



ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN ESAS BAKIMINDAN YARGISAL DENETİMİNİN KOŞULLARI: KISA BİR İNCELEME*

The Conditions of Judicial Review of the Substance of Constitutional Amendments: A Brief Overview

Can CEYLAN*

ÖZ

Anayasa değişikliklerinin esas bakımından yargısal denetimi, anayasa hukukunun en tartışmalı konularından biridir. Esas denetiminin iki koşulu vardır: İlk olarak, anayasa değişiklikleri için öngörülmuş açık veya örtülü sınırlar bulunmalıdır. İkinci olarak, yargı organı, anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemek için yetkilendirilmiş olmalıdır. Anayasa değişikliklerinin esas bakımından yargısal denetime tabi tutulduğu ülkelerde, yargısal denetim açık veya örtülü sınırlara dayandırılmaktadır. Anayasa değişikliklerinin esas bakımından yargısal denetiminin söz konusu olmadığı ülkelerde mahkemeler, anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemeye yetkili olmadıklarını kabul etmektedir. Bu makalede, mahkemelerin anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleyebilmek için anayasa tarafından açıkça yetkilendirilmiş olmaları gerektiğine vurgu yapılmıştır. Bu bağlamda, anayasa ile açıkça yetkilendirilmediği halde anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleyen mahkemeler eleştirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Değişikliği, Esas, Usul, Yargısal Denetim, Açık Sınırlar, Örtülü Sınırlar, Yetki.

• **Gönderi:** 01.12.2023 - **Kabul:** 29.01.2024 | **Received:** 01.12.2023 - **Accepted:** 29.01.2024.

Türk Anayasası dışında, bu çalışmada adı geçen anayasaların İngilizce metinlerine <https://www.constituteproject.org/search?lang=en> adresinden ulaşılmıştır.

* Hazine Avukatı, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, Ankara, Türkiye ✉ canceylan111@gmail.com • ORCID 0000-0001-9424-0125.

Atıf Şekli / Cite As: CEYLAN, Can (2024). Anayasa Değişikliklerinin Esas Bakımından Yargısal Denetiminin Koşulları: Kısa Bir İnceleme. ÇÜHAD, (5), 16-42.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ABSTRACT

Judicial review of the substance of constitutional amendments is one of the most controversial topics of constitutional law. There are two conditions of substance review: First, there has to be either explicit or implicit limitations placed upon constitutional amendments. Second, the judiciary must be authorized to review the substance of constitutional amendments. In those countries the substance of constitutional amendments is subject to judicial review, judicial review is grounded on either explicit or implicit limitations. In those other countries the substance of constitutional amendments is not subject to judicial review, courts indicate that they do not have the authority to review the substance of constitutional amendments. In this article, the requirement for courts to be explicitly authorized by the constitution to review the substance of constitutional amendments is emphasized. In this regard, courts that review the substance of constitutional amendments without an explicit authorization by the constitution are criticized.

Keywords: Constitutional Amendment, Substance, Form, Judicial Review, Explicit Limitations, Implicit Limitations, Authority.

GİRİŞ

Anayasa yargısı, anayasanın üstünlüğü ilkesini hayata geçirmek için tasarlanmıştır. Buna göre, anayasanın üstünlüğü ilkesi, yasama organının anayasaya aykırı kanunlar çıkarmamasını gerektirmektedir. Ancak konunun yasama organının inisiyatifine bırakılması anayasanın üstünlüğü ilkesinin bir temenniden öteye gidememesine neden olmaktadır. Bu nedenle, tarihi süreç içerisinde anayasaya aykırı kanunların geçerlilik kazanmasını önleyecek bir denetim mekanizmasına ihtiyaç duyulmuştur. İşte anayasa yargısı, yasama organının anayasaya aykırı kanunlar çıkarmamasını güvence altına almak üzere hukuk düzenlerine girmiştir. Fakat yasama organının halkın temsilcilerinden müteşekkil olması, anayasa yargısının meşruiyeti ile ilgili tartışmalara neden olmuştur. Çünkü halkı temsil etmeyen bir avuç hâkimin, halkın temsilcilerinin çıkardığı kanunların geçerliliği hakkında karar vermesini demokrasiyle bağdaştıramayanlar olmuştur. Alelade kanunlar ile ilgili bile durum böyleyken, bir de anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi tartışmaları ortaya çıkmıştır. Anayasa değişikliklerinin çoğu ülkede parlamentonun nitelikli çoğunluğuyla ve bazı ülkelerde referandumla kabul edilmesinin öngörülmesi, meşruiyet ile ilgili tartışmaların anayasa

değişikliklerinin yargısal denetimi söz konusu olduğunda daha da alevlenmesini beraberinde getirmiştir¹.

Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi konusunda asli kurucu iktidar, tali kurucu iktidar ve kurulmuş iktidar kavramları önem taşımaktadır. Asli kurucu iktidar, hukuk düzeninin mimarı olan anayasa yapıcıya işaret etmektedir². Genellikle bir hukuk boşluğunda ortaya çıkan asli kurucu iktidarın bu nedenle hukukun dışında olduğu kabul edilmektedir³. Tali kurucu iktidar, anayasayı değiştiren gücü ifade etmek için kullanılmaktadır⁴. Asli kurucu iktidar hukuk ile bağlı olmamasına rağmen, tali kurucu iktidar asli kurucu iktidarın yaptığı anayasayla kayıtlıdır. Diğer bir anlatımla tali kurucu iktidar, anayasanın öngördüğü kurallar ışığında kullanılabilen sınırlı bir iktidardır⁵. Benzer şekilde, devletin anayasa ile yetkilendirilen temel organları da anayasayla mahduttur. Anayasa ile sınırlı olan iktidarların tamamı, anayasanın kurduğu kurulmuş iktidarlardır⁶. Bu bağlamda, devletin temel organlarının yanında tali kurucu iktidar da bir kurulmuş iktidardır⁷. Anayasa değişikliklerini yargısal denetime tabi tutan mahkemeler de genellikle tali kurucu iktidarın kurulmuş bir iktidar olmasına dayanmaktadır⁸.

Anayasa değişikliklerinin şekil ve usul bakımından denetlenmesi kabul edilebilirdir. Zira anayasa değişikliklerinin anayasada öngörülen usul kurallarına uygun bir şekilde yapıp yapılmadığı nispeten tartışmadan uzak bir şekilde değerlendirilebilir. Ancak aynı şey esas denetimi için geçerli değildir. Esas denetimi söz konusu olduğunda anayasanın bir parçası haline gelen anayasa değişikliklerinin anayasaya aykırılığının incelenmesi gibi paradoksal bir durumla karşılaşmaktadır⁹. Ancak birçok ülkede anayasa değişiklikleri esas bakımından denetlenmektedir. Bu makalede, anayasa değişikliklerinin esas bakımından yargısal

¹ BARAK, A. (2011). Unconstitutional Constitutional Amendments. *Israel Law Review*, 44 (3), s. 335; ROZNAI, Y. (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*. New York: Oxford University Press, s. 197-198.

² GÖZLER, K. (2016). Kurucu İktidar (2. b.). Bursa: Ekin Yayınevi, s. 10-11; ÖZBUDUN, E. (2019). *Türk Anayasa Hukuku* (19. b.). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 167; TEZİÇ, E. (2020). *Anayasa Hukuku* (24. b.). İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 177; KABOĞLU, İ. Ö. (2020). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)* (15. b.). İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 22; ANAYURT, Ö. (2020). *Anayasa Hukuku Genel Kısım* (3. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 139-140.

³ GÖZLER, s. 23-28; ÖZBUDUN, s. 167-168; TEZİÇ, s. 178; ANAYURT, s. 142-144.

⁴ GÖZLER, s. 11-12; ÖZBUDUN, s. 168; TEZİÇ, s. 191; KABOĞLU, s. 22; ANAYURT, s. 177-178.

⁵ GÖZLER, s. 115; ÖZBUDUN, s. 168; TEZİÇ, s. 191; KABOĞLU, s. 29; ANAYURT, s. 177-178.

⁶ GÖZLER, s. 13-15; ÖZBUDUN, s. 167; TEZİÇ, s. 177; KABOĞLU, s. 22.

⁷ GÖZLER, s. 119; TEZİÇ, s. 191.

⁸ YAP, P. J. (2015). The Conundrum of Unconstitutional Constitutional Amendments. *Global Constitutionalism*, 4 (1), s. 116-118.

⁹ INGHAM, J. F. (1928). Unconstitutional Amendments. *Dickinson Law Review*, 33 (3), s. 161-162; ROZNAI, s. 6-7.

denetiminin koşulları incelenmektedir. Bu konuda iki koşulun varlığı aranmaktadır: İlk olarak, anayasa değişikliği ile dahi dokunulamayacak anayasal alanların bulunması gerekmektedir. Bu yasak alanlar açıkça anayasada ifade edilebileceği gibi anayasanın dolaylı bir yorumundan örtülü olarak da çıkarılabilir. Ancak tali kurucu iktidarın girmesi yasak olan alanların bulunması, doğrudan anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenmesini sağlamaz. Tali kurucu iktidar sınırlandırılmış olmasına rağmen yargı organı esas denetimi yapmaya yetkili olmayabilir. İşte yargı organının esas denetimi yapmaya yetkili olması ikinci koşuldur. Mahkemelerin anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlediği ülkelere bakıldığında ya anayasada açıkça öngörülen sınırlara ya da anayasada öngörülmemiş örtülü sınırlara dayanıldığı görülmektedir. Esas denetimi yapılmayan ülkelerdeki mahkemeler ise anayasayla açıkça yetkilendirilmemiş olduklarından, anayasa değişikliklerinin esası açısından yetkili olmadıklarını kabul etmektedirler.

I. ESAS DENETİMİNİN ÖN KOŞULU

Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenebilmesi için tali kurucu iktidarın esas yönünden tabi olduğu birtakım sınırların bulunması zorunludur¹⁰. Söz gelimi, yazılı bir anayasanın olduğu bir hukuk sisteminde, kanunların muhtevasının sınırı anayasadır. Kanunların içeriği anayasayla sınırlandırılmış olmasaydı, mahkemelerin kanunları esas bakımından denetlemesi mümkün olmazdı. Benzer şekilde tali kurucu iktidarın hiçbir sınırla bağlı olmadan anayasayı değiştirebileceği kabul edildiği takdirde, mahkemelerin anayasa değişikliklerini esas bakımından inceleyebilmesi mümkün değildir. Zira bu ihtimalde esas denetimine referans alınabilecek bir ölçü norm yoktur¹¹. Tali kurucu iktidarın bizatihi anayasa tarafından sınırlandırılması mümkündür. Anayasa hukukçuları bu durumu *açık sınırlar (explicit limitations)* olarak ifade etmektedir¹². Açık sınırların en sık rastlanılan örneği anayasanın, bazı hükümlerinin değiştirilemeyeceğini veya bazı hükümlerine aykırı anayasa değişikliği yapılamayacağını öngörmesidir. Örneğin 1949 tarihli Federal Almanya Anayasası'nın 79'uncu maddesinde, 1'inci ve 20'inci maddelerde yer alan ilkelere aykırı anayasa değişikliklerinin kabul edilemez olduğu hükme bağlanmıştır. 1958 tarihli Fransa Anayasası'nın 89'uncu maddesi, devletin yönetim şeklinin cumhuriyet olma özelliğini ortadan kaldıran bir anayasa değişikliği yapılamayacağını kurallaştırmıştır. Keza 1982 tarihli Türkiye Anayasası'nın 4'üncü

¹⁰ GÖZLER, K. (2008). *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*. Bursa: Ekin Press, s. 51 (<https://www.anayasa.gen.tr/jrca.pdf>, E.T: 26.10.2020).

¹¹ GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 77.

¹² GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 55, 67; ROZNAI, s. 15-16.

maddesi, ilk üç maddenin değiştirilmesini yasaklamıştır. Öte yandan, anayasa değişikliklerinin süre veya dönem bakımından sınırlandırılması da mümkündür. Süre bakımından sınırlama anayasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren belli bir süre içinde değiştirilememesi, dönem bakımından sınırlama ise olağanüstü dönemlerde anayasa değişikliği yapılamaması şeklinde olabilmektedir¹³.

Süre ve dönem bakımından getirilen sınırlara riayet edilip edilmediğinin incelenmesi usul denetimine girdiği için bununla ilgili açıklamalara çalışmada yer verilmemiştir. Anayasanın değiştirilmesi yasak alanlarının bulunması halinde ise yargı organı, anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleyebilmektedir¹⁴. Ancak tali kurucu iktidarın esasa ilişkin birtakım sınırlara tabi olması, tek başına bu sınırlara riayet edilip edilmediğinin mahkemeler tarafından denetlenebilmesini sağlamamaktadır. Zira tali kurucu iktidar esas yönünden sınırlandırılmış olsa bile yargı organı bu sınırları gözetmek konusunda yetkili olmayabilir¹⁵. Bu husus, bir sonraki başlıkta izah edilmiştir.

Anayasanın içinde herhangi bir açık sınır bulunmasa dahi tali kurucu iktidarın (tabiatı gereği) riayet etmek zorunda olduğu *örtülü sınırların (implicit limitations)* var olduğu ileri sürülebilmektedir. Örtülü sınırlar, tali kurucu iktidarın doğası itibarıyla sınırlı bir güç olduğu ve “anayasa değişikliği” söz öbeğinin semantik olarak tadilin ötesine geçen bir yeniden inşaya (reconstruction) müsaade etmediği gibi argümanlara dayandırılmaktadır¹⁶. Örtülü sınırlar doğal hukuk ilkeleri, uluslararası hukuk kuralları veya anayasanın temel yapısı olarak karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin, Hindistan Yüksek Mahkemesi, Hindistan Anayasası’nda tali kurucu iktidara yönelik açık bir sınır bulunmamasına rağmen anayasa değişikliklerinin anayasanın temel yapısını bozmayacağını içtihat etmektedir¹⁷. Keza Kolombiya Anayasa Mahkemesi,

¹³ ALBERT, R., ODER, B. E. (2018). The Forms of Unamendability, içinde: An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies. (R. ALBERT, B. E. ODER, Düzenleyenler). Gewerbestrasse: Springer, s. 12-13; ANAYURT, s. 189-191.

¹⁴ GÖZLER, Judicial Review of Constitutional Amendments, s. 54; GARLICKI, L., GARLICKA, Z. A. (2012). Review of Constitutionality of Constitutional Amendments (An Imperfect Response to Imperfections?). Anayasa Hukuku Dergisi, 1 (1), s. 192; ABEBE, A. K. (2014). The Substantive Validity of Constitutional Amendments in South Africa. South African Law Journal, 131 (3), s. 673.

¹⁵ GÖZLER, Judicial Review of Constitutional Amendments, s. 54; ABEBE, s. 673. Aksi yönde düşünen *Roznai*’ye göre, tali kurucu iktidarın sınırlı olması ile yargısal denetimi birbirinden ayıramaz. Bkz. ROZNAI, Y. (2013). Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional İdea. American Journal of Comparative Law, 61 (3), s. 661.

¹⁶ MURPHY, W. F. (1995). Merlin’s Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity, içinde: Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment. (S. Levinson, Düzenleyen). New Jersey: Princeton University Press, s. 176-177; GÖZLER, Judicial Review of Constitutional Amendments, s. 68-69; YAP, s. 116-123.

¹⁷ ALBERT/ODER, s. 9-11.

anayasada bu yönde bir sınırlama olmamasına karşın anayasanın kimliğini oluşturan ilkelerin değiştirilemeyeceğini kabul etmektedir¹⁸. Yalnızca bu iki ülkeyi örnek olarak göstermek yeterli olsa da örtülü sınırlara verilebilecek örnekler bunlarla sınırlı değildir¹⁹. Mahkemeler, anayasada açıkça öngörülme-yen örtülü sınırlara pozitif anayasa hükümlerinin dolaylı bir yorumuyla ulaşmaktadır²⁰. Ancak bizatihi anayasa, anayasa değişikliklerinin insan onuru gibi doğal hukuk ilkelerine ya da uluslararası hukuk kurallarına aykırı olamayacağını veya anayasanın temel yapısına zarar veremeyeceğini öngördüğü takdirde, artık örtülü değil açık bir sınırdan bahsetmek gerekecektir²¹. Söz gelimi, 1814 tarihli Norveç Anayasası'nın 121'inci maddesi, anayasa değişikliklerinin anayasada yer alan ilkelere aykırı olamayacağını ve anayasanın ruhunun değişmesine yol açamayacağını hüküm altına almıştır. 1999 tarihli İsviçre Anayasası'nın 194'üncü maddesi, anayasa değişikliklerinin uluslararası hukukun bağlayıcı kurallarına aykırı olamayacağını kabul etmiştir²². Norveç hukuk düzeninde anayasanın ruhu, İsviçre hukuk düzeninde uluslararası hukuk kuralları anayasa değişikliklerinin açık sınırlarıdır.

II. YARGI ORGANININ YETKİSİ

Tali kurucu iktidarın sınırlandırılmış olması anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenmesi için gerekli olsa da yeterli değildir. Buna ilaveten yargı organının anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemeye yetkili olması lazım gelmektedir. Bu ikisi, birbiriyle yakından bağlantılı ama nihayetinde birbirinden farklı koşullardır. Bu çalışmada yargı organının yetkisi, *bu yetkinin* anayasada düzenlenip düzenlenmemesine göre ayrı alt başlıklarda incelenmiştir. Yanlış anlaşılmaya mahal vermemek için, burada esas alınan anayasal

¹⁸ BERNAL, C. (2013). Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, 11 (2), s. 340 vd; CAJAS-SARRIA, M. A. (2017). Judicial Review of Constitutional Amendments in Colombia: A Political and Historical Perspective, 1955–2016. *Theory and Practice of Legislation*, 5 (3), s. 253 vd.

¹⁹ *Roznai*'ye göre örtülü sınırlar konseptinin uygulandığı diğer ülkeler şunlardır: Bangladeş, Pakistan, Güney Kore, Japonya, Çin, Tayvan, Tayland, Sri Lanka, Malezya, Singapur, Kenya, Güney Afrika, Tanzanya, Arjantin, Kolombiya, Peru ve Karayipler. Bkz. ROZNAI, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, s. 47-69.

²⁰ ALBERT/ODER, s. 9, 11.

²¹ *Roznai*, bu bağlamda, açık sınırlar ile örtülü sınırların zaman zaman birbirine karışabileceğini ifade etmektedir. ROZNAI, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, s. 71-72.

²² İsviçre Anayasasının 139'uncu maddesinde en az 100.000 kişiden oluşan bir halk girişimi (popüler initiative) ile anayasa değişikliği teklif edilebileceği, teklif edilen anayasa değişikliğinin uluslararası hukukun bağlayıcı kurallarına aykırı olamayacağı, aykırı olması halinde Federal Parlamento'nun (Federal Assembly) bu teklifi geçersiz kılacağı kayıt altına alınmıştır. Ayrıca İsviçre Anayasası, kısmi değişikliğin yanında 138'inci ve 193'üncü maddelerinde anayasanın bütünüyle değiştirilmesini de düzenlemiştir. Anayasanın bütünüyle değiştirilmesini Federal Parlamento'yu oluşturan iki meclisten biri veya halk teklif edebilir. Her halükârda anayasanın bütünüyle değiştirilmesi halinde uluslararası hukukun bağlayıcı kuralları gözetilmelidir.

düzenlemenin (anayasayı değiştirme yetkisinin sınırlarına ilişkin değil) yargı organının anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleme yetkisine ilişkin olduğu tekrar edilmelidir. İzleyen alt başlıklarda yapılan açıklamalarda, tali kurucu iktidarın sınırlandırılmış olduğu varsayımı üzerinden hareket edilmiştir. Çünkü tali kurucu iktidar sınırlandırılmadığı takdirde anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetiminin ön koşulu gerçekleşmeyeceği için yargı organlarının yetkisini tartışmanın bir anlamı olmayacaktır.

A. Konunun Anayasada Düzenlenmemiş Olması Halinde

Anayasada herhangi bir düzenleme bulunmaması halinde, tali kurucu iktidara ve yargı organına yönelik bakış açısı, yargı organının yetkisinin belirlenmesinde etkili olmaktadır: Ağırlık noktası tali kurucu iktidarın sınırlı karakterinde görüldüğü takdirde, yargı organının anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemeye yetkili olduğu sonucuna varılabilmektedir (1). Ağırlık noktası yargı yetkisinin sınırlı yapısında görüldüğü takdirde ise yargı organının açıkça yetkilendirilmediği takdirde anayasa değişikliklerini denetlemeye yetkili olmadığı kabul edilebilmektedir (2).

1. Yargı Organının Yetkili Olduğu Görüşü

Tali kurucu iktidarın, sınırları kurucu iktidar tarafından belirlenmiş bir otorite olduğuna ve sınırları içerisinde tutulması gerektiğine vurgu yapılması, anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetiminin mümkün olduğu sonucuna varılmasına yol açabilmektedir²³. Buna göre, anayasayı değiştirme yetkisi anayasayı yok etmeyi veya yeni bir anayasa yapmayı kapsamamaktadır; bu yetkinin, asli kurucu iktidarın çizdiği sınırlar içerisinde kullanılması gerekir²⁴. Fakat tali kurucu iktidarın yetkisini aşmaması, salt onun sorumluluğuna bırakılamaz. Bunu temin edecek bir dışsal denetim mekanizmasına ihtiyaç vardır²⁵. Modern hukuk sistemlerinde politik organlardan bağımsız olan yargı organı, tarafsızlığını güvence altına alan yargısal usullerin de sağladığı güvenle bu görevi üstlenmiştir²⁶. O halde, tali kurucu iktidarın “sınırlı” karakteri ancak yargısal denetimle gerçekleştirilebilir²⁷. Bu nedenle, tali kurucu

²³ ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers, s. 179-186.

²⁴ MARBURY, W. L. (1919-1920). Limitations upon the Amending Power. Harvard Law Review, 33 (2), s. 225-228; MURPHY, s. 177; KUMAR, V. (2007). Basic Structure of the Constitution: Doctrine of Constitutionally Controlled Governance. Journal of the Indian Law Institute, 49 (3), s. 372-373; ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers, s. 180.

²⁵ KUMAR, s. 372, 395; ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers, s. 181.

²⁶ ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers, s. 181-182.

²⁷ ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers, s. 182-183.

iktidara getirilmiş olan sınırların, esasında yargı organını zımni olarak yetkilendirmiş olduğu kabul edilmelidir.

Yukarıda işaret edilen görüşün pratikte çeşitli görünüşleri vardır. Bazı ülkelerde, anayasa değişikliklerinin kanun niteliğinde olduğu kabul edilerek yargısal denetim yetkisi tesis edilmektedir. Diğer bazı ülkelerde, anayasa değişikliklerinin esas bakımından yargısal denetimi ile ilgili bir anayasal düzenleme bulunmamasına rağmen, mahkemeler açık veya örtülü sınırlara istinaden anayasa değişikliklerinin esasını denetlemeye yetkili olduklarını kabul etmektedir. Bu farklı örnekler, aşağıda ayrı alt başlıklarda ele alınmıştır.

a. Anayasa Değişikliklerinin Kanun Niteliğinde Olduğu Kabul Edilerek Yapılan Denetim

Bazı ülkelerde, anayasa değişiklikleri, özü itibarıyla bir kanun olduğu kabul edilerek esas bakımından denetime tabi tutulmaktadır. Gerçi burada yargı organının yetkisi doğrudan değil, anayasa değişikliklerinin şekil bakımından kanunlarla aynı nitelikte olduğu kabul edilerek dolaylı bir yoldan savunulmaktadır.

Gözler'i takip ederek anayasa değişikliklerinin kanun niteliğinde olduğunu destekleyen argümanları ve buna karşılık zayıflatan argümanları sıralayabiliriz. Anayasa değişikliklerinin kanun mahiyetinde olduğunu destekleyen argümanlar şunlardır: Anayasa değişiklikleri, genellikle alelade kanunlar ile aynı usul takip edilerek kabul edilir ve şekil bakımından kanunlar ile aynıdır²⁸. Ayrıca kanun adı altında resmi gazetede yayımlanırlar ve birçok anayasa, anayasa değişikliklerinden anayasa değişikliği kanunu (law amending the constitution) olarak söz eder²⁹. Anayasa değişikliklerinin kanun niteliğinde olduğunu zayıflatan argümanlar ise şunlardır: İlk olarak, anayasa değişiklikleri, kanunlar ile aynı usullere tabi ve aynı şekle sahip olsa da normlar hiyerarşisinde kanunların üzerindedir³⁰. İkinci olarak, anayasa değişikliklerinin kanun mahiyetinde addedilmesi, kanun teriminin geniş yorumuna dayanmaktadır. Oysa Avrupa modelinde anayasa mahkemelerinin yetkileri genel değil, özel ve sınırlıdır. Bu nedenle, anayasa mahkemelerinin yetkisiz olması asıl, yetkili olması istisnadır. İstisnai hükümlerin dar yoruma tabi tutulması ilkesi, anayasa mahkemelerine yetki veren normların dar yorumlanmasını gerektirir. O yüzden, anayasa mahkemelerine kanunları denetleme yetkisi veren hükümler dar

²⁸ GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 20.

²⁹ GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 20.

³⁰ GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 21.

yorumlanarak anayasa değişikliklerinin bahse konu kanunların kapsamına girmediği kabul edilmelidir³¹.

Kanaatimizce anayasa değişikliklerinin kanun niteliğinde olduğunu zayıflatan argümanlar daha ağır basmaktadır. Bu argümanlara iki argüman daha ilave edebiliriz: İlk olarak, anayasa değişiklikleri şekil bakımından kanunlara benzese de usul yönünden genellikle kanunlardan ayrılmaktadır. Zira birçok ülkede, anayasa değişiklikleri için özel görüşme usulleri, parlamentoda nitelikli teklif ve/veya karar çoğunlukları ve/veya onay aşamasında devlet başkanının onayı ve/veya referandum aranmaktadır³². İkinci olarak, anayasa değişiklikleri kanun niteliğinde kabul edilerek anayasa yargısının denetim alanına sokulduğu takdirde, mantıksal olarak bütün anayasa değişikliklerinin iptal edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılması mümkün hale gelir. Çünkü anayasa değişiklikleri, mevcut anayasanın belirli hükümlerinin değiştirilmesini veya ilga edilmesini amaçladığından doğası itibarıyla anayasaya aykırıdır³³. O yüzden, anayasa değişiklikleri kanun niteliğinde olsa dahi, bunların anayasa yargısının yetki alanına girmediği kabul edilmelidir. Zira aksi takdirde, anayasanın *hukuken* değiştirilememesi gibi bir tehlikeyle karşılaşılabilir. Sonuç olarak, bu nedenlerle anayasa değişikliklerinin kanun niteliğinde olduğu önermesinin ve buna istinaden anayasa değişikliklerinin esasının denetlenmesinin isabetli olmadığını düşünüyoruz.

Avusturya Anayasa Mahkemesi, kanun niteliğinde olduğunu kabul ederek anayasa değişikliklerini denetlemektedir³⁴. Ancak Avusturya Anayasa Mahkemesi, tali kurucu iktidar esas yönünden sınırlandırılmamış olduğundan anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemeye yetkili olmadığını, yalnızca usul denetimi gerçekleştirebileceğini kabul etmektedir³⁵. Almanya Anayasa Mahkemesi de anayasa değişikliklerini kanun niteliğinde kabul ederek usul ve esas yönünden denetim yapmaktadır³⁶. Keza Türk Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası'nın yürürlüğe girişinden 1971 yılında yapılan anayasa değişikliğine kadar olan dönemde anayasa değişikliklerini aynı gerekçeyle usul ve esas bakımından denetlemiştir³⁷. Bu

³¹ GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 21.

³² TEZİÇ, s. 193-200; KABOĞLU, s. 29-33; ANAYURT, s. 184-187.

³³ ABEBE, s. 660.

³⁴ GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 23.

³⁵ TURHAN, M. (1976). *Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 33 (1), s. 77; ROZNAI, *Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional İdea*, s. 687.

³⁶ GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 22-23; TURHAN, M. (2010). *Halk Egemenliği ve Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi*. *Liberal Düşünce*, 15 (57-58), s. 50.

³⁷ GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 23-24.

konuda vereceğimiz son örnek, aynı yola başvurarak 1967 yılında verdiği kararında bir anayasa değişikliğini inceleyen Hindistan Yüksek Mahkemesidir³⁸.

b. Açık Sınırlara (Explicit Limitations) İstinaden Yapılan Denetim

Açık sınırları referans alarak denetim yapan ülkeleri görmeden önce, yargı organlarının açık sınırlardan örtülü sınırlar türetebildiklerini ifade etmemiz gerekmektedir. Söz gelimi, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, açık sınırları, anayasanın kimliğini ve iç bütünlüğünü kapsayacak şekilde genelleştirmektedir³⁹. Keza Türk Anayasa Mahkemesi, devletin değiştirilmesi yasaklanmış yönetim şekli olan cumhuriyeti, laikliği de içine alacak şekilde geniş olarak yorumlamaktadır. Bu nedenle, açık sınırları esas alan denetim ile örtülü sınırları esas alan denetimin birbirinden izole olduğu söylenemez. Birçok ülkede hem açık hem de örtülü sınırlara istinaden esas denetimi yapılmaktadır.

Açık sınırlara dayanarak denetim yapan ülkelere en sık verilen örnek Federal Almanya'dır. Federal Almanya Anayasası'nın 79'uncu maddesi, tali kurucu iktidarın sınırlarını göstermiştir. Federal Alman Anayasası, Federal Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini açıkça vermemiştir. Ancak Federal Anayasa Mahkemesi, anayasanın dayandığı objektif değerlerin korunabilmesi için bu yetkinin varlığının kabul edilmesinin zorunlu olduğu sonucuna ulaşmıştır⁴⁰. Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 79'uncu maddesinde belirtilen sınırlara ve anayasanın kimliği ile iç bütünlüğüne aykırı anayasa değişikliklerinin anayasaya aykırı olacağını kabul etmektedir⁴¹. Ancak Federal Anayasa Mahkemesi, bugüne kadar hiçbir anayasa değişikliğini iptal etmemiştir⁴².

İkinci örneğimiz, Türkiye'dir. Kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli Anayasa Mahkemesi, Türkiye'de 1961 anayasası ile kurulmuştur. Anayasa Mahkemesinin kurulmasından önce kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi söz konusu değildi. 1961 Anayasası'nın 9'uncu maddesi, devletin şeklinin cumhuriyet olduğunu hüküm altına alan 1'inci

³⁸ O'CONNELL, R. (1999). Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms. *Journal of Civil Liberties*, 4 (1), s. 68; BUSS, A. (2004). Dual Legal Systems and the Basic Structure Doctrine of Constitutions: The Case of India. *Canadian Journal of Law and Society*, 19 (2), s. 36; KUMAR, s. 369; BARAK, s. 325-326; GARLICKI/GARLICKA, s. 216-217; ROZNAI, *Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional Idea*, s. 692.

³⁹ ALBERT, R. (2009). Nonconstitutional Amendments. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 22 (1), s. 29-30; GARLICKI/GARLICKA, s. 207.

⁴⁰ O'CONNELL, s. 54; HALMAI, G. (2012). Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution?. *Constellations*, 19 (2), s. 183-184.

⁴¹ ALBERT, s. 31; GARLICKI/GARLICKA, s. 208-209; HALMAI, s. 184.

⁴² BARAK, s. 329; GARLICKI/GARLICKA, s. 209; ROZNAI, *Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional Idea*, s. 676.

maddenin değiştirilemeyeceği hükmünü haviydi. 1961 Anayasası, Anayasa Mahkemesine açıkça anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini vermemişti. Ancak Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerini usul ve esas bakımından denetlemeye yetkili olduğunu kabul etmişti⁴³. Anayasa Mahkemesi, yalnızca devletin şeklinin cumhuriyet olduğunu kayıt altına alan 1'inci maddenin değiştirilmesinin değil, bu madde değiştirilirse bile cumhuriyetin temel ilkelerine aykırı anayasa değişikliklerinin de anayasaya aykırı olacağına karar vermişti⁴⁴. Ayrıca cumhuriyeti geniş yorumlayarak hukuk devleti, sosyal devlet, demokrasi ve laikliği de cumhuriyet içinde telakki etmiş, böylece bunlara aykırı anayasa değişikliklerinin de anayasaya aykırı olacağını içtihat etmişti⁴⁵.

1971 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle 1961 Anayasası'nın 147'inci maddesi değiştirilerek Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini yalnızca usul bakımından denetlemeye yetkili olduğu kurallaştırılmıştı. Ancak Anayasa Mahkemesi, bu tarihten sonra verdiği kararlarda usul denetimini geniş yorumlamıştı. Bunun sonucunda, Anayasa'nın değiştirilemez maddesini konu alan anayasa değişikliği taleplerinin sunulmasının bile usul kurallarına aykırı olduğunu, bu aykırılığın ise usul denetimi kapsamında incelenebileceğini kabul etmişti⁴⁶. Yine, anayasanın değiştirilemez maddesini de geniş yorumlayarak yalnızca bir yönetim şekli olan cumhuriyeti değil, cumhuriyetin temel ilkelerini de bu maddenin kapsamında gördüğünü ifade etmişti⁴⁷.

1961 Anayasası, 1980 yılındaki askeri darbeyle birlikte mülga olmuş ve iki yıl sonra 1982 Anayasası yürürlüğe girmiştir. 1982 Anayasası'nın 148'inci maddesi, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini yalnızca şekil bakımından denetleyebileceğini, şekil denetiminin ise teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup

⁴³ Türk Anayasa Mahkemesinin 13.04.1971 tarih, 1970/41 Esas ve 1971/37 Karar sayılı kararı, AMKD (1970), s. 416-431 (Aktaran: GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 41-42).

⁴⁴ GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 65; ÖZBUDUN, E. (2019). *Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey: The Question of Unamendability*. *European Journal of Law Reform*, 21 (3), s. 282.

⁴⁵ GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 66; ÖZBUDUN, *Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey*, s. 282.

⁴⁶ Türk Anayasa Mahkemesinin 15.04.1975 tarih, 1973/19 Esas ve 1975/87 Karar sayılı kararı, AMKD (1975), s. 403-463; Türk Anayasa Mahkemesinin 23.03.1976 tarih, 1975/167 Esas ve 1976/19 Karar sayılı kararı, AMKD (1976), s. 118-141; Türk Anayasa Mahkemesinin 12.10.1976 tarih, 1976/38 Esas ve 1976/46 Karar sayılı kararı, AMKD (1976), s. 252-278; Türk Anayasa Mahkemesinin 27.01.1977 tarih, 1976/43 Esas ve 1977/4 Karar sayılı kararı, AMKD (1977), s. 106-119; Türk Anayasa Mahkemesinin 27.09.1977 tarih, 1977/82 Esas ve 1977/117 Karar sayılı kararı, AMKD (1977), s. 444-458 (Aktaran: GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 42-46). ÖZBUDUN, *Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey*, s. 282.

⁴⁷ GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 46.

uyulmadığı hususları ile sınırlı olduğunu öngörmüştür. Anayasa Mahkemesi, 2008 yılına kadar anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemeye yetkili olmadığını kabul etmişti. Ancak 2008 yılında verdiği “başörtüsü kararı” kararı ile 1961 Anayasası dönemindeki içtihadına geri dönerek Anayasa’nın değiştirilemez maddelerini değiştirmeyi konu alan anayasa değişikliği tekliflerinin sunulmasının bile usul kurallarını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır⁴⁸. Bu nedenle, uyuşmazlık konusu anayasa değişikliğini incelemeye yetkili olduğuna karar vermiş ve Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir⁴⁹.

Ne Federal Almanya Anayasası ne de Türkiye Anayasası (1961 ve 1982 Anayasaları), yargı organına açıkça anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleme yetkisi vermiştir. Üstelik Türkiye’de 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini sadece bazı usuli yönlerden denetleyebileceğini düzenleyerek esas denetimini yasaklamıştır. Bu sebeplerle, her ne kadar tali kurucu iktidarın müdahale etmesinin yasak olduğu alanlar var olsa da bu ülkelerdeki yargı organlarının esas denetimi yapmaya yetkili olmadıkları kanaatindeyiz. Yargı organlarının, yetkisiz oldukları halde anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemeleri yargısal aktivizmin (judicial activism) belirtisidir. Hein’e göre mahkemeler iki kriteri yerine getirdiklerinde sınırlarını aşmamış (*judicial restraint*), dolayısıyla *yargısal aktivizme (judicial activism)* tevessül etmemiş olurlar: Usuli kriter, mahkemelerin yalnızca anayasa ile açıkça veya zımni olarak yetkilendirilmeleri halinde anayasa değişikliklerini denetleyebilmelerini ifade eder⁵⁰. Zımni yetkilendirme, niteliği itibarıyla kanun olmasından yola çıkılarak anayasa değişikliklerinin denetlenmesi şeklinde tezahür eder⁵¹. Usuli kriter, aynı zamanda anayasanın, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimini yasaklaması veya yalnızca belli yönlerden denetlenebileceğini kabul etmesi halinde mahkemelerin bu yasağa veya kısıtlamaya uymasını gerektirmektedir⁵². Esasa ilişkin kriter ise anayasa değişikliklerinin yalnızca anayasada öngörülen usule aykırı şekilde yürürlüğe sokulması ya da anayasada öngörülen sınırlara aykırı hükümler içermesi halinde iptal edilebilmesidir⁵³. Her iki kriteri de yerine getiren bir mahkeme kararı, anayasa değişikliği sürecine sınırlı bir şekilde müdahale

⁴⁸ ÖZBUDUN, *Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey*, s. 283.

⁴⁹ Türk Anayasa Mahkemesinin 05.06.2008 tarih, 2008/16 Esas ve 2008/116 Karar sayılı kararı, (https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2008/116?Donemler_id=2&EsasNo=2008%2F16&KararAramaRaporu=1, E.T: 05.01.2021).

⁵⁰ HEIN, M. (2020). Do Constitutional Entrenchment Clauses Matter? *Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe*. *International Journal of Constitutional Law*, 18 (1), s. 87.

⁵¹ HEIN, s. 87.

⁵² HEIN, s. 87.

⁵³ HEIN, s. 87.

etmiş (restrained intervention) veya etmemiş (restrained non-intervention) olur⁵⁴. Bu kriterlerin biri veya her ikisinin hilafına bir anayasa değişikliğini iptal eden bir mahkeme ise aktivist bir müdahalede (activist intervention) bulunmuş olur⁵⁵. Hein'in görüşlerine katılmadığımız tek nokta zımnî yetkilendirmenin mümkün olmadığını, mahkemelerin yalnızca açıkça yetkilendirilebileceğini düşünüyor olmamızdır. Sonuç olarak, anayasa ile açıkça yetkilendirilmediği halde anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemeye yetkili olduğuna karar veren Almanya Federal Anayasa Mahkemesinin ve Türk Anayasa Mahkemesinin, aktivist bir postürle hareket ettiğini düşünüyoruz.

c. Örtülü Sınırlara (Implicit Limitations) İstinaden Yapılan Denetim

Örtülü sınırlar ile ilgili ismi en fazla zikredilen ülke olan Hindistan, *temel yapı doktriniyle (the basic structure doctrine)* anılmaktadır. Temel yapı doktrini, *Carl Schmitt*'in görüşlerine dayandırılmaktadır. *Schmitt*'e göre, anayasa iki katmandan oluşmaktadır: İlk katmanda, devletin dayandığı felsefeyi ve değerleri anlatan “çekirdek anayasa”, ikinci katmanda ise diğer anayasa kurallarını ifade eden “anayasal kanun” veya “teşkilat anayasası” bulunur⁵⁶. Anayasa değişikliklerine konu olma bakımından çekirdek anayasa ile teşkilat anayasası arasında bir ayırım yapılmalıdır. Buna göre çekirdek anayasaya müdahale etmek anayasayı ortadan kaldırmakla eş değerdir. Oysa anayasayı ortadan kaldırıp yeni bir anayasa yapmak asli kurucu iktidar olan halkın tekelindedir⁵⁷. Tali kurucu iktidar ise anayasayı ortadan kaldıramaz, yalnızca anayasada değişiklik yapabilir⁵⁸. Bu nedenle teşkilat anayasasında değişiklik yapılması mümkünken; çekirdek anayasa, anayasa değişikliklerine konu olamaz⁵⁹. Bu düşüncenin Hindistan'da yayılmasında Alman hukuk profesörü *Dietrich Conrad*'ın 1965 yılında Hindistan'da verdiği bir dersin etkili olduğu dile getirilmektedir⁶⁰. *Conrad*, bu derste Nazi rejimine dikkat çekerek, yargıcın görevinin hukuki kurumların gerçek doğasını ortaya

⁵⁴ HEIN, s. 87.

⁵⁵ HEIN, s. 87. Dördüncü bir ihtimal, mahkemelerin anayasa değişikliklerine aktivist bir şekilde müdahale etmemeleridir (activist non-intervention). Bununla, yetkili olduğu ve anayasaya aykırılığı iddia edilen anayasa değişikliği gerçekten de anayasaya aykırı olduğu halde anayasa değişikliğini geçersiz kılmaktan imtina eden mahkemelere işaret edilmektedir. Görüldüğü üzere, *Hein*'e göre yargısal aktivizm müdahaleci olmak zorunda değildir. Mahkemeler, hukukun gereğine aykırı olarak pasif kaldıkları takdirde görünüşte hiçbir şey yapmamalarına rağmen yine aktivist davranmış olurlar. Bkz. HEIN, s. 87.

⁵⁶ ANAYURT, s. 202.

⁵⁷ BUSS, s. 29.

⁵⁸ ANAYURT, s. 146-147.

⁵⁹ ANAYURT, s. 202.

⁶⁰ BUSS, s. 27; JACOBSON, G. (2006). An Unconstitutional Constitution - A Comparative Perspective. *International Journal of Constitutional Law*, 4 (3), s. 477, dn. 57; ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional İdea, s. 692-693.

çıkaran ekstrem durumları öngörmek olduğunu, bu bağlamda anayasa değişiklikleri açısından cevaplandırılması gereken sorunun tali kurucu iktidarın anayasayı ilga ederek ülkeyi bir Moğol Hükümdarının veya İngiliz Kralının yönetmesini öngörüp öngöremeyeceği olduğunu ifade etmiştir⁶¹. Hindistan Yüksek Mahkemesi, *Conrad*'ın dersinden yalnızca temel yapı doktrininin öğrenmemiş, hiçbir şekilde kontrol edilmediği takdirde anayasa değişikliklerinin nelere yol açabileceği hakkında da bir fikir edinmiştir⁶².

1949 tarihli Hindistan Anayasası, anayasa değişikliklerini esas bakımından açıkça sınırlandırmadığı gibi anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi ile ilgili bir hüküm de ihtiva etmemektedir. Ancak Hindistan Yüksek Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin tabi olduğu birtakım örtülü sınırların bulunduğunu kabul etmektedir⁶³. Buna göre, parlamento, anayasanın temel yapısını zayıflatan, bozan veya ortadan kaldıran bir anayasa değişikliği yapamaz⁶⁴. Zira aksi kabul edildiği takdirde, parlamentonun yetkisi anayasaya tabi olmaktan çıkarak anayasanın üstüne geçer⁶⁵. Tali kurucu iktidarın anayasanın temel yapısına dokunamaması eşyanın tabiatı gereği olduğu için anayasada açıkça düzenlenmesine gerek yoktur. *Wright*, bu durumu organ nakli analojisiyle desteklemektedir. Buna göre, organ nakli yapıldığında bazen nakledilen organ hastanın vücuduna uyum sağlayamaz. Böyle bir durumda hastanın yaşayabilmesi için nakledilen organı vücuttan çıkarmaktan başka bir çare yoktur. İşte anayasa değişiklikleri söz konusu olduğunda da anayasal düzenin selameti için anayasanın bütünüyle telifi mümkün olmayacak derecede uyumsuz olan bir anayasa değişikliğinin yargısal denetim vasıtasıyla geçersiz kılınması gerekir⁶⁶.

Anayasanın temel yapısının hangi ilkelerden oluştuğu konusunda Yüksek Mahkeme hakimlerinin içinde bile görüş birliği bulunmamaktadır⁶⁷. Temel yapı doktrinine ilk defa 1973 yılında verdiği *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* kararında başvurarak dava konusu anayasa değişikliğini iptal eden Hindistan Yüksek Mahkemesi, 1994 yılında verdiği *Bommai v. Union of India* kararına kadar anayasanın temel yapısı olarak pozitif anayasa hükümlerini

⁶¹ BUSS, s. 27.

⁶² BUSS, s. 28.

⁶³ O'CONNELL, s. 69; BUSS, s. 39; KUMAR, s. 367; MUKHERJEE, S. (2011). The Unconventional Dimensions of the Basic Structure Doctrine: An Insight. Nirma University Law Journal, 1 (1), s. 46.

⁶⁴ O'CONNELL, s. 69; BUSS, s. 39; KUMAR, s. 367; ALBERT, s. 22-24.

⁶⁵ JACOBSON, s. 479.

⁶⁶ WRIGHT, R. (1991). Could a Constitutional Amendment Be Unconstitutional?. Loyola University of Chicago Law Journal, 22 (4), s. 747, 764.

⁶⁷ O'CONNELL, s. 69; BUSS, s. 39-40; KUMAR, s. 366-368; ALBERT, s. 22; MUKHERJEE, s. 46, dn. 2; YAP, s. 123-124.

göstermiş; anılan kararda ise anayasanın temel yapısının anayasa hükümlerinin altında yatan ve bu hükümleri birbirine bağlayan ilkeler olduğu kanaatine ulaşmıştır⁶⁸.

Hindistan Yüksek Mahkemesi dışında Kolombiya Anayasa Mahkemesi de temel yapı doktrinine istinaden anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemektedir. 1991 tarihli Kolombiya Anayasası'nın 241'inci maddesi, Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliklerini yalnızca usul bakımından denetleme yetkisi vermiştir. Kolombiya Anayasa mahkemesi, ilk olarak 2003 yılında verdiği bir kararla parlamentonun sadece anayasayı değiştirme yetkisine sahip olduğunu, yürürlükteki anayasayı yeni bir anayasayla ikame edemeyeceğini ve yetkisini aşip aşmadığının incelenmesinin usul denetimi kapsamında olduğunu kabul etmiştir⁶⁹. Dava konusu anayasa değişikliğini anayasaya aykırı bularak iptal eden Kolombiya Anayasa Mahkemesi, kararını tali kurucu iktidarın asli kurucu iktidarın kurduğu anayasal düzeni alaşağı edemeyecek olmasına dayandırmıştır⁷⁰. Mahkeme, anayasanın kimliğini oluşturan ilkelerden herhangi birinin değiştirilmesi durumunda anayasanın ikame edilmiş olacağını belirtmiş, ancak hangi ilkelerin anayasanın kimliğini oluşturduğunu açıklamamıştır⁷¹. Kolombiya Anayasa Mahkemesinin bu içtihadı “*ikame teorisi (substitution theory)*” veya “*anayasal ikame doktrini (constitutional replacement doctrine)*” olarak isimlendirilmektedir⁷². Ancak içerik olarak temel yapı doktriniyle aynı olduğu söylenebilir. Zira temel yapı doktrini tali kurucu iktidarın anayasanın temel yapısına dokunamayacağını, ikame teorisi ise anayasanın kimliğini oluşturan ilkelerin değiştirilemeyeceğini iddia etmektedir. Anayasanın temel yapısıyla kimliği aynı şeyi ifade ettiği için aradaki fark bir adlandırma tercihindendir.

Bir önceki alt başlıkta dile getirilen gerekçelerle, anayasa değişikliklerinin örtülü sınırlardan bahisle esas bakımından denetlenmesinin doğru olmadığı kanaatindeyiz. Örtülü sınırlar, genel olarak, her anayasanın bazı temel ilkelerden müteşekkil bir kimliğinin bulunduğu ve anayasa değişikliklerinin bu kimliğin yapısını bozmayacağı düşüncesinden ilham almaktadır. Ne var ki bu temel ilkelerin ve dolayısıyla anayasanın kimliğinin ne olduğu sorularına tartışmadan uzak bir yanıt verilemediğinden, örtülü sınırlar konsepti anayasa

⁶⁸ BUSS, s. 41.

⁶⁹ ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional Idea, s. 683; BERNAL, s. 340; HALMAI, G. (2015). Judicial Review of Constitutional Amendments and New Constitutions in Comparative Perspective. Wake Forest Law Review, 50 (4), s. 960; CAJAS-SARRIA, s. 258.

⁷⁰ ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional Idea, s. 683; BERNAL, s. 341; CAJAS-SARRIA, s. 258.

⁷¹ ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional Idea, s. 684; BERNAL, s. 343-344; CAJAS-SARRIA, s. 258.

⁷² BERNAL, s. 339; CAJAS-SARRIA, s. 248.

değişikliklerinin esas bakımından denetimine referans olmak için elverişli değildir⁷³. Bu nedenle, tali kurucu iktidarın yalnızca anayasada açıkça belirtilen sınırlarla kayıtlı olduğu kabul edilmelidir. Daha da önemlisi yargı organları, ancak anayasayla açıkça yetkilendirildikleri takdirde anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleyebilir. Hindistan Anayasası'nda ne dokunulması yasak olan bir alan çizilmiş ne de Yüksek Mahkemeye anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleme yetkisi verilmiştir. Bu nedenle Hindistan Yüksek Mahkemesinin temel yapı doktrini, yargısal aktivizmin tipik bir örneğidir⁷⁴. Kolombiya Anayasa Mahkemesinin ikame teorisi için de farklı bir yorum yapmak mümkün değildir. Üstelik Kolombiya Anayasası, anayasa değişikliklerinin yalnızca usul bakımından denetlenebileceği yönündeki hükümlerle esas denetimini yasaklamıştır.

2. Yargı Organının Yetkili Olmadığı Görüşü

a. Genel Olarak

Yargı organının yetkili olduğu görüşünün karşısında, anayasada hüküm bulunmaması halinde yargı organının esas denetimi yapmaya yetkili olmadığı görüşü bulunmaktadır. Bu görüşe göre, yargı organı da dahil olmak üzere devletin hiçbir organı kaynağını anayasadan almayan bir yetki kullanamaz⁷⁵. Bu bağlamda, asli kurucu iktidar ile kurulmuş iktidarlar arasında bir ayırım yapılması zorunludur. Asli kurucu iktidar, hukuk düzeninin yaratıcısı olarak hukukun dışında bulunur. Kurulmuş iktidar mahiyetindeki devletin temel organları ise yetkilerini asli kurucu iktidarın yarattığı anayasadan alır. Bu nedenle, devlet organları, anayasa tarafından açıkça yetkilendirilmedikleri takdirde yetkisizdir. Bunun konumuzu ilgilendiren sonucu, anayasada bu yönde açık bir hüküm bulunmadıkça, bir kurulmuş iktidar olan yargı organının anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleme yetkisine sahip olmadığıdır⁷⁶.

Esas denetimi yapılmayan ülkelerde, genellikle bu mülahazalar hakimdir. Konuyu örneklendirmek adına, izleyen alt başlıkta, bu ülkelerden Fransa, Amerika ve İrlanda'daki

⁷³ TRIBE, L. H. (1983). A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role, Harvard Law Review, 97 (2), s. 440; GÖZLER, Judicial Review of Constitutional Amendments, s. 69; YAP, s. 123.

⁷⁴ HEIN, s. 86.

⁷⁵ GÖZLER, Judicial Review of Constitutional Amendments, s. 12-13. Bazı yazarlar, anayasa, yargı organını açıkça yetkilendirmemişse anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenemeyeceğini, ancak usul bakımından denetlenebileceğini ileri sürmektedir. Bkz. TURHAN, Halk Egemenliği ve Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, s. 34; ABEBE, s. 681. Biz, usul denetimi ile esas denetimi arasında bir ayırım yapılmasını doğru bulmuyoruz. Açıkça yetkilendirilmediği takdirde yargı organının ne usul ne de esas denetimi yapamayacağını düşünüyoruz.

⁷⁶ INGHAM, s. 165-166.

uygulamalara değinilmektedir. Bu açıklamaları, yargı organının anayasa değişikliklerini denetlemeye yetkili olmadığı görüşüne dair bir kısa bir değerlendirme takip etmektedir.

b. Esas Denetimi Yapılmayan Ülke Örnekleri ve Değerlendirme

Yargı organlarının anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemediği ülkelerin anayasaları, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi konusunu düzenlememiştir. Bu ülkelerdeki yargı organları, anayasa tarafından açıkça yetkilendirilmedikleri için anayasa değişikliklerinin yetki alanlarında bulunmadığı sonucuna varmışlardır. Fransa’da, 1958 Fransa Anayasası’nın 89’uncu maddesi, devletin şeklinin cumhuriyet olma özelliğini ortadan kaldıran bir anayasa değişikliği yapılamayacağını öngörmektedir. Ancak Fransa Anayasa Konseyi, 89’uncu maddedeki bu yasağın yaptırımını olmayan manevi bir yükümlülük teşkil ettiğini düşünmektedir⁷⁷. Bu nedenle, anayasa değişikliklerinin anayasallığını denetlememektedir. Şu kadar ki Anayasa Konseyi, tali kurucu iktidarın hukuki anlamda sınırlandırılmış olduğu kabul edilse bile kendisini anayasa değişikliklerinin anayasallığını denetleme konusunda yetkisiz görmektedir⁷⁸.

Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nın 5’inci maddesi, anayasa değişikliği ile hiçbir federe devletin rızası hilafına Senato’daki eşit oy hakkından mahrum bırakılamayacağını kurallaştırmaktadır. Bu hüküm, Amerika’da tali kurucu iktidar için öngörölmüş tek açık sınırdır. Fakat bazı yazarlara göre, bu açık sınırın yanında, insan onuru ve anayasanın temelini oluşturan hak ve özgürlüklere hanel getiren anayasa değişiklikleri de Anayasa’ya aykırıdır⁷⁹. Amerikan Yüksek Mahkemesi, anayasa değişikliğinin bir politik mesele (political questions) olduğunu, bu nedenle bu konuda yetkili olmadığını içtihat etmektedir⁸⁰. Amerika’da politik mesele, Kıta Avrupası’ndaki hükümet tasarruflarına yakın bir anlamda kullanılmaktadır⁸¹.

İrlanda’da anayasada açıkça öngörölmemiş olsa da 1921 yılında imzalanan İngiliz-İrlanda antlaşmasına (Anglo-Irish Treaty) aykırı anayasa değişikliği yapılamayacağı kabul edilmektedir⁸². İrlanda Yüksek Mahkemesi, yalnızca alelade kanunların anayasaya

⁷⁷ ANAYURT, s. 209.

⁷⁸ HALMAI, Judicial Review of Constitutional Amendments and New Constitutions in Comparative Perspective, s. 968; ANAYURT, s. 208.

⁷⁹ ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional İdea, s. 711-713.

⁸⁰ TURHAN, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri, s. 94; GÖZLER, Judicial Review of Constitutional Amendments, s. 32-34; BARAK, s. 330-331; ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional İdea, s. 673.

⁸¹ TURHAN, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri, s. 97, dn. 7.

⁸² O’CONNELL, s. 58.

uygunluğunu denetleme yetkisinin olduğunu, alelade kanunlardan farklı olan anayasa değişikliklerinin yetki alanına girmediğini benimsemektedir⁸³. Yüksek Mahkemeye göre, anayasa içi bir hiyerarşi olup olmadığı ve buna bağlı olarak anayasa değişikliklerinin geçerli olup olmadığı, yargıçların çözüme bağlayabileceği bir mesele değildir⁸⁴. Ancak Yüksek Mahkeme, bu konudaki kararlarını oy birliğiyle vermemiştir. Bu kararlara karşı, tali kurucu iktidarın anayasayı ortadan kaldırmasını yasaklayan örtülü sınırların bulunduğu ve Yüksek Mahkemenin bu sınırları gözetmesi gerektiği yönünde karşı oy yazıları yazılmıştır⁸⁵.

Anayasa ile açıkça yetkilendirilmeyen mahkemelerin anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemeye yetkili olmadığı yönündeki yukarıda kısaca örneklendirilen görüş, tali kurucu iktidarın da bir kurulmuş iktidar olmasından yola çıkılarak eleştirilebilir. Buna göre, tali kurucu iktidar, bütün kurulmuş iktidarlara gibi anayasanın çizdiği sınırlara riayet etmek zorundadır. Yargı organının anayasa değişikliklerini denetleyemeyeceğinin kabul edilmesi, tali kurucu iktidarı bir kurulmuş iktidar olmaktan çıkararak asli kurucu iktidar ile aynı seviyeye yerleştirir. Bu eleştirinin yerinde olmadığını düşünüyoruz. Tali kurucu iktidarın yargı denetiminden azade olması, asli kurucu iktidarın iradesi doğrultusunda olduğu takdirde, tali kurucu iktidarı asli kurucu iktidar haline getirmez. Tam tersine, anayasa ile açıkça yetkilendirilmemesine rağmen anayasa değişikliklerini esas bakımından inceleyebileceğinin kabul edilmesi, yargı organını asli kurucu iktidar mertebesine eriştirir. Çünkü anayasa değişikliğinin temel fonksiyonlarından biri, demokratik çoğunlukların mahkemelerin doğru bulmadıkları anayasal yorumlarını değiştirebilmelerine imkân tanınmasıdır⁸⁶. İşte açıkça yetkilendirilmeyen yargı organının anayasa değişikliklerini esas yönünden inceleyebileceğini kabul etmek, bu fonksiyonun yitirilmesine ve yargı organının tali kurucu iktidar tarafından dahi kontrol edilemeyen bir güç haline gelmesine yol açar. Bu ihtimalde yargı organı, anayasa hükümlerine istediği anlamı verip istediği anayasa değişikliklerini iptal ederek anayasal düzenin oyun kurucusu olabilir. Bu gerekçelerle yargı organının, anayasayla açıkça yetkilendirilmedikçe, anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleyemeyeceği kanaatindeyiz.

⁸³ GÖZLER, s. 18-19.

⁸⁴ O'CONNELL, s. 58; GÖZLER, s. Judicial Review of Constitutional Amendments, 17-18; HALMAI, Judicial Review of Constitutional Amendments and New Constitutions in Comparative Perspective, s. 977.

⁸⁵ O'CONNELL, s. 59-60; HALMAI, Judicial Review of Constitutional Amendments and New Constitutions in Comparative Perspective, s. 976-977.

⁸⁶ VILE, J. R. (1985). Limitations on the Constitutional Amending Process. *Constitutional Commentary*, 2 (2), s. 382; DIXON, R., LANDAU, D. (2015). Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment. *International Journal of Constitutional Law*, 13 (3), s. 608.

Yukarıdaki paragrafta yapılan açıklamalarla bağlantılı olarak anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminin işlevselliğine de temas etmek faydalı olabilecektir. Bu açıdan, anayasa değişikliklerinin demokrasiyi aşındırmak ve anayasal düzeni ortadan kaldırmak için kullanılabilme potansiyeline dikkat çekilmektedir⁸⁷. *Dixon/Landau*, bu tür *suistimalci anayasa değişikliklerine (abusive constitutional amendments)* karşı çözüm olarak anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenmesini önermektedir⁸⁸. Bu öneriye, iki sebeple kuşkuyla yaklaşıyoruz: İlk olarak, mahkemelerin kurumsal kapasitelerinin bu tür anayasa değişikliklerini ayırt etme konusundaki yeterliliği tartışmaya açıktır. Modern devletlerde yargı organının en büyük kurumsal avantajı addedilen politikadan bağımsızlık, bir başka perspektiften toplumsal ve politik gelişmelere karşı yabancılık olarak değerlendirilebilir⁸⁹. Bir dezavantaj olarak görülebilecek bu yabancılık, mahkemelerin suistimalci anayasa değişikliklerini bu nitelikte olmayan anayasa değişikliklerinden ayırt etme yetisine gölge düşürebilir. İkinci olarak, suistimalci anayasa değişikliklerinin yanında yargı organlarının anayasa değişiklikleri üzerinde esas denetimi yapmalarının demokrasi için teşkil ettiği tehlike de göz ardı edilmemelidir. Zira anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimi, yargı organlarına açık dokulu (open-textured) anayasa hükümlerinin anlamını belirleme ve anayasa değişikliklerini belirledikleri bu anlama göre denetleme konusunda kontrolü mümkün olmayan bir süper yetki verir⁹⁰. Mahkemeler, böyle bir yetkiyle donatıldıkları takdirde bizzat bu yetkinin demokrasiyi aşındırmak için kullanılmayacağını bir garantisi yoktur⁹¹. Bu bağlamda, anti demokratik yönetimlerden kaçmak isterken yargıçların değer yargılarının egemen olduğu bir yargıçlar hükümetine (juristocracy) yol açılabilir⁹². Kaldı ki esas denetiminin anti demokratik anayasa değişikliklerini durdurabileceği de şüphelidir. Mesela *Vile*, halkın yozlaşarak despotik yönetimlere kapı aralamak istemesi gibi ekstrem ihtimallerde yargısal denetimin buna engel olamayacağını düşünmektedir. Yazara göre, bir emniyet vanası (safety-valve) olan yargısal denetimin, popüler duygular kaynama noktasına ulaştığında bu duyguları bastırabilmesi pek olası değildir⁹³. Hatta yargısal denetimin anti demokratik kısılcımları aleve dönüştürmesi bile ihtimal dahilindedir. Bundan kastımız, yargısal denetim nedeniyle anayasayı değiştiremeyen otoriter liderlerin anayasayı ilga etme veya olağanüstü yönetim ilan ederek etkisiz kılma yoluna

⁸⁷ DIXON/LANDAU, s. 612.

⁸⁸ DIXON/LANDAU, s. 608.

⁸⁹ YAP, s. 129.

⁹⁰ DIXON/LANDAU, s. 611.

⁹¹ VILE, s. 383; YAP, s. 130.

⁹² YAP, s. 131, 135.

⁹³ VILE, s. 382.

gitmeleri olasılığıdır⁹⁴. Bu nedenlerle anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenmesinin, hukukiliği bir kenara bırakılacak olursa işlevselliğine de kuşkuyla yaklaşıyoruz. Bu açıdan, anayasa değişikliklerinin esası ile ilgili uyumsuzlukların çözümünün hukuktan ziyade siyasetin alanında kaldığının kabul edilmesi, yine ideal olmasa da yargısal denetime nazaran daha yerinde bir çözüm olabilir⁹⁵.

B. Konunun Anayasada Düzenlenmiş Olması Halinde

1. Genel Olarak

Hiçbir düzenlemenin bulunmamasının yanı sıra, anayasa, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimini bir şekilde düzenlemiş olabilir. Burada üç ihtimalin varlığından söz edilebilir. Anayasa, ilk olarak, anayasa değişikliklerinin yargı organı tarafından denetlenemeyeceğini öngörmüş olabilir. İkinci olarak, ayırım yapmadan anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminin mümkün olduğunu kurallandırmış olabilir. Üçüncü olarak, anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminin mümkün olduğunu kurallandırmasına ilave olarak denetimin kapsamını da belirlemiş olabilir. Bu son ihtimal, yalnızca usul denetiminin mümkün olduğu belirtilerek esas denetiminin dışlanması olarak tezahür etmektedir. Esas denetimini kabul edip usul denetimini dışlamak teorik bir ihtimal olarak var olsa da bu ihtimalin gerçekleşme olasılığı oldukça düşüktür.

Anayasa, denetimin kapsamına işaret etmeden yalnızca anayasa değişikliklerinin yargı organı tarafından denetleneceği yönünde bir hüküm içeriyorsa, yargı organının hem esas hem de usul denetimi yapmaya yetkili olduğu söylenebilir. Çünkü yargısal denetim hem usul hem esas denetimini ihtiva eder. Bu konuda bir belirsizlik de yoktur. Belirsizlik olmadığı için yargı organının yetkili olmasının istisna olduğu dikkate alınarak “istisnalar dar yorumlanır” ilkesine de başvurulamaz. Başka bir ifadeyle, “yargısal denetimin” anlamının belirsiz olduğu öne sürülerek dar yoruma tabi tutulması gerektiği ve bunun sonucunda yalnızca usul denetimini kapsadığı iddia edilemez. Ancak tali kurucu iktidar hiçbir şekilde sınırlandırılmamışsa yargı organı, anayasa tarafından yetkilendirilmiş olsa bile esas denetimi yapamaz; yalnızca usul denetimi yapabilir. Örneğin, 1996 tarihli Güney Afrika Anayasası’nın 167’inci maddesi, Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğu konusunda karar verme yetkisi vermiştir. O halde Güney Afrika’da Anayasa Mahkemesi, kural olarak, anayasa değişikliklerini usul ve esas bakımından denetleme yetkisine sahiptir. Fakat Güney Afrika

⁹⁴ DIXON/LANDAU, s. 615.

⁹⁵ TRIBE, s. 436, 442-443.

Anayasası'nın 74'üncü maddesi, anayasa değişiklikleri için yalnızca usuli kriterler öngörmüş, esas bakımından ise herhangi bir sınır getirmemiştir. Dolayısıyla, Güney Afrika'da anayasa değişikliklerinin esas bakımından yargısal denetimine referans alınacak bir ölçü norm bulunmamaktadır. Bu durum karşısında, Güney Afrika'da Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini usul bakımından denetlemeye yetkili, esas bakımından denetlemeye ise yetkili olmadığı söylenebilir⁹⁶.

Anayasa, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimini bütünüyle yasaklamışsa yargı organının dolaylı yollardan giderek bu yasağı aşmaya çalışmaması gerekmektedir. Nihayetinde bir kanun olduğunu öne sürerek anayasa değişikliklerinin kanunlar gibi yargı denetiminden geçmesi gerektiğini iddia etmek, söz konusu dolaylı yolların en bariz örneklerinden biridir. Keza yargısal denetim yasağının yalnızca anayasada yapılan değişiklikleri kapsadığını, buna mukabil anayasanın bir başka anayasayla ikame edilmesinin yasak kapsamında olmadığını, bu nedenle anayasanın ortadan kaldırılmaya çalışılması halinde bunun yargı organı tarafından engellenebileceğini ileri süren görüş de söz konusu dolaylı yollara verilebilecek bir başka örnektir. Her ne gerekçeyle olursa olsun, anayasa tarafından yasaklanmasına rağmen anayasa değişikliklerini inceleyen bir mahkeme, hukuk düzeninin kendisine biçtiği sınırları aşarak aktivist bir tutum takınmış olur⁹⁷. Öte yandan anayasa, anayasa değişikliklerinin sadece usul bakımından denetlenebileceğini ilan etmişse mahkemelerin anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlememeleri gerekmektedir. Ancak anayasanın farklı bölümlerinin farklı usullerle değiştirilebilmesi hüküm altına alınmışsa, usul denetiminin gerçekleştirilebilmesi için esas denetimi yapmak bir zorunluluktur. Bu zorunluluk, bizi usul denetimi ile esas denetimi arasındaki ilişkiye götürmektedir.

2. Usul Denetimi ile Esas Denetimi Arasındaki İlişki

Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi söz konusu olduğunda usul denetimi ile esas denetimi arasındaki ilişki sorunlu alanlardan biri olmaktadır. Zira farklı ülkelerdeki birçok yargı organının usul denetimi kisvesi altında esas denetimi yaptığı iddia edilmektedir. Anayasa değişikliklerinin usulü, anayasa değişikliği yapılırken izlenmesi gereken yöntemlere işaret etmektedir. Organik anlamda yasama işlemi niteliğinde olan anayasa değişiklikleri teklif, görüşme, kabul ve onay aşamalarından geçer⁹⁸. Birçok ülkede anayasa değişikliklerinin parlamentodaki siyasi parti gruplarından biri veya parlamento üyelerinin bir kısmı tarafından

⁹⁶ ABEBE, s. 664-665, 679.

⁹⁷ HEIN, s. 87.

⁹⁸ TEZİÇ, s. 193-200; KABOĞLU, s. 29-33; ANAYURT, s. 183.

teklif edilebilmesi öngörülmüştür. Çift meclisli parlamentolarda teklifin her iki meclis tarafından getirilmesi gerekebilir. Teklif, parlamentoda görüşülür. Teklifin parlamentoya sunulmasından belli bir süre geçtikten sonra görüşülmesi veya birden fazla görüşülmesi şart koşulabilir. Teklif görüşüldükten sonra genellikle parlamentonun nitelikli çoğunluğu tarafından kabul edilmesi aranmaktadır. Teklif kabul edildikten sonra yayımlanmasını müteakip yürürlüğe girebileceği gibi, teklifin onay için devlet başkanına veya referanduma sunulması da söz konusu olabilir⁹⁹. İşte teklif, görüşme, kabul ve onay aşamaları anayasa değişikliği işleminin usulünü oluşturur. Anayasa değişiklikleri usul bakımından denetlendiğinde incelenmesi gereken bahse konu aşamalarıdır. Söz gelimi, en az iki defa görüşülme şartının olduğu bir yerde yalnızca bir defa görüşülen bir anayasa değişikliği usule aykırıdır. Yargı organının, yetkili olduğu takdirde, anayasaya aykırılığı iddia edilen böyle bir anayasa değişikliğini iptal etmesi gerekir.

Anayasa değişikliklerinin esasları ise onların içerikleri, taşıdıkları anlamdır. Aslında esasın usule ilişkin olmayan her şey şeklinde olumsuz bir tanımının yapılabilmesi de mümkündür. Genel olarak, anayasa değişikliği işleminin usulü ile esasını ayırmak konusunda bir güçlük olmadığını söylemek yanlış olmaz. Ancak buna rağmen bazı ülkelerde usul denetimi adı altında esas denetimi yapılmaktadır. Bahse konu ülkelerin en yakın örneği Türkiye'dir. Yukarıda açıklandığı üzere, Türk Anayasa Mahkemesi, usul denetimi yapabilmek için esas denetimine başvurmak zorunda olduğunu iddia etmektedir. Bu iddia, usul denetimi ile esas denetiminin iç içe cereyan ettiği, bu nedenlerle birbirlerinden ayıramayacakları düşüncesine dayanmaktadır. Ne var ki bütün anayasa hükümlerinin aynı usulle değiştirilebildiği bir yerde, usul denetimi ile esas denetimi birbirinden ayırt edilebilir¹⁰⁰. Türkiye'de Anayasa maddelerinin tamamı aynı usulle değiştirilebildiği için usul denetiminin esas denetimi yapılmasını zorunlu kıldığı bir ihtimal yoktur.

Anayasa, farklı maddelerinin veya bölümlerinin farklı usullerle değiştirilmesini öngörmüşse usul denetimi ile esas denetimi iç içe geçer¹⁰¹. İşte bu ihtimalde esas denetimine girişmeden usul denetimi yapabilmek mümkün değildir. Bu konuda verebileceğimiz bir örnek 1921 tarihli Avusturya Anayasası'dır. 1921 Avusturya Anayasası'nın 44'üncü maddesi, anayasanın kısmi değişikliği (partial revision) için parlamentonun nitelikli çoğunluğunu, toptan değiştirilebilmesi (total revision) için ise nitelikli çoğunluğa ilaveten referandumu şart koşmaktadır. Avusturya Anayasa Mahkemesi, kısmi değişiklik söz konusu olduğunda,

⁹⁹ TEZİÇ, s. 195-200; KABOĞLU, s. 31-33; ANAYURT, s. 186-187.

¹⁰⁰ ABEBE, s. 689.

¹⁰¹ ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers, s. 211.

parlamentonun isimlendirmesiyle bağlı kalmadan, gerçekten de bir kısmı değişiklik olup olmadığını belirlemek için anayasa değişikliklerinin içeriğine bakmaktadır. Anayasanın, bütün maddelerini olmasa da temel ilkelerinin herhangi birini değiştiren veya etkileyen anayasa değişikliklerinin toptan değişiklik olduğunu benimseyen Avusturya Anayasa Mahkemesi, referanduma sunulmamış olan toptan değişikliklerin anayasaya aykırı olduğu sonucuna varmaktadır¹⁰². Avusturya Anayasa Mahkemesi, her ne kadar anayasa değişikliklerinin içeriğini inceliyor olsa da bu yola usul denetimi yapmaya matuf olarak başvurmaktadır. Zira anayasa değişikliğinin içeriği incelenmeden ortada bir kısmı değişiklik mi yoksa toptan değişiklik mi olduğu anlaşılammakta ve dolayısıyla anayasa değişikliğinin hangi usule tabi olduğu saptanamamaktadır¹⁰³. Dolayısıyla Avusturya Anayasa Mahkemesi gerçekten de usul denetimi yapmaktadır¹⁰⁴. Ancak Avusturya Anayasa Mahkemesinin, anayasanın temel ilkelerinde yapılan değişikliklerin toptan değişiklik olduğu sonucuna varması eleştiriye açıktır. Zira, anayasanın temel ilkelerinin ne olduğu ve ne tür anayasa değişikliklerinin bu ilkelere hanel getirdiği sorularına objektif bir yanıt vermek güçtür. Bu nedenle, yalnızca anayasanın bütün maddelerinin değiştirilmesi veya ilga edilmesi halinde toptan değişiklik yapıldığı kabul edilmelidir.

İkinci örneğimiz Güney Afrika'dır. 1996 Güney Afrika Anayasası'nın 74'üncü maddesi, anayasanın farklı bölümleri için farklı değiştirme usulleri belirlemiştir. Bu durumda, Güney Afrika Anayasa Mahkemesinin usul denetimi yapabilmesi için ilk önce anayasa değişikliklerinin muhtevasını inceleyerek Anayasa'nın hangi bölümünün değiştirildiğini tespit etmesi gerekmektedir. Zira ancak Anayasa'nın hangi bölümünün değiştirildiği tespit edildikten sonra, değiştirilen bölüm için öngörülen usul kurallarına riayet edilip edilmediği kontrol edilebilecektir. Burada da esas denetimi, Anayasa Mahkemesinin usul denetimi yapabilmesinin ön koşuludur¹⁰⁵.

¹⁰² TURHAN, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri, s. 77-78; GÖZLER, Judicial Review of Constitutional Amendments, s. 35-39; ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional İdea, s. 687.

¹⁰³ ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers, s. 211.

¹⁰⁴ Anayasayla açıkça yetkilendirilmediği için Avusturya Anayasa Mahkemesinin usul denetimi yapmaya da yetkili olmadığını düşünüyoruz. Daha önce bu konuya ilişkin kanaatimizi açıklamış olduğumuzdan burada konuyu dağıtmamak için tekrar etmiyoruz.

¹⁰⁵ ABEBE, s. 689.

SONUÇ

Çalışmamızda ulaştığımız sonuçları, maddeler halinde şu şekilde sıralayabiliriz:

1) Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenebilmesinin ön koşulu, tali kurucu iktidarın esas bakımından tabi olduğu sınırların bulunmasıdır. Bu sınırlar, anayasa tarafından açıkça ifade edilmişse açık sınır, anayasada yer almıyorsa örtülü sınır olarak isimlendirilir.

2) Tali kurucu iktidarın esas bakımından sınırlandırılması ile yargısal denetimi ayrı koşullardır. Mahkemeler, yalnızca anayasa tarafından açıkça yetkilendirildikleri takdirde anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleyebilir. Anayasa, anayasa değişikliklerinin esas denetimine tabi tutulmasını yasaklamışsa yargı organlarının bu yasağın arkasından dolanmaya çalışmamaları gerekir. Keza usul denetimi kılıfı altında esas denetimi yapmamaları icap eder. Ancak anayasanın, farklı bölümleri için farklı değiştirme usulleri tespit etmiş olması ihtimalinde esas denetimi usul denetiminin ön koşuludur.

3) Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlendiği ülkelerin bir kısmında açık sınırlar, diğerlerinde ise örtülü sınırlar esas alınmaktadır. Çalışmamızda açık sınırları esas alan ülkelere Almanya ve Türkiye hakkında açıklama yapılmıştır. Örtülü sınırları uygulayan ülkelere ise Hindistan ve Kolombiya örnek verilmiştir. Açık sınırlara dayanarak denetim yapan Türk Anayasa Mahkemesinin ve Almanya Anayasa Mahkemesinin, anayasayla açıkça yetkilendirilmedikleri için yetkisiz oldukları sonucuna ulaşılmıştır. Aynı gerekçeyle Hindistan Yüksek Mahkemesi ve Kolombiya Anayasa Mahkemesinin de yetkili olmadığı belirtilmiştir. Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenmesinin suistimalci anayasa değişikliklerine karşı etkili olamayacağı, ayrıca yargı organlarının böyle bir yetkiyle donatılmasının da en az suistimalci anayasa değişiklikleri kadar tehlikeli olduğu ifade edilmiştir.

4) Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenmediği ülkelerdeki yargı organları, anayasayla açıkça yetkilendirilmedikleri için yetkili olmadıkları sonucuna ulaşmaktadırlar. Çalışmamızda örnek olarak Fransa, Amerika ve İrlanda'daki uygulamalara değinilmiştir.

KAYNAKÇA

- ABEBE, A. K. (2014). The Substantive Validity of Constitutional Amendments in South Africa. *South African Law Journal*, 131 (3), 656-694.
- ALBERT, R. (2009). Nonconstitutional Amendments. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 22 (1), 5-48.
- ALBERT, R., ODER, B. E. (2018). The Forms of Unamendability, içinde: *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*. (R. ALBERT, B. E. ODER, Düzenleyenler). *Gewerbestrasse: Springer*, 1-26.
- ANAYURT, Ö. (2020). *Anayasa Hukuku Genel Kısım (3. b.)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- BARAK, A. (2011). Unconstitutional Constitutional Amendments. *Israel Law Review*, 44 (3), 321-342.
- BERNAL, C. (2013). Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, 11 (2), 339-357.
- BUSS, A. (2004). Dual Legal Systems and the Basic Structure Doctrine of Constitutions: The Case of India. *Canadian Journal of Law and Society*, 19 (2), 23-50.
- CAJAS-SARRIA, M. A. (2017). Judicial Review of Constitutional Amendments in Colombia: A Political and Historical Perspective, 1955–2016. *Theory and Practice of Legislation*, 5 (3), 245-275.
- DIXON, R., LANDAU, D. (2015). Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment. *International Journal of Constitutional Law*, 13 (3), 606-638.
- GARLICKI, L., GARLICKA, Z. A. (2012). Review of Constitutionality of Constitutional Amendments (An Imperfect Response to Imperfections?). *Anayasa Hukuku Dergisi*, 1 (1), 185-222.
- GÖZLER, K. (2016). *Kurucu İktidar (2. b.)*. Bursa: Ekin Yayınevi.
- GÖZLER, K. (2008). *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*. Bursa: Ekin Press (<https://www.anayasa.gen.tr/jrca.pdf>, E.T: 26.10.2020).
- HALMAI, G. (2012). Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution?. *Constellations*, 19 (2), 182-203.

- HALMAI, G. (2015). Judicial Review of Constitutional Amendments and New Constitutions in Comparative Perspective. *Wake Forest Law Review*, 50 (4), 951-984.
- HEIN, M. (2020). Do Constitutional Entrenchment Clauses Matter? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe. *International Journal of Constitutional Law*, 18 (1), 78-110.
- INGHAM, J. F. (1928). Unconstitutional Amendments. *Dickinson Law Review*, 33 (3), 161-168.
- JACOBSOHN, G. (2006). An Unconstitutional Constitution - A Comparative Perspective. *International Journal of Constitutional Law*, 4 (3), 460-487.
- KABOĞLU, İ. Ö. (2020). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar) (15. b.)*. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- KUMAR, V. (2007). Basic Structure of the Constitution: Doctrine of Constitutionally Controlled Governance. *Journal of the Indian Law Institute*, 49 (3), 365-398.
- MARBURY, W. L. (1919-1920). Limitations upon the Amending Power. *Harvard Law Review*, 33 (2), 223-235.
- MUKHERJEE, S. (2011). The Unconventional Dimensions of the Basic Structure Doctrine: An Insight. *Nirma University Law Journal*, 1 (1), 45-60.
- MURPHY, W. F. (1995). *Merlin's Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity, içinde: Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*. (S. Levinson, Düzenleyen). New Jersey: Princeton University Press, 163-190.
- O'CONNELL, R. (1999). Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms. *Journal of Civil Liberties*, 4 (1), 48-75.
- ÖZBUDUN, E. (2019). *Türk Anayasa Hukuku (19. b.)*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- ÖZBUDUN, E. (2019). Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey: The Question of Unamendability. *European Journal of Law Reform*, 21 (3), 278-290.
- ROZNAI, Y. (2013). Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, 61 (3), 657-720.
- ROZNAI, Y. (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*. New York: Oxford University Press.

- TEZİÇ, E. (2020). Anayasa Hukuku (24. b.). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- TURHAN, M. (1976). Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 33 (1), 63-104.
- TURHAN, M. (2010). Halk Egemenliği ve Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi. Liberal Düşünce, 15 (57-58), 33-59.
- TRIBE, L. H. (1983). A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role, Harvard Law Review, 97 (2), 433-445.
- VILE, J. R. (1985). Limitations on the Constitutional Amending Process. Constitutional Commentary, 2 (2), 373-388.
- YAP, P. J. (2015). The Conundrum of Unconstitutional Constitutional Amendments. Global Constitutionalism, 4 (1), 114-136.
- WRIGHT, R. (1991). Could a Constitutional Amendment Be Unconstitutional?. Loyola University of Chicago Law Journal, 22 (4), 741-764.