

EBEDİYET KAYDI: ASLÎ KURUCU İKTİDARIN EBEDÎ MİRASI

Eternity Clause: Eternal Heritage of Constituent Power

Uğur YAKASIZ*

*“Anayasa, milletin tamamıyla arzularını ve meclisin mahiyetini
ve gerçek şeklini gösterir bir kanundur.”*

Mustafa Kemâl ATATÜRK

Özet

Hızla yenileşerek değişen ekonomik, sosyal ve siyasal yaşamda hukuk sistemlerinin de bu durumdan etkilenmemesi kaçınılmazdır. Nitekim yönetmelikler, kanunlar hatta anayasal hükümler durağan olmaktan ziyade muhtelif amaçlar dahilinde ve farklı yasal işlemler yoluyla değişmekte olan hukuk metinleridir. Hukuki metinlerin, bunların düzenlediği ekonomik siyasal ve sosyal yaşamın değişimi bir vakıa iken hukuk yazınında “ebediyet”, “sonsuzluk” gibi kavramların göze çarpması oldukça ilginçtir. Yerleşiklik ve ebediyet kayıtları, bazı anayasal hüküm, ilke ve değerlerin değiştirilmesini kısıtlayan ve bazen de tamamen yasaklayan anayasal normlardır. Anayasaların bu tür kayıtlarla koruduğu ilke ve değerler incelendiğinde, demokrasi, temsili hükümet, cumhuriyet, din-devlet ilişkisi, insan hakları gibi devlet ve toplumun en temel unsurlarına veya evrensel haklara ilişkin oldukları görülmektedir. Kayıtların kullanılmasındaki amaç; kısıtlarla pratik gücü sınırlamak, genel yasaklarla ise devletin temel unsurlarının, rejimin muhtemel tahrifini veya yok edilmesini engellemektir. Özellikle ebediyet kayıtlarının varlığıyla, ilgili anayasal hüküm ilke ve değerlerin hukuk içi yollarla ilgası veya değiştirilmesi anayasa koyucu tarafından engellenir. Çalışmamızın konusunu oluşturan ve birçok anayasada da kendine yer bulan bu kayıtlar, anayasal değişikliğin sınırı klişe tabiriyle kırmızı çizgisidir. Yerleşiklik ve ebediyet kaydı kavramı çalışmamızda tanımlanıp tarihsel gelişimi incelenecek, hukuki niteliği açıklanacak ve anayasa yargısındaki yeri ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, anayasa değişikliği, değiştirme yasağı, ebediyet kaydı, yerleşiklik kaydı

Abstract

In the rapidly changing economic, social and political life, it is inevitable that the legal systems will not be affected by this situation. As a matter of fact, regulations, laws and even constitutional provisions are legal texts that amend for various purposes and through different legal processes, rather than being static. While the amendment of legal texts and the changing of economic, political and social life they regulate is a fact, it is quite interesting that a concept such as “eternity”

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 27.11.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 27.12.2023

* Avukat, Giresun Barosu, Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, avukatyakasiz@gmail.com, <https://orcid.org/0009-0004-4175-0518.



stand out in the literature of law. Entrenchment clauses and eternity clauses are constitutional norms that constrain or sometimes completely prohibit the amendment of certain constitutional provisions, principles and values. As the principles and values protected by constitutions with such provisions are examined, it is seen that they are related to the most basic elements of state and society or universal rights such as democracy, representative government, republic, religion-state relationship, human rights. Purpose of using the clauses is to limit the practical power with restrictions, and to prevent the probable distortion or destruction of the basic elements of the state and regime with general prohibitions. Especially with the existence of eternity clauses, the abolition or modification of the relevant constitutional provisions, principles and values by legal means is prevented by the constituent power. These clauses, which are the subject of our study and are also included in many constitutions, are the limit of constitutional amendment, the stop lines of it in cliché terms. The concept of entrenchment and eternity clauses and their historical basis, legal character will be explained and their place in the constitutional judiciary will be discussed in our study.

Keywords: Constitution, constitutional amendment, entrenchment clause, eternity clause, prohibition of amendment

GİRİŞ

Ebediyet veya sonsuzluk kavramları, modern hukukla çelişik durumdadır. Bi-rey ve toplumun algısının genel olarak geçmiş ve gelecekte müteşekkil olduğu düşünüldüğünde ebediyet veya sonsuzluk, dünyevî olmaktan çok mistik olarak nitelendirilebilecek kavramlardır. Modern hukuk, sürekli gelişen toplum yapısına ayak uydurma kabiliyetindeki bir araçtır. Ancak görevi, sadece toplumda var olan düzenin salt açıklamasından ibaret değil, siyasal sosyal ve ekonomik istikrarı sağlamak ve toplumun değişimine yön vermektir. Öyleyse hukukun dinamik karakteri gereği, hukuk metinleri de dinamik olmalı, çağın isterlerine karşılık vermek için değişmeli ve gelişmelidir.

Kanun ve normlar hiyerarşisinde kanunların altında yer alan hukuk metinlerinin değişmesi, ilga edilmesi gibi işlemler alışlagelmiştir. Birçoğu yazılı ve sert (katı) olan anayasalarda da değişiklikler yapılmak suretiyle söz konusu dinamizm anayasacılıkta devam etmektedir. Peki ya toplumun ve devletin üzerine bina edildiği en geniş mutabakat ürünü ve en üst hukuki norm olan anayasanın içerdiği mühim ilke ve değerler, kimi zaman anayasanın ruhu, korunmak istenirse ne olacaktır? Bu durumda anayasa koyucular, yerleşiklik kayıtları ve ebediyet hükümleri ile değişiklikleri kısıtlama veya yasaklama yoluna gitmişler ve korumayı amaçladıkları hüküm ve ilkelerin hukuk içi yollarla değişmesini önlemiş veya zorlaştırmışlardır. Suber'e göre bunlar, bir anayasanın belirli bölümlerinde yapılan değişiklikleri veya belirli koşullar altındaki değişiklikleri ya "normal" değişikliklerden daha zor hale getiren ya da imkansız, başka bir deyişle yasal olarak kabul edilemez kılan hükümlerdir.¹ Peki bu kayıtların hukuki niteliği nedir? Yasamanın ve gelecek nesillerin üzerindeki antidemokratik bir kural mı yoksa anayasa ve anayasal değerleri "kötü emellerden" koruyan akıllıca bir araç mıdır?

¹ P. Suber, *The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence, and Change*. (New York: Lang, 1990), s. 75

I. TARİHSEL SÜREÇ – ANTİKİTEDEN MODERN ÇAĞLARA

Bu bölümde ebediyet kayıtlarının öncülü olan düzenlemelerden başlayarak Kuzey Amerika ve Avrupa'daki ilk örneklerinden bahsedilecektir, daha sonra modern örnekler ve Türk Anayasalarında bulunan ebediyet kayıtları incelenecektir.

A. Öncül Kayıtlar

Ebediyet kayıt veya hükümleri anayasacılık tarihiyle paralel şekilde Kuzey Amerika'da geliştirilmiş olsa da Yunan şehir devletlerindeki bazı hukuki metinler ve Yakın Çağ'da Avrupa anayasal gelişmeleri arasında sayılan kimi yasalar, biçimsel olarak değiştirilemezliği yani ebediyet kaydının öncüllerini ihtiva eder. Antik Yunan'da, kanun koyucular yerleşiklik kayıtlarını “güçlülerin yasayı kendi isteklerine uyacak şekilde değiştirmelerini önlemek için güvenceler” olarak kullandılar.² Bu tür kayıtlar birçok Yunan şehir devletinde düzenlenmiş ve birçoğu da onları ihlal edenler için yasadışı, müsadere veya sürgün gibi oldukça sert cezalar öngörmüştür.³ Bu bilgilere dayanarak hukuki metinlerde salt değiştirilemezliğin antik döneme kadar giden geçmişlerinin bulunduğu, modern anayasacılıktan uzun zaman önce işlevleriyle ortaya çıktığı söylenebilir.

Yakın Çağ Avrupası'nda, değiştirilemeyen hükümlerin ve yasaların bilinen dört örneği vardır, öyle ki İngiliz İç Savaşı ve monarşisinin geçici olarak kaldırılması sırasında ortaya çıkan ilk iki metin, “*Agreement of the People*” (1647/1649) ve “*Instrument of Government*” (1653), doktrinde değiştirilemez olarak yorumlanan hükümler içermektedirler.⁴ Danimarka ve Norveç Kralı III. Frederick tarafından yayımlanan ve her iki ülkenin mutlakiyetçi anayasal belgesini oluşturan 1665 tarihli Lex Regia veya Kongeloven (Kral Yasası), ön sözünde “reddedilemez” (*uimodsigelig*) ve “sonsuz dek” (*till ævig tiid*) geçerli olduğunu hükme bağlamaktadır.⁵ Son olarak Macaristan'da 1741 tarihli “Soyluların özgürlükleri ve ayrıcalıklarına dair VIII. Yasa” da öğretide değiştirilemez olduğu ifade edilen hukuki metinlerden biridir.⁶

XVII. yüzyılın sonlarına doğru John Locke, değiştirilemezlik kavramını İngiltere'den Kuzey Amerika sömürgelerine getirmiş ve 1669 tarihli “*Fundamental Constitutions of Carolina*”, yani koloninin Locke tarafından yazılan şartının de-

² E.M. Harris, *Democracy and the Rule of Law in Classical Athens: Essays on Law, Society, and Politics*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), s. 22

³ D.M. Lewis, “Entrenchment-Clauses in Attic Decrees”, içinde P.J. Rhodes (Ed.), *Selected Papers in Greek and Near Eastern History*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), s. 136-149.

⁴ M. Schwartzberg, *Democracy and Legal Change*. (Cambridge: Cambridge University Press, 2007)

⁵ 1665 Kongeloven [Kral Yasası], şuradan ulaşılabilir: <<https://-danmarkshistorien.dk/vis/materiale/kongeloven-1665>

⁶ Z. Szenté, “The Historic Origins of the National Assembly in Hungary”, (*Historia Constitucional*, 8, 2007), s.227-244



ğişmez olduğu, 120'nci ve son bölümünde Locke tarafından şiirsel bir dille ifade edilmiştir, ki biz de tarafımızca yapılan çeviriyle birlikte yazıldığı gibi aktarmayı uygun görüyoruz:

“...These fundamental constitutions, in number a hundred and twenty, and every part thereof, shall be and remain the sacred and unalterable form and rule of government of Carolina forever. Witness our hands and seals, the first day of March, sixteen hundred and sixty-nine.”

[...Sayıları yüz yirmi olan işbu temel yasalar ve bunların her bölümü, sonsuza dek Carolina hükümetinin kutsal ve değiştirilemez şekli ve kuralı olacak ve öyle kalacaktır. Ellerimiz ve mühürlerimiz şahittir, 1 Mart, 1699]

Locke'un “değiştirilemezlik” kavramını Kuzey Amerika'ya getirmesinden sonra birçok koloni şartı, farklı şekillerle ebediyet kayıtlarının öncüllerini kullanmıştır. Ancak modern anayasacılık tarihindeki ilk yerleşiklik kaydını görmek ancak 1776'da mümkün olmuştur.

B. Modern Anayasacılıkta Ebediyet Kayıtları

1. Kuzey Amerika

2 Temmuz 1776'da, New Jersey Anayasasıyla modern anayasacılıkta yerleşiklik kayıtlarının tarihi “biraz paradoksal” olarak başlamıştır, öyle ki koloninin anayasası bir değişiklik mekanizması öngörmemektedir ancak tüm parlamenterlerin edeceği yemin metnini düzenleyen 23'üncü madde değişmez bir hükümdür⁸:

“Ben, A.B., New Jersey Kolonisi Yasama Konseyinin [veya duruma göre meclisinin] bir üyesi olarak ne bana söz konusu koloninin kamu refahı için zararlı görünecek ve bu koloni şartının üçüncü maddesinin Yasama Konseyi ve meclisi üyelerinin seçimlerinin yıllık olacağını belirleyen kısmını iptal edecek veya yürürlükten kaldıracak olan; ne de söz konusu şartın yirmi ikinci bölümünün jüri tarafından yargılanmaya ilişkin kısmı veya aynı şartın on sekizinci veya on dokuzuncu maddelerinin herhangi bir bölümünü veya kısımlarını iptal edecek, yürürlükten kaldıracak veya değiştirecek herhangi bir yasa, oylama veya işlemi onaylamayacağımı ciddiyle beyan ederim.”⁹

⁷ J. Locke, “The Fundamental Constitutions of Carolina”, içinde London, C. & J. Rivington (Ed.) The Works of John Locke, Dokuzuncu Cilt, On İkinci Baskı (1824), s. 175-199, s.198

⁸ Michael Hein, “Constitutional Norms for All Time?”, (European Journal of Law Reform, 2019) s.226-242

⁹ 1776 New Jersey Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/nj15.asp

23'üncü madde, koloni anayasasının sayılı maddelerinde yapılacak herhangi bir değişikliği yasaklamaktadır. Her ne kadar 1776 tarihli New Jersey Anayasası bir değişiklik mekanizması içermiyor olsa da değişikliğin genel yasağı yani bir ebediyet kaydı olan bu hükmün mefhumu muhalifinden hareketle anayasanın geri kalan maddelerinde değişiklik yapılabileceği kolaylıkla anlaşılabilir. Nitekim Gözler'e göre değiştiriliş usulünü düzenlemeyen anayasalar alelade kanunlar gibi değiştirilebilir.¹⁰ Hükümlerinde yapılacak değişiklikler için ayrıca bir usul öngörmeyen anayasada değişiklik usulü, zorunlu olarak kanunlarla aynı şekildedir. Öyleyse sadece esasa ilişkin bir yasak içeren 1776 tarihli New Jersey Anayasası, sert-yumuşak anayasa ayrımında hangi kategoriye dahil edilmelidir? Bu sorunun cevabı, aşağıda Sert Anayasa başlığında verilecektir.

2. Avrupa

Avrupa'da ilk ebediyet kaydı, Fransız Devrim Savaşları sırasında İsviçre'de kurulan kısa ömürlü bir "kardeş cumhuriyet"¹¹ olan Helvetia Cumhuriyeti'nin 1798 tarihli anayasasının 2'nci maddesinin son cümlesinde karşımıza çıkar: "... *Hükümet şekli, değişse bile, her zaman bir temsili demokrasi olarak kalacaktır.*"¹² Fransızlar tarafından dayatılan anayasa, temsili demokrasiyi bir ebediyet kaydıyla korumayı amaçlar. Öyle ki işgal sonrası İsviçre'de yapılan bu anayasanın temel unsuru temsili demokrasi ile birlikte merkezi bir hükümetti ve bu durum XII. yüzyılın sonundan bu yana kendi kendini yöneten kantonlar eliyle yürütülen doğrudan demokrasi ve güçlü federalizmle tam bir zıtlık içerisindeydi.¹³

Avrupa'daki ikinci genel yasak 1814 Norveç Anayasası'nda görülür. 1814 Norveç örneğinin önemi, anayasanın ruhunu korumayı amaçlayan ilk genel yasak olmasından ileri gelir. Anayasa'nın 110'uncu madde hükmünün ilgili bölümü şu şekildedir: "... *ancak böyle bir değişiklik asla bu anayasanın ilkeleriyle çelişmemeli, yalnızca bu Anayasanın ruhunu değiştirmeyen belirli durumlardaki değişikliklerle ilgili olup...*"¹⁴ Smith'e göre düzenlenen bu kayıt, "esasen değiştirilemez normlara ilişkin mevcut tüm maddelerin en açık uçluları arasında yer alır".¹⁵ Bu haklı bir değerlendirmedir nitekim Anayasa, yasağı belirli hükümlerle sınırlı tutmamıştır. Değişikliğin çelişmeyeceği anayasal ilkelerin ne olduğu veya anayasanın ruhu-

¹⁰ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, On üçüncü Baskı, (Bursa: Ekin, 2008) s.16

¹¹ Kardeş Cumhuriyetler (Fransızca: *républiques sœurs*), Devrim Savaşları sırasında I. Fransız Cumhuriyeti'ne bağlı devrim ordularının ele geçirdiği bölgelerde kurduğu cumhuriyetlerdir.

¹² 1798 Helvetia Cumhuriyeti Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://www.verfassungen.ch/verf98-i.htm>>

¹³ Michael Hein, "Constitutional Norms for All Time?", (European Journal of Law Reform, 2019) s.226-242

¹⁴ 1814 Norveç Krallığı Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://lovdata.no/dokument/HIST/lov/1814-05-17-18140517>>

¹⁵ E. Smith, "Old and Protected? On the 'Supra-Constitutional' Clause in the Constitution of Norway", (Israel Law Review, 44/3, 2011), s.368-388, s.373



nun neleri içerdiği düzenlenmemiştir dolayısıyla kaydın kapsamı net bir şekilde belirlenmemektedir.

1870’te İkinci Fransız İmparatorluğu’nun dağılmasından ve Üçüncü Cumhuriyet’in kurulmasından sonra, monarşistler ve cumhuriyetçiler arasındaki mücadele sonucu ülkenin 1875 tarihli mevcut anayasasında kapsamlı değişiklikler yapılmış ve 1884’teki bu değişikliklerle birlikte ebediyet kayıtları ilk kez mevcut bir anayasa değişikliği yoluyla eklenmiştir. 1884 Değişiklikleri ile cumhuriyetçiler, daha evvel 1804 ve 1853’te yaşadığı gibi monarşiye dönüşü engellemeyi amaçlamış, hükümet şeklinin cumhuriyet olduğuna ilişkin hükmün değiştirilmesini yasaklamıştır.¹⁶ Aynı minvaldeki hükümlere ve ebediyet kayıtlarına Dördüncü ve hâlen yürürlükte olan Beşinci Cumhuriyet anayasalarında da rastlanır. Üçüncü Cumhuriyet’in rejimi koruyan ebediyet kaydı, daha sonra birçok Avrupa ülkesinde de görülecek bir uygulama olup kayıtların kıtada yaygınlaşmasına olanak vermiştir. Fransa’daki bu uygulamadan sonra birçok anayasa ebediyet kaydını kullanmış, özellikle monarşinin kaldırıldığı ülkeler cumhuriyet rejimini korumak için Fransız örneğinden esinlenerek anayasalarında ebediyet kayıtlarına yer vermişlerdir.

3. Türk Anayasacılığında Ebediyet Kayıtları

a. 1924 Anayasası

Türkiye’de anayasacılık daha eskiye dayansa da ilk ebediyet kaydına 1924 Anayasası’nda rastlanır. Anayasa’nın, değişiklik sürecini düzenleyen 102’nci maddesinin ilgili bölümü şu şekildedir:

“...İşbu kanunun şekli Devletin Cumhuriyet olduğuna dair olan birinci maddesinin tadil ve tağyiri hiçbir suretle teklif dahi edilemez.”

Üçüncü Cumhuriyet Anayasası’na eklenen hükümlerle paralel olarak, monarşiyi lağvedip bir cumhuriyet rejimi tahsis eden Türkiye de 1924 yılında kabul ettiği 491 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ile monarşinin restorasyonunu önleme amacıyla söz konusu kaydı anayasada düzenlemiştir.

b. 1961 Anayasası

27 Mayıs 1960 Askerî Darbesi sonrası hazırlanan 1961 Anayasası, aslı kurucu iktidarın anayasasıdır. Öyle ki 1961 Anayasası, kendisinden önce mevcut olan anayasanın usulüne uyarak değişiklik yapmak suretiyle oluşmuş bir anayasa değildir, tamamen yeni bir anayasadır. Hâlbuki darbe öncesi yürürlükte bulunan 1924 Anayasası, 102’nci maddesinde değiştirme usulünü belirtmiş ve bununla yetinmeyip aynı maddede bir ebediyet kaydı da düzenlemiştir. Buna rağmen askerî darbe sonucu idareyi eline alan Millî Birlik Komitesi, 12/6/1960 tarih ve 1 sayılı “1924 tarih ve 491 sayılı Teşkilâtı Esasiye Kanunu’nun bazı hükümlerinin kaldırılması

¹⁶ Gabor Halmay, “Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution?”, (Constellations 19/2, 2012) s.183

ve bazı hükümlerinin değiştirilmesi hakkında Geçici Kanun” ile mevcut anayasanın kimi hükümlerini “hukuk dışı” olarak değiştirmiş ve kimilerini de yürürlükten kaldırmıştır. 1960 Darbesi’nin ortaya çıkardığı kurucu iktidar, yeni bir anayasa yapmak görevini üstlenmiş ve 1961 Anayasası doğmuştur. Yeni anayasa da bir önceki örneğini takip ederek 9’uncu maddesinde¹⁷ devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmünün değiştirilemeyeceğini ve değiştirilmesinin teklif edilemeyeceğini öngörmüştür. Buna karşılık ebediyet kaydını, değişikliğin usulüne ilişkin hükümlerle birlikte değil ayrı bir maddede ve madde numarası belirtmeden düzenlemiştir.

c. 1982 Anayasası

Günümüzde Türkiye Cumhuriyeti’nin anayasası, 1982 Anayasası’dır. Tıpkı 1961 Anayasası gibi, 1982 Anayasası da 12 Eylül 1980 tarihindeki askerî müdahale sonrası ortaya çıkmıştır ve aslî kurucu iktidarın anayasasıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki anayasa hazırlama sürecinde Danışma Meclisince kabul edilen metin, 11’inci maddede yalnızca devlet şeklinin cumhuriyet olduğuna ilişkin hükmün değiştirilmesini yasaklamaktaydı, bu durumun gerekçesi olarak da Üçüncü Fransız Cumhuriyeti Anayasası’ndaki hükümden esinlenen 1924 Anayasası’nın ilgili hükmünün, 1961 Anayasası’na “sadece tarihi niteliğinden dolayı” konulduğu ve Danışma Meclisinin de aynı nedenle hükmü tekrarladığı belirtilmiştir.¹⁸ Ancak Milli Güvenlik Konseyi’ndeki görüşmeler sırasında hüküm değiştirilmiş ve devlet şeklinin cumhuriyet olduğuna ilişkin 1’inci maddeye ek olarak, 2’nci maddedeki Cumhuriyetin niteliklerini; Devletin bütünlüğünü, resmi dili, bayrağı, milli marşı ve başkenti belirleyen 3’üncü madde hükmünü değişmezlik kapsamına alan bugünkü 4’üncü madde ortaya çıkmıştır, Milli Güvenlik Konseyi gerekçesinde bu genişletmenin niçin yapıldığına ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Anayasa’nın “değiştirilemeyecek hükümler” başlığıyla düzenlenen 4’üncü maddesi şöyledir:

“II. Değiştirilemeyecek hükümler

MADDE 4- Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.”¹⁹

¹⁷ 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın “Devlet şeklinin değişmezliği” başlığıyla düzenlenen 9’uncu maddesi şu şekildedir: “Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.”

¹⁸ T.C. Anayasa Mahkemesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), İkinci Baskı, (Ankara: Epa-Mat, 2019) s.23

¹⁹ 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/anayasa/>

II. HUKUKİ NİTELİK

Anayasal normlar olan ebediyet kayıtlarının hukuki niteliğinin anlaşılması için öncelikle anayasanın normlar hiyerarşisindeki yeri, sert (katı) anayasa gibi kavramların bilinmesi gerekir. Aşağıda bunlara kısaca değinilecek, daha sonra ebediyet kayıtları incelenecektir.

A. Anayasa ve Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

Hukuk bilimi, doğa bilimlerinde olduğu gibi neden ve sonuç ilişkisine dayanmamakta, hiyerarşik normatif ilişkileri incelemektedir.²⁰ Hans Kelsen'e göre hukuk sistemi bir ve aynı düzeyde birbirleriyle işbirliği halindeki normlardan değil aralarında astlık ve üstlük ilişkisi olan hukuk normlarından oluşur.²¹ Normlar arasındaki astlık ve üstlük ilişkisinden anlaşılması gereken temel sonuçlar şudur ki, hiçbir norm kendisinden üstün olan norma aykırı olamaz.

Normlar hiyerarşisinde anayasa, kanunların üstünde yer alır ve hiyerarşide anayasanın altında yer alan normlar anayasaya aykırı olamazlar.²² Anayasaların birçoğunda olduğu gibi 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" başlığıyla düzenlenen 11'inci maddesinde yer alan hüküm²³ de Anayasa'nın diğer hukuk normlarından üstünlüğünü açıkça vurgulamaktadır.

B. Sert (Katı) Anayasa

Birkaç istisna²⁴ dışında modern anayasalar genellikle serttir, yani hükümlerinin değiştirilmesi adi yasalardan daha zordur. Bu tür anayasalarda değişiklik yapmak için yasama organında artan çoğunluklar, çift meclis onayı veya halkoylaması gibi adi yasalarda yapılacak değişikliklerde öngörülme-yen usullerin gerçekleşmesi gerekir. Ancak sertlik; sadece değişiklik usulünün kanunlara nispeten zorlaştırılması demek değildir, anayasanın değişikliğiyle ilgili kanunlardan farklı herhangi bir hüküm düzenlemesi yeterlidir. Öyle ki kanunlarla aynı usulle değiştirilen anayasalarda, değişikliğin usulüne ilişkin bir düzenleme olmasa bile yasak niteliğinde bir kayıt bulunması o anayasayı sert yapacaktır. Nitekim Gözler'e göre yazılı bir anayasanın sert olmaması iki şekilde mümkündür, anayasa ya kanunlar gibi değiştirilebileceğini beyan eder ya da değişiklik hakkında hiçbir hüküm içermez.²⁵ Öyleyse sert anayasanın tanımı şu şekilde olmalıdır: Hükümlerinde yapılacak değişikliği açıkça kanunlardan farklılaştıran veya değişikliğe dair genel, geçici veya durumsal

²⁰ W. Friedmann, *Legal Theory*, Beşinci Baskı (New York: Columbia University Press, 1967), s. 276

²¹ Hans Kelsen, "On the Theory of Interpretation", (*Legal Studies*, 10/2, 1990), s.127-135.

²² Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, İkinci Baskı, (Bursa: Ekin, 2018), s. 257

²³ 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 11. maddesinde yer alan hüküm şöyledir: "*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*"

²⁴ Sert olmayan bazı anayasalar: 1987 Yeni Zelanda, 2005 Esvatini anayasaları yazılı olmasına karşın sert değildir. Her ikisi de tek bir belgede kodlanmayan Birleşik Krallık ve İsrail anayasaları da sert değildir.

²⁵ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, On üçüncü Baskı, (Bursa: Ekin, 2008) s.16

bir kısıt ya da yasak içeren anayasa sert anayasadır. Örneğin yukarıda bahsettiğimiz 1776 New Jersey Anayasası, bir değişiklik usulü öngörmese de serttir zira bir ebediyet kaydı yani genel yasak kodlamıştır.

Sert anayasalara örnek olarak 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası verilebilir, zira Anayasa'nın "Anayasanın değiştirilmesi, seçimlere ve halkoylamasına katılma" başlığıyla düzenlenen 175'inci maddesi, kanunlardan farklı bir değişiklik usulü düzenler:

"Madde 175 – (Değişik: 17/5/1987-3361/3 md.) Anayasanın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür. Değiştirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür... Meclisce üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki Kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmî Gazetede yayımlanır..."

Bir anayasanın sert olduğuna ilişkin bilgiye sadece anayasa değişikliği için kanunlardan farklı bir hüküm düzenlenmesinden ulaşılabılır. Bununla birlikte 175'inci madde; usulü, yalnızca değişiklik kanununun kabulü için gereken oy sayısı yönünden değil tekliften başlayarak neredeyse tamamen farklılaştırmış ve zorlaştırmıştır.

C. Yerleşiklik Kayıtları

Tablo 1. Yerleşiklik Kayıtlarının Yapısal Tipolojisi²⁶

Derece/Kapsam	Genel	Geçici	Durumsal
Yasak	Genel Değişiklik Yasağı	Geçici Değişiklik Yasağı	Durumsal Değişiklik Yasağı
Kısıtlama	Genel Değişiklik Kısıtı	Geçici Değişiklik Kısıtı	Durumsal Değişiklik Kısıtı

Birçok anayasa sert olmakla kalmaz ve ek yerleşiklik kayıtları düzenler. Göttingen Üniversitesi'nden M. Hein tarafından 210 anayasa incelenerek yapılan çalışmaya göre bunlardan 152'si (%72.4) en az bir yerleşiklik kaydı içermektedir.²⁷ Yerleşiklik kayıtları (İng. *entrenchment clause*), bir anayasanın bazı bölümlerinde yapılan değişiklikleri veya belirli koşullar altındaki değişiklikleri ya "normal"

²⁶ Michael Hein, "Impeding constitutional amendments: why are entrenchment clauses codified in contemporary constitutions?" (Acta Polit, 54/2, 2019), s.196-224

²⁷ A.g.e.s.196-224



değişikliklerden daha zor ya da yasal olarak kabul edilemez kılan hükümlerdir.²⁸ Böylece kimi anayasalar, anayasanın bazı hükümlerine genellikle usul veya esasa dayalı sınırlamalar getirerek üstünlük atfederler.

Yerleşiklik kayıtlarının anayasada değişikliğe olan etkileri farklıdır. Öyle ki kimi kayıtlar değişikliği kısıtlarken kimileri de yasaklamaktadır. Ayrıca kayıtlar, kapsamları yönüyle de farklılaşır zira yasak veya kısıt, genel nitelikte olabileceği gibi süreli veya durumsal da olabilir.

Genel değişiklik kısıtları olarak bilinen ilk tür kayıtlar anayasanın belirli bölüm veya bölümlerini ayırık tutarak ilgili hükümlerde yapılacak değişiklikleri anayasanın geri kalanında yapılacak değişikliklere göre ulaşılması daha zor usullere tabi tutan kayıtlardır.²⁹ Örneğin Ukrayna Anayasası'nın 156'ncı maddesi; Anayasa'nın birinci, üçüncü ve on üçüncü bölümlerinde yapılacak değişiklikler için ek bir referandum öngörmektedir.³⁰

Değişiklikler üzerindeki kısıtlama veya yasaklar, geçici de olabilir. Öyle ki bu kayıtlardan bazıları sınırlı bir süre için geçerlidir. Geçici kısıtlamalar, yasama organında daha yüksek bir çoğunluk veya ek bir referandum gibi usuller öngörerek değişiklikleri yalnızca belli bir süre için gerçekleştirmeyi zorlaştırır; buna karşılık geçici değişiklik yasakları öngörülen süre zarfında yapılacak değişikliği imkansız hâle getirir.³¹ Her iki tür geçici hüküm, bir anayasanın yürürlüğe girmesinden sonra münferiden, her değişiklikten sonra tekrar eden sabit süreler halinde veya genel seçimler gibi belirli anayasal olaylardan sonra tekrar eden dönemlerde uygulanabilir. Örneğin 1975 Yunanistan Anayasası'nın 110'uncu maddesinde düzenlenen hüküm³², bir anayasa değişikliğinin tamamlandığı tarihten itibaren beş yıllık süre dolmadan yapılacak bir anayasa değişikliğini açıkça yasaklar.

Değişikliklere yönelik durumsal yasak veya kısıtlamalar, savaş veya kuşatma gibi "anayasa dışı" hâllerde işlevseldirler, yukarıda belirtilen yerleşiklik kayıtlarına benzer şekilde durumsal yasaklar belirli hâllerde anayasal değişiklikleri önlerken durumsal kısıtlamalar, bunların başarılmasını yalnızca zorlaştırır.³³ Durumsal kısıtlama hükümlerinin bir örneği bulunmamaktadır ancak durumsal yasakların

²⁸ P. Suber, *The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence, and Change*. (New York, Lang, 1990), s. 75

²⁹ Y. Roznai, *Unconstitution Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, (Oxford: Oxford University Press, 2017), s.168

³⁰ 1996 Ukrayna Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://rm.coe.int/constitution-of-ukraine/168071f58b>

³¹ Michael Hein, "Impeding constitutional amendments: why are entrenchment clauses codified in contemporary constitutions?" (*Acta Polit*, 54/2, 2019), s.196-224

³² İlgili maddenin 6'ncı fıkrası hükmü şu şekildedir: "Bir önceki revizyonun tamamlanmasından itibaren beş yıl geçmeden Anayasanın revizyonuna izin verilmez."

³³ Michael Hein, "Impeding constitutional amendments: why are entrenchment clauses codified in contemporary constitutions?" (*Acta Polit*, 54/2, 2019), s.196-224

örneklerini görmek mümkündür. Estonya Cumhuriyeti Anayasası'na göre olağanüstü hâl ve savaş durumunda anayasa değiştirilemez.³⁴

Ebediyet kaydı (İng. *eternity clause*, Alm. *ewigkeitsklausel*) veya süper-yerleşiklik kaydı olarak da bilinen genel değişiklik yasakları, anayasanın belirli hüküm, değer ve ilkelerinde yapılacak değişiklikleri yasaklayan hükümlerdir.³⁵ Ebediyet kaydı içeren anayasaların bazıları yasağın konusunu net bir biçimde düzenlemezler. Öyle ki kimi anayasalarda “anayasanın ruhunu” değiştiren değişiklikler yasaklanır. Ebediyet kayıtlarının ve ek yerleşikliğin esas amacı, demokrasi gibi, devletin benimsediği temel değerleri korumaktır.

Suteu'ya göre genellikle daha güçlü önleyici veya engelleyici koruma gerektiren bir anayasal normun içeriğinin özel durumundan bahsederken, devlet tarafından benimsenen benzersiz derecede önemli değerleri ifade ettiğini aklımızda tutarız, çünkü böyle bir korumanın olmaması o devletin anayasal kimliğini ihlâl etme veya en azından baltalama riskini içerir.³⁶ U. K. Preuss'a göre anayasada korunan bu değerler anayasal kimliği oluşturur ve “eğer ebedî normatif hükümler değiştirilirse, anayasada yer alan yönetimin kolektif benliği -ya da kimliği- çöker”.³⁷ Tüm bu değerlendirmeler ışığında kolaylıkla söylenebilecektir ki ebedî hükümler, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin (BVerfG) vurguladığı gibi ulusötesi (transnasyonal) ve pozitif hukukun değiştiremeyeceği değerlere dayanmaktadır:

*“Ebedî güvence dediğimiz şey sayesinde, Anayasa bir yandan temel demokratik düzenin kurumlarının yavaş ya da hızlı ayrışmasının tarihsel deneyimine yanıt verir. Öte yandan, Alman Anayasası'nın, özellikle Birleşmiş Milletler'in kuruluşundan sonraki uluslararası değişiklikler dikkate alındığında, pozitif hukukun değiştiremeyeceği evrensel bir temele sahip olduğunu açıkça belirtmektedir.”*³⁸

Jacobsohn'a göre “ebedî kayıtlar”, temel anayasal ilkelerin özünü korur ve aynı zamanda bu tür ilkelerin geniş bir şekilde inşa edilmesini sağlar.³⁹ Horst Dippel'e göre modern anayasacılık on esas üzerine kuruludur. Bunlar; halk egemenliği, evrensel ilkeler üzerine kurulu bir temel, haklar beyannamesi, sınırlı hükûmet, anayasanın üstünlüğü, temsili hükûmet, kuvvetler ayrılığı, hesap verebilirlik ve

³⁴ 1992 Estonya Cumhuriyeti Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://president.ee/en/republic-of-estonia/the-constitution/index.html>>

³⁵ O. Preuss, “The Eternity Clause as a Smart Instrument”, (Hungarian Journal of Legal Studies 57/3, 2016), s.289-304

³⁶ S. Suteu, Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism, (Oxford: Oxford University Press, 2021)

³⁷ U.K. Preuss. “The implications of ‘Eternity Clauses’: the German Experience”, (Israel Law Review, 44/3, 2011) s.429-448

³⁸ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009 - 2 BvE 2/08

³⁹ G.I. Jacobsohn, Constitutional Identity, (Cambridge: Cambridge University Press, 2010)



sorumlu hükümet, bağımsız yargı ve son olarak anayasa değişiklikleri için öngörülmuş düzenli bir prosedür olarak sıralanabilir.⁴⁰ Gerçekten de değişmezlik sonucu doğuran kayıtların da işbu temel esaslarda yoğunlaştığı görülmektedir. Bu durum mantıklıdır, zira toplumun en geniş mutabakat ürünü olan (olması gereken veya öyle olduğu varsayılan), egemenlik gücünü kullanan organlardan oluşan devletin üzerine bina edildiği anayasadaki temel ilke ve esasların değişmesi hukukun sınırlarını da aşan siyasal ve sosyolojik bir kırılmaya yol açabilecek, bireyin evrensel haklarını zedeleyebilecektir (en azından anayasal açıdan korunması bırakabilecektir).

Anayasada açıkça öngörülen yasak göz önüne alındığında ebediyet hükümlerinin aynı anayasanın değiştirme usulüne uyararak da olsa değiştirilemeyeceği hatalı bir çıkarım olmayacaktır. Diğer bir deyişle, ebediyet kaydının varlığı anayasal değişikliğin üzerindeki maddî (esasa ilişkin) sınırdır.

Yasamanın, kanun yaparken evrensel hukuk ilkeleri ve anayasaya uyması beklenir. Aynı durum çoğunlukla bir kanun biçiminde yapılan anayasa değişikliği için de geçerlidir. Kanunların ve anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun denetimi de şüphesiz anayasa mahkemelerinin alanına girmektedir. Peki değişmez hükümlerin anayasa yargısına etkisi nedir?

III. ANAYASA MAHKEMESİ - EBEDÎ HÜKÜMLERİN KORUYUCUSU

Anayasa yargısının meşruiyeti sorununu bir kenara bırakırsak anayasa değişikliğinin denetimi ile ilgili karışımıza üç mesele çıkmaktadır. Birinci mesele anayasa mahkemesinin anayasa değişikliklerini inceleme yetkisi var mıdır? İkinci mesele anayasa mahkemelerinin usul ve esas denetimi yetkisi var mıdır? Üçüncü ve son konu ise mahkemelerin ebediyet kayıtlarına nasıl yaklaştığıdır.

A. Anayasa Değişiklerinin Denetimi Yetkisi

Anayasa mahkemeleri (veya kimi sistemlerde yüksek mahkemeler), anayasa değişikliklerinin denetiminde yetkili midir? Bu sorunun yanıtını verebilmek için öncelikle söz konusu ülke anayasasına bakılmalıdır. Basitçe söylenebilecektir ki, anayasa, mahkemeyi değişiklikleri inceleme konusunda açıkça yetkilendirmişse mahkeme yetkilidir. Örneğin 1980 Şili Anayasası'nın 93'üncü maddesindeki ilgili hüküm uyarınca, anayasa mahkemesi "*Kongre'nin onayına sunulan... anayasa değişiklik süreci sırasında ortaya çıkabilecek anayasaya uygunluk sorunlarını çözmeye*" yetkisini haizdir. Bu nedenle Şili Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu süreç içinde değerlendirebilecektir.

Anayasada anayasa değişikliklerinin incelenmesi açıkça yasaklandığında da anayasa mahkemesinin yetkisiz olduğu sonucuna kolayca ulaşılabilecektir.

⁴⁰ H. Dippel, "Modern Constitutionalism: An Introduction to a History in Need of Writing", (Legal History Review, 73, 2005), s.153-170

1976'da yapılan değişiklikler sonucu 1950 Hindistan Anayasası'nda bu durumun örneğini görmek mümkündür. 1976'da Anayasa'nın 368'inci maddesinde yapılan değişiklikle⁴¹ Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerini incelemesi açıkça yasaklanmış, ayrıca yasamanın kurucu gücü üzerinde herhangi bir sınırlama olamayacağı da hükme bağlanmıştır.⁴² Anayasa'nın kesin hükmü gereği Hindistan Yüksek Mahkemesi değişiklikleri inceleme yönünden yetkisizdir. Ancak bu durum uzun sürmemiş, 1980 yılında yüksek mahkeme, içinde 368'inci maddedeki değişikliğin de bulunduğu 42. Anayasa Değişikliği'ni iptal etmiştir. Aşağıda mahkemenin bu kararının doktrinal gerekçesine değinilecektir.

Anayasa, anayasa mahkemelerinin değişiklikleri inceleme yönünden yetkisi konusunda sessiz de kalabilir. Örneğin 1961 Türk Anayasası (1971'e kadar), 1949 Alman Anayasası, 1958 Fransız Anayasası, 1920 Avusturya Anayasası ve Amerika Birleşik Devletleri Anayasası gibi birçok örnekte anayasa metni, değişiklikleri inceleme yetkisini düzenlemez. Gözler'e göre bu durumda yargı denetimine ilişkin iki farklı model bulunmaktadır, Avrupa ve Amerika modelleri birbirinden ayrışır ve Amerikan yargısal denetim modelinde tüm mahkemeler, dava ve ihtilaflar hakkında karar verirken yasal eylem ve normların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini haizdir.⁴³ Bu modelin olduğu ülkelerde mahkemelerin ve nihaî mercii olarak Yüksek Mahkemenin anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi kolaylıkla tesis edilebilir, zira mahkemeler veya yüksek mahkeme önündeki bir dava esnasında taraflar değişikliğin usulüne uygun yapılmadığına ilişkin veya esasa ilişkin sınırların ihlâl edildiğine dair itirazda bulunabilecektir.⁴⁴ Bu sistemde, her mahkemenin, yasal işlemler sırasında taraflarca ileri sürülen gerekçelerin kabul edilebilirliğini inceleme yetkisi vardır.⁴⁵ Böyle bir durumda mahkemelerin veya yüksek mahkemenin bu iddiayı incelemesi, anayasa değişikliğinin anayasaya uygunluğunun denetimi demektir. Dolayısıyla anayasanın, anayasa değişikliklerini inceleme konusunda özel bir yetkilendirme yapmasına gerek yoktur.

Avrupa sisteminde ise durum farklıdır. Bu sistemin olduğu ülkelerde, anayasa mahkemelerinin anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi, açıkça bir anayasal hükümden kaynaklanmalıdır zira Avrupa modelinde bir ihtisas mahkemesi olan anayasa mahkemesinin "genel bir yargı yetkisi" yok-

⁴¹ Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin iptal kararından önce 1950 Hindistan Anayasası'nın 368'inci madde 4'üncü fıkrası hükmü şeklindedir: "Bu Anayasa'da (III. Kısım'daki hükümler dahil) yapılan veya bu madde uyarınca yapılmış olduğu iddia edilen hiçbir değişiklik... herhangi bir nedenle herhangi bir mahkemede sorgulanamaz."

⁴² 1950 Hindistan Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI_English.pdf>

⁴³ Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, (Bursa, Ekin, 2008)

⁴⁴ A.g.e s.11

⁴⁵ A.g.e s.11



tur, sadece “sınırlı ve özel bir yargı yetkisi” vardır.⁴⁶ Nitekim bu sistemin olduğu ülkelerde anayasalar, anayasa mahkemesini kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi konusunda açıkça yetkilendirirler.⁴⁷ “*Expressio unius est exclusio alterius*”⁴⁸ ilkesinden hareketle anayasa, anayasa mahkemesinin yetkileri arasında anayasa değişikliğinin denetimini saymamışsa, bu anayasa mahkemesini yetkilendirmediği anlamına gelir. Sonuç olarak eğer anayasa, değişiklikleri inceleme yetkisi konusunda sessiz kalıyorsa anayasa mahkemesi değişikliklerin denetimi konusunda yetkiye sahip değildir. Yetkilendirilmeyen mahkemenin, anayasa değişikliklerini inceleyememesi gerekir. Buna rağmen bazı anayasa mahkemelerinin, kendini yetkili gördüğü vakıadır.

Anayasa değişikliğinin denetimi konusunda sessiz olan anayasalar, kanunların denetimi konusunda aynı tutumu sergilemez. Anayasa mahkemeleri kanunların denetimi konusunda açıkça yetkilendirilir. Mahkemelerin kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekte yetkili oldukları şüphesizdir. Bu durumdan hareketle kimi anayasa mahkemelerinin, anayasa değişikliklerinin de birer kanun oldukları yorumuyla, değişikliğin denetiminde kendilerini yetkili gördükleri vakıadır. Örneğin Türk Anayasa Mahkemesi, 16.6.1970 tarih 1970/31 sayılı⁴⁹ ve 13.4.1971 tarih 1971/37 sayılı⁵⁰ kararlarında anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun denetiminde yetkili olduğunu beyan etmiştir zira anayasa değişikliği kanunları da kendi yargı yetkisine dahil olan kanunlardır. Yukarıda açıklandığı üzere mahkemenin bu kararlarındaki yorumu kimi hukukçularca dayanaktan yoksun görülmektedir. Ancak anayasa mahkemelerinin kararları bağlayıcıdır ve kanun yorumu da geçerlidir. Eğer mahkeme kanun terimini anayasa değişiklik kanunu olarak yorumlar ve bu kanunlar üzerinde denetim yetkisi bulunduğunu beyan ederse kararın geçerliliğine itiraz edilemeyecektir. Anayasa Mahkemesi’nin yorumları eleştirilebilir fakat kararları geçerlidir ve hukuki sonuçlar doğurur.⁵¹

B. Usul ve Esas Denetimi Yetkisi

Anayasa değişikliklerinin usul bakımından anayasaya uygunluğunun denetimi, başka bir deyişle, anayasa değişikliklerinin biçimsel uygunluğunun denetimi, anayasada öngörülen teklif, müzakere, kabul, tasdik ve ilân işlemleri gibi koşulların

⁴⁶ A.g.e s.12

⁴⁷ 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 147’inci maddesi, 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nın 93’üncü maddesi örnek verilebilir.

⁴⁸ Roma Hukukunda, “birini ifade etmek, ötekini dışlamaktır” anlamına gelen yorum ilkesi.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, 16.6.1970 tarih ve E. 1970/1 K. 1970/31 sayılı Karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, 8, s.313-340

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, 13.4.1971 tarih ve E. 1970/41 K. 1971/37 sayılı Karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, 9, s.416-449

⁵¹ Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, (Bursa, Ekin, 2008), s.25

gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin doğrulanmasından oluşur.⁵² Birçok anayasa, anayasayı değiştirebilmek için parlamento üye tamsayısının veya kullanılan toplam oy sayısının üçte ikisi veya beşte üçü gibi nitelikli çoğunluklar öngörür veya anayasa değişikliklerinin referandum yoluyla onaylanmasını sağlar. Bir anayasa değişikliğinin bu usul kurallarına uygun olarak yasalaşıp yasalaşmadığının doğrulanması, anayasa değişikliğinin şekil ve usule uygunluğunun incelenmesi demektir. Örneğin bir anayasa değişikliği, anayasada üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu aranırken, parlamento tarafından üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu ile kabul edilirse, bu anayasa değişikliği anayasaya usul yönünden aykırı olur. Diğer bir deyişle anayasa değişikliği anayasada öngörülen şartları taşııyorsa geçersiz olacaktır. Eğer anayasa metni mahkemeyi anayasa değişikliklerinin denetiminde yetkilendirir veya mahkeme kendini yetkili görürse, doğal olarak değişiklikleri usul yönünden inceleyebilecek ve usule aykırı olanları da iptal edebilecektir.

Peki mahkemeler biraz daha ileri gidip değişikliğin esasını inceleyebilir mi? Eğer bu soruya olumlu yanıt verecek ise bu durumda doğal olarak anayasada değişikliğin esasına ilişkin yasak veya kısıtlar öngörülmüş olmalı ve anayasa mahkemeleri değişikliklerin denetimi konusunda yetkili bulunmalıdır. Gözler'e göre anayasada hükme bağlanan maddî sınırların geçerliliği "tartışmasızdır", zira anayasaya aslı kurucu iktidar tarafından konulmuştur ve anayasa tarafından oluşturulan ve düzenlenen tali kurucu (değiştirici) iktidar, anayasanın öngördüğü sınırlara bağlıdır.⁵³ Örneğin yukarıda bahsettiğimiz ebediyet kayıtları veya belirli anayasal değerlerle ilgili yapılacak değişiklikleri zorlaştıran kimi yerleşiklik kayıtları anayasal değişikliğin maddî sınırlarıdır zira bunlara ilişkin usul şartlarına uyulup uyulmadığının tespiti için önce değişikliğin konu bakımından ilgili anayasal hüküm veya değerlere ilişkin olup olmadığı değerlendirilmelidir. Eğer anayasa açıkça bir maddî sınır öngörüyor ve anayasa mahkemeleri de denetimde yetkiliyse değişiklik esas yönünden de incelenmelidir zira değiştirici iktidar, anayasada öngörülen şekil şartlarına uyduğu gibi esas şartlarına da uymalıdır. Bu koşullara uyulmadan yapılacak bir değişiklik mahkemelerce iptal edilebilecektir. Gözler'e göre sonuç olarak, anayasa değişikliklerinin, anayasa mahkemeleri tarafından usul bakımından incelenemediği ülkelerde, değişiklikler maddî sınırlara uygunluk yönünden yani esas bakımından da incelenebilir, bu iki mesele arasında "hukuki bir fark yoktur".⁵⁴ Öyleyse anayasanın maddî sınır içerdiği ve anayasa mahkemelerinin anayasa değişikliklerini denetlemeye yetkili oldukları ülkelerde usul de esas da incelemenin konusu olabilecektir. Bunun yanı sıra esas denetimi, anayasada yasaklanmış olabilir. Örneğin 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, çelişkili bir biçimde 4'üncü maddesinde bir ebediyet kaydı kodlarken 148'inci maddede anayasa değişikliğine ilişkin yargısal denetimin "sadece" şekil yönünden yapılabileceğini

⁵² A.g.e s.27

⁵³ A.g.e s.53-54

⁵⁴ A.g.e s.54



hükme bağlamaktadır. Böyle bir durumda anayasa mahkemesinin değişikliği esas bakımından inceleyemeyeceği açıktır zira esas incelemesinde yetkili değildir.⁵⁵

Anayasa maddi sınır içermiyorsa basitçe esas denetiminin mümkün olmayacağı söylenebilir. Zira anayasa mahkemesinin esasları hangi sınırlara uygunluk yönünden inceleyeceği belirsizdir çünkü anayasa böyle bir sınır veya yasak öngörmemiştir. Bununla birlikte bahsetmek gerekir ki anayasa bir maddi sınır, yasak içermiyor olsa da anayasa mahkemesinin değişiklikleri esas yönünden inceleyebileceği de öğretide savunulan bir görüştür. Örneğin Roderick O’Hanlon’a göre anayasa değişikliği üzerinde örtülü (zımnî) maddî sınırlar bulunur, O’Hanlon doğal hukukun anayasaya üstünlüğünü savunur “tüm pozitif hukuktan üstün bir hukuk vardır, yasayla veya hatta Anayasa’nın basit bir değişikliğiyle değiştirilemez.”⁵⁶ Varlığı savunulan bu sınırlar anayasanın metninden değil öğretilerdeki yorumdan kaynaklanır. Bu nedenle Marie-Françoise Rigaux, bu sınırları “doktrinsel bir yorumdan çıkarılan maddî sınırlar” olarak adlandırır.⁵⁷ Anayasada “örtülü maddî sınırlar” bulunduğunu savunan kimi hukukçular mevcut olduğu gibi bu yönde kararlara da rastlanır. Örneğin yukarıda sözü geçen Hindistan Yüksek Mahkemesi’ne göre “sınırlı değiştirici iktidar, Hindistan Anayasası’nın temel özelliklerinden biridir ve bu nedenle, bu yetki üzerindeki sınırlamalar ortadan kaldırılamaz.”⁵⁸ Anayasada bu yönde bir hüküm bulunmazken Yüksek Mahkeme’nin kararında “örtülü maddî sınırlar” fikrini benimsediği görülmektedir. Sonuç olarak 368’inci maddeye anayasa değişikliğinin denetlenemeyeceği ve sınırlandırılmayacağı yönünde fıkralar ekleyen 42. Anayasa Değişikliği yüksek mahkeme tarafından iptal edilmiştir.

Ebediyet kayıtlarının anayasal hüküm ve ilkelere sağladığı değiştirilemezlik, anayasanın bizzat yetkilendirmesi veya anayasa mahkemelerinin yetkin oldukları yorumuyla korunmaktadır. Ancak bu hüküm ve ilkeleri ortadan kaldırma veya tahrif etme amacı gütmeyen ve sadece yeni bir ekleme yapmakla yetinen değişikliklerin yapılabildiği görülmektedir. Örneğin 1949 Federal Alman Anayasası 79’uncu madde 3’üncü fıkrası, anayasanın 1 ilâ 20’nci maddelerindeki temel nitelikleri etkileyen bir değişiklik yapılamayacağını hükme bağlar. Ancak bu yasaklama, 20’nci maddeye yeni bir fıkra eklemeye engel sayılmamış ve daha önce Anayasa’da yer almayan “direnme hakkı”, 24 Haziran 1968 tarihli Federal Kanunla 20’nci maddenin yeni 4. fıkrası olarak Anayasa’ya girmiştir.⁵⁹

⁵⁵ 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda değişiklik konusu ile ilgili daha fazla bilgi için bakınız: Erdal Onar, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu (Ankara: Ankara Üniversitesi, 1993)

⁵⁶ Roderick O’Hanlon, “Natural Rights and the Irish Constitution”, (Irish Law Times, 8, 1993) s.10

⁵⁷ Marie-Françoise Rigaux, “La théorie des limites matérielles à l’exercice de la fonction constituante”, (1984)

⁵⁸ Minerva Mills Ltd. v. Union of India (Yargılama Tarihi: 31.7.1980), A.I.R 1980 S.C. 1789, 1981 SCR (1) 206

⁵⁹ S.E. Finer, Five Constitutions, (Great Britain, Penguin Books, 1979), s.205

SONUÇ

Yasal düzenlemelerde salt değiştirilemezliğin, modern hukuktan ve günümüzden çok önce antik döneme kadar uzanan geçmişleri olduğu görülmektedir. Antik dönemden bu yana sistemler, değiştirilemez hükümler düzenlemişlerdir. Değişmez hüküm ve yasalar Yeni Çağ boyunca Avrupa’da görülmüş ve XVIII. yüzyıl sonlarında Kuzey Amerika’da modern anayasacılığın ilk ebediyet kaydı kodlanmıştır. Ebediyet kayıtlarının Kuzey Amerika’dan Avrupa’ya olan göçü ilk örneğini İsviçre’de verse de kıta içinde yaygınlaşması Üçüncü Fransız Cumhuriyeti Anayasası’na eklenmesinden sonra olmuştur. Bu türden bir kodifikasyonun asıl ereği pratik gücü sınırlamak, insanın sahip olduğu hakların ve devletin temel unsurlarının, rejimin tahrifini veya yok edilmesini engellemektir. Modern anayasacılıkta görülen sertlik-katılık, ek yerleşiklik gibi uygulamaların amacı da farklı değildir. Anayasalar sertlikle, hükümlerinin değişmesinde yasalardan daha yüksek bir meşruiyet aramakta; ek yerleşiklik kayıtlarıyla, anayasanın kimi hükümlerinin değişikliğini farklılaştırarak veya yasaklayarak bu hükümlere muhtelif yollarla üstünlük atfetmektedir. Eğer anayasal hükümler, bir hiyerarşi içindeler ise -ki ek yerleşikliğin varlığı usul ve esas yönünden ve doğal hukuk normlarının, ebediyet kayıtları veya anayasa mahkemeleri eliyle korunması anayasa üstü bir durum olarak yorumlanabilir- pozitif hukuk anlayışı içinde bir anayasal normlar hiyerarşisinden söz edilmesi gerekebilecektir. Pek tabii anayasanın tüm hükümleri anayasaldır ve normlar hiyerarşisinde kanunlara ve astlarına göre eşit üstünlükte dirler ancak yerleşik veya ebedi hükümlerin anayasal kimliğe etkisi, devlet ve toplum açısından vazgeçilmez değeri; anayasanın kendisi yorumlanırken veya anayasa değişiklik kanunlarının anayasaya uygunluğu değerlendirmeye tabi tutulurken pozitif hukuk açısından da anlam ifade etmektedir.

Yerleşiklik ve ebediyet kayıtları, yazılı anayasaların çoğunda bulunan anayasal hükümlerdir. Bu kayıtların anayasa değişikliğine etkisi farklı derecelerde mümkündür. Sırf bu hükümlerin varlığıyla anayasanın öngördüğü “normal” prosedürden farklı olarak anayasa değişikliği kısıtlanabilir veya yasaklanabilir. Anayasaların bu tür kayıtlarla koruduğu ilke ve değerler incelendiğinde, demokrasi, temsili hükümet, cumhuriyet, din-devlet ilişkisi, insan hakları gibi devlet ve toplumun en temel unsurlarına veya evrensel haklara ilişkin oldukları görülmektedir. Modern toplum yaşamı ve hukukun genel prensipleri düşünüldüğünde bu değerlerin ortadan kalkmasının hukukun sınırlarını aşan derin siyasal ve sosyal sorunlara yol açacağı açıktır. Anayasal değişikliğin maddî sınırları olan ebediyet kayıtları, bu açıdan bakıldığında oldukça akılcıca bir araçtır. Ancak bu tür hükümler, değiştirici iktidarın yetkisini aşırı sınırlayacak derecede değil, hukuk metoduna uygun şekilde dar yorumlanmalıdır. Zira ebedi hükümlerin oldukça açık uçlu, net tanımlanması zor kavramlar olduğu ve neredeyse her türden değişikliğin anayasanın bu hükümleri ile bir şekilde bağdaştırılabileceği olasıdır. Geniş bir yorum, değiştirici iktidarın yetkisini yok etme tehlikesini içerir.



Ebediyet kayıtlarının en belirgin sonucu, korunan anayasal hüküm ve ilkelere hukuk içi yollarla ortadan kaldırılamamasıdır. Değiştirilemez hükümler içeren anayasalar ve anayasa mahkemelerinin yorumları göz önüne alındığında, değiştirici iktidarın ebedi hükümleri işlevsiz kılması kural olarak mümkün görülmemektedir. Aslı kurucu iktidarın belirlediği yasak, ancak yine hukuk dışı bir aslı kurucu iktidar tarafından ve yeni bir anayasa ile aşılabilecektir. Bu nedenle, İki Almanya'nın (Doğu-Batı) birleşmesinden sonra muhtemel yeni anayasanın yürürlüğe girebilmesi için düzenlenen ve "kaçış hükmü" olarak adlandırılan "Anayasanın geçerlilik süresi" başlıklı 146'ncı madde ile halkın kurucu iktidarına atıf yapan 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası -ki çok sayıda değiştirilemez hüküm içerir-, halka yeni anayasanın kabulü ve mevcut Anayasa'nın usul ve esas sınırlarından kaçınma yetkisini açıkça verirken aynı zamanda ebedi hükümlerden tek "kaçış" yolunu da göstermektedir:

*"Almanya'nın birleşmesini ve özgürlüğünü tamamlamasından sonra, bütün Alman halkı için geçerli olan bu Anayasa, Alman halkının serbest iradesiyle kabul edeceği bir Anayasanın yürürlüğe girdiği günde geçerliliğini kaybeder."*⁶⁰

KAYNAKÇA

Yasa & Anayasalar

1665 Kongeloven [Kral Yasası], şuradan ulaşılabilir: <<https://danmarkshistorien.dk/vis/materiale/kongeloven-1665>> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

1776 New Jersey Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/nj15.asp> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

1814 Norveç Krallığı Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://lovdata.no/dokument/HIST/lov/1814-05-17-18140517>> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

1798 Helvetia Cumhuriyeti Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://www.verfassung.ch/verf98-i.htm>> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

1924 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1924-anayasasi/>> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2012.pdf> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

1950 Hindistan Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI_English.pdf> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

⁶⁰ 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2012.pdf>

1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1961-anayasasi/>> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

1975 Yunanistan Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <https://www.constituteproject.org/constitution/Greece_2008.pdf> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

1980 Şili Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <https://www.constituteproject.org/constitution/Chile_2021> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/anayasa/>> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

1992 Estonya Cumhuriyeti Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://president.ee/en/republic-of-estonia/the-constitution/index.html>> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

1996 Ukrayna Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://rm.coe.int/constitution-of-ukraine/168071f58b>> (Erişim Tarihi: 5.2.2023).

T.C. Anayasa Mahkemesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), İkinci Baskı, (Ankara: Epa-Mat, 2019)

Yargı Kararları

Anayasa Mahkemesi, 13.4.1971 tarih ve E. 1970/41 K. 1971/37 sayılı Karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi 9, s.416-449

Anayasa Mahkemesi, 16.6.1970 tarih ve E. 1970/1 K. 1970/31 sayılı Karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, 8, s.313-340

BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009 - 2 BvE 2/08, şuradan ulaşılabilir: http://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208en.html

Minerva Mills Ltd. v. Union of India (Yargılama Tarihi: 31.7.1980), A.I.R 1980 S.C. 1789, 1981 SCR (1) 206, şuradan ulaşılabilir: <<https://main.sci.gov.in/judgment/judis/4488.pdf>> (Erişim tarihi: 5.2.2023)

Kitap & Makaleler

Dippel, Horst, “Modern Constitutionalism: An Introduction to a History in Need of Writing”, (Legal History Review, 73, 2005), s.153-170

Finer, S.E., Five Constitutions, (Great Britain: Penguin Books, 1979)

Friedmann, Wolfgang, Legal Theory, Beşinci Baskı (New York: Columbia University Press, 1967)

Gözler, Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş, On Üçüncü Baskı, (Bursa: Ekin, 2008)

Gözler, Kemal, Judicial Review of Constitutional Amendmends, (Bursa: Ekin, 2008)

Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, İkinci Baskı (Bursa: Ekin, 2018)

Halmi, Gabor, “Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution?”, (Constellations, 19/2, 2012). s.182-203, s.183



Harris, E.M., *Democracy and the Rule of Law in Classical Athens: Essays on Law, Society, and Politics*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2006)

Hein, Michael, “Constitutional Norms for All Time?” (*European Journal of Law Reform*, 21/3, 2019) s.226-242

Hein, Michael, “Impeding constitutional amendments: why are entrenchment clauses codified in contemporary constitutions?” (*Acta Polit*, 54/2, 2019), s.196-224

Jacobsohn, G.I., *Constitutional Identity*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2010)

Kelsen, Hans, “On the Theory of Interpretation”, (*Legal Studies*, 10/2, 1990), s.127–135

Lewis, D.M., “Entrenchment-Clauses in Attic Decrees”, içinde Rhodes, P.J., (Ed.), *Selected Papers in Greek and Near Eastern History*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), s.136-149

Locke, John, “The Fundamental Constitutions of Carolina”, içinde London, C. & Rivington J. (Ed.) *The Works of John Locke*, Dokuzuncu Cilt, On İkinci Baskı, (1824), s.175-199

O’Hanlon, Roderick, “Natural Rights and the Irish Constitution”, (*Irish Law Times*, 8, 1993) s.10

Preuss, Ondrej, “The Eternity Clause as a Smart Instrument”, (*Hungarian Journal of Legal Studies* 57/3, 2016), s.289–304

Preuss, U.K., “The implications of ‘Eternity Clauses’: the German Experience”, (*Israel Law Review*, 44/3, 2011) s. 429–448

Rigaux, M.F., “La théorie des limites matérielles à l’exercice de la fonction constituante”, (1984)

Roznai, Yaniv, *Unconstitution Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, (Oxford: Oxford University Press, 2017)

Schwartzberg, Melissa, *Democracy and Legal Change*. (Cambridge: Cambridge University Press, 2007)

Smith, Eivind, “Old and Protected? On the ‘Supra-Constitutional’ Clause in the Constitution of Norway”, (*Israel Law Review*, 44/3, 2011), s.368-388

Suber, Paul, *The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence, and Change*. (New York: Lang, 1990)

Suteu, Silvia, *Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism*, (Oxford: Oxford University Press, 2021)

Szente, Zoltan, “The Historic Origins of the National Assembly in Hungary”, (*Historia Constitucional*, 8, 2007), s.227-244

Witkowski, Zbigniew & Serowaniec, Maciej, “Eternity clause – a natural or only apparent means of protecting the Constitution?” (*Toruńskie Studia Polsko-Włoskie*, 2022) s.173-186