu görüşlerini milli egemenliğe ilişkin anayasa hükümlerine dayandırmaktadır. Onlara göre milli egemenliğe ilişkin hükümler değiştirilemeyecek hükümlerden bir tanesidir ve anayasanın diğer hükümlerine nazaran daha üst konumdadır.

Bu görüşü savunan yazarlar anayasada, üzerinde değişiklik yapılamayacak hükümlerin varlığını kabul etmektedir. Örneğin Herzog bir kuralın değiştirilmezliği, ona her zaman diğer kurallar karşısında üstün bir mevki bahsetmeyeceğini, ancak asli kurucu iktidarın bir kuralın değiştirilmesini yasaklamakla ona özel bir önem vermiş olduğunu

⁷⁴ Favoreu, L., "Les libertés proteegées par le Conseil constitutionnel" 1990, s. 37 (Göçler K., s. 156'dan naklen).

nu gösterdiğini, bundan dolayı da değiştirilmesi yasak olan kuralların diğer kurallara karşı farklı bir konumda olduğunu söylemektedir.⁷⁵

Morscher'e göre değiştirilemezlik hükmüyle değişiklikleri yasaklanmış maddeler kademelenmede en üst basamakta yer alırlar. Bu basamağın altında değiştirilmeleri "normal" kurallara nazaran daha zor, tümünden değiştirmeye nazaran daha kolay koşulların öngörüldüğü temel ilkeler yer alır. Son olarak da en alt kademede normal anayasa kuralları yer almaktadır. Ona göre değişikliğin ağır koşullara bağlanmış olması, kurallar arasında kademelenme ilişkisi kurulabileceği sonucunu doğurur.⁷⁶

Tikveş 1961 Anayasası'na ilişkin yorumunda "Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir" hükmünün diğer anayasa maddelerine nazaran üstün bir konumda olduğunu söylemektedir. Ona göre rejimin ruhunu teşkil eden milli egemenliğe ilişkin söz konusu hükümler diğer anayasa kurallarından daha üst mertebededir.⁷⁷

Kıratlı da anayasanın değiştirilemez olarak addedilen hükümlerin değiştirme usulüne uygun olarak yapılsa bile değiştirilemeyeceklerini, bunların milli egemenliğe ilişkin hükümler oldukları için diğer kuralardan üstün olduklarını söylemektedir.⁷⁸

Milli egemenliğe ilişkin hükümlerin diğer anayasa hükümlerine nazaran daha üst konumda olduğu tezi Fransa'da ilk defa 1992 yılında Maastricht Antlaşması'nın onaylanması sırasında anayasa ile antlaşmanın arasındaki aykırılıkların giderilmesi amacıyla anayasa değişikliği üzerinde yapılan tartışmalar esnasında ileri sürülmüştür. Bu görüşü savunanlar, anayasa değişikliğini engellemek amacıyla milli egemenlik ilkesinin anayasayı değiştirme iktidarının dışında olduğu tezini ortaya atmış ve savunmuştur.⁷⁹

Örneğin Leo Hamon, milli egemenliği kaldıran ya da onu sakatlayan bir parlamentonun Fransızlar arasında din, ırk ve sınıf itibarıyla ayrımlar yaratmayı hedefleyen bir parlamento gibi hareket etmiş ola-

⁷⁵ Herzog, R., s. 16.

⁷⁶ Morscher, S., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunması'ndaki İşlevi, Çev.: Hasan Işın Dener, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 3, 1990, s. 75.

⁷⁷ Tikveş Ö., s. 327.

⁷⁸ Kıratlı, M., s. 105.

⁷⁹ Gözler, K., s.166.

çağını söylemektedir.⁸⁰ Bu sebeple milli egemenliğe ilişkin hükümlerin diğer anayasa hükümlerinden üstün olduğunu ve bu hükümlerin türev kurucu tarafından değiştirilemeyeceğini söylemektedir.

Bu görüşün savunucularından Beaud, anayasa kurallarını değerlendiren onların halk egemenliğine ilişkin içeriklerine bakmaktadır. Yazar, kuralların halk egemenliğine ilişkin içeriklerinden hareketle, halk egemenliğini sağlayan anayasa kurallarının diğer kurallara nazaran daha üst konumda olduklarını savunmaktadır.⁸¹

Olivier Beaud, milli egemenliğin anayasanın dokunulmaz unsuru olduğunu belirtmektedir. Ona göre egemenlik kayıtları, türev kurucu iktidarı tarafından değil sadece asli kurucu iktidar tarafından kaldırılabilir. Egemenlik işleminin ancak asli kurucu iktidar tarafından kaldırılabilmesi, egemenlik işleminin de anayasanın değiştirilemez hükümleri arasında olduğunu gösterir. Bu bakımdan egemenlik kayıtları anayasa değişikliklerinin maddi sınırına dâhildir.

İtalyan hukukçu Luciani'ye göre, anayasa kuralları arasında kademelenme sorununu iki bakımdan ele alınmalıdır. Öncelikle anayasa kurallarının kendi arasındaki kademelenme sorununu ele almak, daha sonra da, değişiklik kanunlarıyla anayasaya sokulan kuralların anayasanın mevcut diğer kurallarına karşı konumunu incelemek gerekir demektir.⁸²

Luciani, anayasa kuralları arasında başından beri anayasaya aykırı kuralların olamayacağını söylemektedir. Ona göre İtalyan doktrini bu yönde bir düşüncüyü kabul etmemektedir. Bununla birlikte Luciani, İtalyan öğretisinde yaygın bir biçimde anayasada değiştirilemez yüce ilkeler olduğunun kabul edildiğini aktarmaktadır. Kendi görüşüne gelince; Luciani'ye göre değiştirilmesi yasak olan hükümler, anayasanın açık hükmü gereği değiştirilemez. Ona göre anayasanın açık hükmü (örn: Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu ve bunun değiştirilemezliği ilkesi) olmasa da bazı ilkeler diğerlerine göre üstün konumdadır. Bu

⁸⁰ Gözler K., s. 159'dan naklen.

⁸¹ Beaud, O., "La souverainete de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht: remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle", *Revue française de droit administratif*, 1993, s. 106837 (Gözler K., a. g. e., s. 160'tan naklen).

⁸² Luciani, M., *Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi*, Çeviren: Zeki Hafizoğulları, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 3, 1990, s. 307.

ilkelerin üstün konumu anayasada açıkça yazılmış olmalarından değil, kendi özlerinin “*yüce*”liğinden, başka bir ifade ile ilkelerin kendi özlerinden kaynaklanmaktadır.⁸³ Bu noktadan hareketle Luciani, tali kurucu iktidarın yetkisinin sınırını belirleyen, anayasa değişikliği usulünü düzenleyen kuralların da değiştirilemez “*yüce*” ilkeler kapsamında olduğunu söylemektedir.

3. Anayasa Kuralları Arasında Kademelenme Olamayacağı Görüşü

Bu görüşün en bilinen savunucusu Georges Vedel’dir. Yazara göre anayasa kuralları arasında kademelenme yoktur. Vedel, Kelsenci anlayışa bağlı olarak kademelenmeyi, kurallar arası geçerlilik ilişkisi olarak nitelendirilmektedir. Ona göre anayasa kuralları arasında kademelenme olduğunu kabul etmek demek, anayasa kurallarının bazılarının geçerliliğini yine anayasada yer alan üst kademedeki kurallardan aldığını kabul etmek demektir. Anayasa kurallarının hepsi geçerliliklerini kuruculuk işleminden aldığına göre söz konusu kurallar arasında her hangi bir kademelenme kurulamaz.⁸⁴

Badinter ve Genevois anayasa kuralları arasındaki kademelenme sorununu iki bakımdan incelemişlerdir. Öncelikle biçimsel kademelenme ve kuralların kaynağını ele almışlar, daha sonra da temel haklar, tamamlayıcı haklar ve maddesel kademelenme sorununu irdelemişlerdir.

Badinter ve Genevois’e göre anayasal değerde ilkelerin çeşitli kaynağı (1789 İnsan Hakları ve Vatandaş Hakları Bildirisi, 1946 anayasasının başlangıcında yer alan temel ilkeler) vardır. Onlara göre kurallar arasındaki konum sorunu kaynakların çeşitliliğinden doğmaktadır. Öğretideki bazı yazarların kurallar arasında kademelenme ilişkisi olduğuna ilişkin savları bundan kaynaklanmaktadır. Onlara göre, Fransız içtihadında kabul görmeyen öğretideki bu düşünce kabul edilemez. Çünkü anayasa ve içtihatla temel haklar ile tamamlayıcı haklar arasında hiçbir ayrım yapılmamıştır. Anayasal değerde hak ve özgürlükleri, bir arada toplayan temel haklar, esas olarak anayasal planda yer aldıkları için, anayasal ilkedен türeyen gerekli sonuç, anayasada

⁸³ Luciani, M., s. 307.

⁸⁴ Gözler, K, s. 163.

yer almasa da, anayasa hükümleriyle aynı seviyededir.⁸⁵ Temel haklar ile tamamlayıcı haklar arasında her hangi bir şekilde kademelenme ihdas edilemeyeceği için anayasa kuralları arasında kademelendirme olamaz.⁸⁶

İspanyol hukukçu Pinero, Ferrer ve Villa'ya göre anayasa kuralları arasında biçimsel kademelenme söz konusu değildir.⁸⁷ İspanyol hukukunda, anayasal düsturlar ve haklar arasında bir uyumsuzluk olması halinde, Anayasa Mahkemesi her şeyden önce anayasanın birliği kistası ışığında sorunu çözecektir. Anayasa Mahkemesi, anayasaya aykırılık sorununu çözerken bunlardan hiç birinin içeriğini boşaltmayacak, kural gücünden yoksun bırakmayacaktır. Anayasa Mahkemesi, kapalı ve uyumlu bir yorumla sorunu çözecektir.⁸⁸

Gözler'e göre kuralların kademelenmesi hukuki kademelenme ve siyasi veya ahlaki kademelenme olarak ikiye ayrılır. Ona göre hukuki kademelenme kurallar arasındaki geçerlilik ilişkisini ifade eder. Siyasi ve ahlaki kademelenme ise aynı değerdeki hükümlerin aynı saygınlıkta ve aynı önemde olmayışlarını ifade eder. Ona göre Türkiye 1982 Anayasası'nın milli egemenliğe ilişkin 6. maddesi, ormanlara ilişkin 169. maddesinden daha önemlidir. Burada şunu unutmamak gerekir. Yazar siyasi-ahlaki kademelenmeyi kabul etmesine karşın bu kademelenmenin hukuki bir sonuç doğurmaması gerektiğinin altını çizmektedir. Ona göre anayasa hükümlerinin değişikliği söz konusu olduğunda iki tür hüküm arasında hiçbir fark yoktur.⁸⁹

⁸⁵ Badinter, R. ve Genevois, B., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Işıl Karakaş, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c.3,1990, s. 159.

⁸⁶ Badinter R., Genevois, B., s. 160.

⁸⁷ Pinero, M. R., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Burcu Bostancıoğlu, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c.3,1990, s. 233.

⁸⁸ Pinero, M.R., Ferrer,Villa, s. 235.

⁸⁹ Gözler K., s. 162.

F. Anayasa Mahkemesine Göre Anayasa Kuralları Arasında Kademelenme Var Mıdır?

Türk Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili tutumu anayasanın kendisine tanıdığı yetkiye göre değişiklik göstermiştir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi'nin görüşü üç aşamalı olarak incelenebilir.

1. 1971 Değişikliği Öncesi

Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerini yalnız şeklen değil, esastan da anayasaya aykırı olabileceğini kabul etmekle, anayasa kuralları arasında bir ayırım yapmıştır. Anayasa Mahkemesi 1970 yılında verdiği bir kararda *"anayasalar kendi bünyeleri içinde bir kurallar silsilesi bulundurulur"*⁹⁰ demektedir.

Bu kararından 1971 öncesinde Anayasa Mahkemesi'nin anayasa kuralları arasında kademelenme olduğunu kabul ettiğini söyleyebiliriz.

Mahkemenin kararı öğretide de oldukça kabul görmüştür. Serim'e göre anayasa kuralları arasında kademelenmenin varlığını kabul etmek zorunludur. İkinci maddede belirtilen ilkeler (1961 anayasası) anayasanın çeşitli maddelerinde somut hale getirilmiştir.⁹¹

Yayla, Türk Anayasası'nın genel ve temel ilkelerden oluştuğunu, Başlangıç ve Genel Esaslar kısmında yer alan ilkelerin daha sonraki kurallarda içerik kazandığını söylemektedir.⁹²

2. 1971 Değişikliğinden 1982 Anayasası'na Kadar Geçen Süre

Anayasa Mahkemesi, 1971 yılında yapılan köklü değişiklik sonunda yetkisi kısıtlanmış olmasına rağmen 1975 yılında verdiği bir kararda şöyle demektedir.

⁹⁰ E. 1970/1, K. 1970/3, k.t. 16.06.1970, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1970/K1970-31.HTM> (e.t, 02.05.2007).

⁹¹ Serim, E., Anayasayı Değiştirme Sorunu, *Ankara Barosu Dergisi*, 1977, S.I s.36.

⁹² Yayla, Y., ...Cumhuriyetin Özü, s. 978.

*“Cumhuriyet denen devlet şekli temel kuruluşları, hak ve ödev kuralları ile ilkeler topluluğudur. Buna göre, devlet biçimini değiştirerek ortadan kaldıran ve onu hukuk alanında yer aldığı ve istendiği biçimde artık işlemez duruma sokacak olan bir anayasa değişikliği yapılmasına olanak düşünülemez.”*⁹³

Yine 1973 yılında verdiği bir kararda;

*“Anayasa kuralları eş değerde olmakla birlikte devletin temel kuruluşlarına ilişkin ilkelerin her hangi bir kuralın yorumunda öteki kurallara üstün değerde tutulması zorunlu ve doğaldır.”*⁹⁴ demektedir.

Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi 1971-1982 arası dönemde de anayasa kuralları arasında kademelenme olduğunu kabul etmekte, anayasanın değiştirilemez maddelerine özel bir konum atfetmektedir. Başlangıç hükümleri ile insan hak ve hürriyetlerine işaretle anayasa kuralları arasında kademelenme olduğunu kabul etmektedir. Yine Anayasa Mahkemesinin birçok kararında şekil denetimi altında esas denetimi yaptığı hatırlanacak olursa Anayasa Mahkemesi’nin 1971 sonrası dönemde anayasal kurallar arasındaki kademelenmeyi kabul ettiği sonucuna varılacaktır.

3. 1982 Anayasası Dönemi

10 Mayıs 1990 tarihindeki konferansta Türk Anayasa Mahkemesi’nin sunduğu rapora bakılırsa, 1982 Anayasası döneminde de Anayasa Mahkemesi’nin anayasa kuralları arasında kademelenme olduğunu savunan görüşü benimsediği sonucuna varılabilir. Ancak Anayasa Mahkemesi 1987 yılında verdiği bir kararında anayasa değişikliğini, yetkisi olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Anayasa değişikliklerinin esastan denetimi, anayasa kuralları kademelendirilmesi düşüncesinin doğal sonucu sayılırsa Anayasa Mahkemesi’nin artık kurallar kademelendirmesini reddettiği sonucuna varılabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu karar böyle bir yorum yapmaya elverişli görünmemektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesi bu kararında anayasa kuralları arasında kademelenme olup olmadığı yönünde görüş belirteceği bir biçimde vermemiş, aksine yetkisizlik üzerine vermiştir.

⁹³ E. 1973/19, K. 1975/87, k.t. 15.04.1975, R.G., 26.02.1976/15511.

⁹⁴ E. 1972/56, K. 1973/11, R.G., 09.11.1973/14707.

1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin konu üzerindeki görüşünü yansıtan iki kararına değinmek gerekir. Bu kararlardan bir tanesi seçimlere katılacak partilere getirilen örgütlenme sınırı ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesi kararında; *"anayasanın başlangıçtaki amaçlardan biri de denge ve düzen içinde uygar bir yaşamdır. Bu sonucu sağlamak... kimi sınırlamaları zorunlu kılacaktır"*⁹⁵ demek suretiyle anayasanın 67. maddesinde düzenlenmiş olan *"seçme ve seçilme"* temel hakkına başlangıçtan çıkardığı *"denge ve düzen içinde uygar bir yaşam sağlama"* üstün kuralını kullanarak sınırlama getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında da, *"başlangıç"*daki; *"hiçbir düşünce ve mülhazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliği karşısında koruma görmeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının, devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı"* fıkrasının, siyasi kadroların karşı değerlendirmelerini etkisiz kılmak üzere konduğu anlamına gelen açıklamalarına yer vermek suretiyle *"başlangıç"*ın üstün kural niteliğini vurgulamıştır.⁹⁶

Yukarıdaki kararlardan anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi 1982 anayasası döneminde de anayasa kuralları arasında kademelenme olduğunu kabul etmektedir. 1988 yılında verdiği karara göre *"başlangıç"*taki denge ve düzen hükmü, seçme ve seçilme hakkını düzenleyen kurala ölçüt kural olarak kabul edilmiştir. Bu kararlardan Anayasa Mahkemesi'nin anayasa kurallarının bir kısmına temel nitelik attettiğini, bu sebeple anayasa kuralları arasında kademelenme olduğu düşüncesini benimsediğini söyleyebiliriz.

Sonuç

Anayasa kuralları arasında kademelenme olup olamayacağı sorunu hayli tartışmalı bir konudur. Konunun içeriği ideolojiler bir yana; anayasaların içeriğine, devletlerin sosyal ve siyasal yapılarına, siyasal tarihlerine bağlı olarak değişmekte ve biçimlenmektedir.

⁹⁵ E. 1987/16, K. 1988/8, k.t. 23.08.1988 <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1988/K1988-08.htm> (e.t. 05.05.2007).

⁹⁶ E. 1983/2, K. 1983/2 <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1983/K1983-04.htm>, (e.t. 10.05.2007).

Bu konuda bir sınıflama yapacak olursak; katı anayasa sistemini benimsemiş ülkelerde yaygın olarak anayasa kuralları arasında kademelenme olduğu düşüncesi hâkimdir. Buna karşılık yumuşak anayasa sistemini benimsemiş ülkelerde kurallar kademelendirmesi reddedilmektedir.

Anayasa kuralları arasında kademelenme olduğunu düşünenlerin bir kısmı millî egemenlik tezini öne sürer. Gerçekten uzun süre bağımsızlık mücadelesi vermiş, ulusal birlik için büyük badireler atlatmış, uzun bir dönem diktatör yönetimi ile bunalmış ve tarihlerinden ders almış topluluklarda bu görüşün hâkim olması normaldir. Zira tarihlerinin tekerrür tehdidi bu tür topluluklarda millî egemenliğe ilişkin hükümlere üstün değer atfetmeyi bir yerde zorunlu kılmaktadır. Ancak bu topluluklarda da değişen dünya düzeninin etkisiyle muhalif görüşü benimseyenler yok değildir.

Anayasa kuralları arasında kademelenme olduğunu düşünen diğer bir görüş ise sert çekirdekli temel haklara dayanmaktadır. İnsan hakları kavramının oluşum süreci, çetin mücadeleler sebebiyle, insanlık hafızasına adeta kazınmıştır. Varlığı ile yokluğu üzerine süre giden tartışmalar kavramın her daim taze kalmasını sağlamıştır. Yine tarihin her aşamasında devam eden ihlaller, insanlar üzerinde potansiyel tehdit oluşturmıştır. Bu bakımdan insan hakları kavramı bir ulusun, bir toplumun tartışma konusu olmaktan çok sınırlara sığmayan sınırlar arası bir konuma kavuşmuştur. Sorunun belirli bir sınıfa, belirli bir topluluğa, ya da devlete ait olmayıp “insan” temelli oluşu, ona uluslararası bir boyut kazandırmış, bu sayede İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası kural ve ilkeler ihdas edilmiştir. Bu durum doğal olarak insan haklarının anayasa üstü olduğu düşüncesini hâkim kılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, her ne kadar insan hakları uluslar arası özellik arz etse ve bu veçhile öğretilde yaygın olarak insan haklarına dair hükümlerin anayasa üstü bir mevkiye olduğu kabul edilse de, öğretilde insan haklarını düzenleyen hükümlerin de diğer anayasa hükümleri ile aynı kademede olduğunu savunanlar da mevcuttur.

Diğer taraftan anayasa kuralları arasında hiçbir şekilde kademelenme olmayacağını düşünen görüş, kademelenmenin geçerlilik ilişkisi sonucu olduğunu, anayasa kurallarının hepsinin kaynak bakımından aynı olduğunu, hiç birinin geçerliliğini diğerinden almadığını söylemektedir. Bu görüşe göre kurallar içerikleri ne olursa olsun değışti-

rikmelerindeki güçlölklere göre sınıflandırılmalı ve kademelendirilmelidir. Bu sebeple değıştirilmelerinde aynı güçlük ön görülen anayasa kuralları arasında kademelendirme olamaz.

Bize göre ilk iki görüş hayli haklı görünmektedir. Katı anayasa sistemini benimsemiş Türk Anayasa'ları da bu düşünce biçimini yansıtmaktadır. Bazı kurallara değıştirilemezlik payesinin yüklenmesi, insan hakları arasında sınıflamaya gidilmesi (koruyucu haklar, isteme hakları ve katılma hakları), "başlangıç" hükmünün metne dâhil edilmesi Türk Anayasal Sistemi'ni yansıtmaktadır.

Bu bakımdan türev kurucu iktidar anayasanın değıştirilemez maddeleriyle karşılaştığında kurulmuş bir organ olarak yetkilerinin sınırlarını bilmeli, yetkilerini aşmaya girişmemelidir. Yine temel hakların insanın insan olmaktan dolayı sahip olduğu ve bu haklardan bir an dahi mahrum bırakılamayacağından hareketle onlara özel bir önem atfedilmeli ve bu konuda her olumsuz değışiklik her ne surette olursa olsun önlenmelidir. Şayet türev kurucu iktidar bu gerekliliklere aykırı hareket eder; değıştirilemez maddeleri değıştirmeye kalkar, sert çekirdekli insan haklarının özüne dokunur biçimde kısıtlamalara gidecek değışiklikler yapmaya kalkarsa Anayasa Mahkemesi bu değışikliklere "iptal" demelidir. Neye göre mi? Yine değıştirilemez maddeleri içeren türev kurucu iktidarın yetkisinin sınırını belirten üstün anayasa kurallarına ve insan haklarını düzenleyen anayasa üstü kurallara göre. Anayasanın 148. maddesi her ne kadar böyle bir yoruma imkan tanır gibi görünmese de, türev kurucu iktidar söz konusu sınırlamalara riayet etmemekle hukukun dışına taşmış olacaktır. Anayasanın bu hükmü ancak hukuki mülahazalara dair olduğu için, 148. maddedeki sınırlamalar hukuk dışı mülahazalar hakkında bağlayıcı olamaz. Buradaki çelişme normal bir kural çekişmesi olmayıp hukuk düzeni ile ilgili bir çekişme olduğu için Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu sınır dâhilinde hareket etmesi beklenemez. Kamu hukukunda yetki her ne kadar işlemin varlık unsurunu teşkil etse ve hiçbir organ kanunen kendisine tanınmış olan yetkiyi genişletemese de, türev kurucu iktidarın yetkisini aşarak hukuk düzenini tehdit etmesi durumunda, anayasal düzeni korumak amaçları arasında olan bir yargı organının türev kurucu iktidarın tehdidi karşısında yetkisiz olduğunu savunmak mümkün olmayacaktır, olmamalıdır. Hukuk kuralları biçimleri ile değil içerikleri ile güvence sağladığı için bu konuda biçimci yaklaşımdan hareket, yarınlara hazin sonuçları davet etmek olacaktır.

KAYNAKLAR

- Armağan, S., Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967
- Arsel, İ., Anayasa Hukuku, Demokrasi, İstanbul 1968.
- Azrak, A.Ü., Türk Anayasa Mahkemesi, İ.Ü.H.F.M., İstanbul 1963, c. 28.
- Badinter.R./Genevois,B., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Işıl Karakaş, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c.3, 1990.
- Belge, M., Anayasa'nın "Ruhu", *Radikal Gazetesi*, t. 15.07.2007.
- Cansel, E., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 2, 1990.
- Costa, J.M.C., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Ahmet İşeri, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 3, 1990.
- Çavuşoğlu, N., Anayasa Notları, Beta, İstanbul 1997.
- Eroğul, C, Anayasayı Değiştirme Sorunu, Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi, Sevinç Matbaası, Ankara 1974.
- Feyzioğlu, T., Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi, Yabancı Memleketlerde- Türkiye'de, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., Ankara 1951.
- Gören, Z., Anayasa Hukukuna Giriş, Barış Yayınları, İzmir 1997.
- Gözler, K., Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, Ekin Yayınları, İstanbul 1991.
- Haefliger, A., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Ümit Özdağ, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 3, 1990.
- Herzog, R., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Ümit Özdağ, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c.3, 1990.

- Hocaoğlu, A.Ş. /Ocakçıoğlu, Anayasa ve Anayasa Mahkemesi, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1971.
- Kaboğlu, İ.Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Legal Yayıncılık, 2005.
- Kıratlı, M., Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, (İtiraz Yolu), Sevinç Matbaası, Ankara 1966.
- Kübalı, H. N., Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1971.
- Luciani, M., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Zeki Hafızoğulları, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 3, 1990.
- Morscher, S., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Hasan Işın Dener, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara,7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c.3, 1990
- NabaisJ.C, Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Ahmet İşeri, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 3, 1990.
- Özbudun, E., Türk Anayasa Hukuku, Yetkin, Ankara 2003.
- Pinero, M.R., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Burcu Bostancıoğlu, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c.3,1990.
- Sabuncu, Y., Anayasaya Giriş, İmaj Yayıncılık, Ankara 2002.
- Serim, E., Anayasayı Değiştirme Sorunu, *Ankara Barosu Dergisi*, 1977.
- Soysal, M., Dinamik Anayasa Anlayışı, Anayasa Diyalektiği Üzerine bir Deneme, Ankara 1969.
- Teziç E., Anayasa Hukuku, Sekizinci Baskı, Beta, İstanbul 2003.
- Tikveş, Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, Ege Üniversitesi Matbaası, İzmir 1976.
- Yayla, Y., Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul 1985.
- Yayla, Y., Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979.