

ANAYASA YAPIMINDA YÖNTEM SORUNLARI
(*PROCEDURAL ISSUES IN CONSTITUTIONAL CHANGE*)

Prof. Dr. Ergun Özbudun
Bilkent Üniversitesi

ÖZET

Makale, tümüyle yeni bir anayasa yapımının ortaya çıkardığı sorunları, özellikle günümüz Türkiye'si bağlamında ele almaktadır. Bu sorunlar, ne zaman, kimin tarafından, nasıl ve ne sınırlar içinde sorularıyla kavramsallaştırılabilir. Son soru, anayasa teorisinde ve uygulamasında çok tartışmalı bir sorun olan, mevcut anayasanın değiştirilemez hükümlerinin durumunu ortaya çıkarmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa yapımında yöntem, anayasa değişiklikleri, Kurucu Meclis, TBMM, Türk Anayasa Mahkemesi, Jüristokrasi

ABSTRACT

This article deals with the problems involved in the making of a totally new constitution, particularly in the context of Turkey at present. The making of a new constitution, as opposed to ordinary constitutional amendments, involves such questions of when, by whom, how, and within which limits. The last point raises the highly controversial issue of the unamendable provisions of the existing constitution.

Key Words: *Procedures in Constitution-making, Constitutional revisions, Constituent Assembly, Grand National Assembly, Turkish Constitutional Court, Juristocracy*

Anayasa yapımı veya anayasa değişiklikleri, anayasa teorisinin ve pratiğinin en tartışmalı konularından birini oluşturur. Açıktır ki, anayasalar, insan eseri olmak itibarıyla kusursuzluk ve ebedilik iddiasında

bulunamazlar. Üstelik zamanında mümkün olan en mükemmel şekilde ve en geniş bir uzlaşmayla yapılmış anayasalar bile, bir süre sonra değişen sosyal şartlar ve değişen siyasal değerler nedeniyle, değişiklik ihtiyacı gösterebilirler. Bu ihtiyaç, 1995 yılında Sanford Levinson'un editörlüğünde yayınlanmış bir kitabın başlığında veciz şekilde ifade edilmektedir: *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (Kusurluluğa Cevap: Anayasa Değişikliklerinin Teori ve Pratiği). Kitabın ilk sayfasında George Washington'un yeğeni Bushrod Washington'a yazdığı mektuptan şu alıntıya yer verilmektedir: "Anayasanın en sıcak dostları ve en iyi destekçileri, onun kusurlardan ârî olduğunu iddia etmemekte, ancak bunları kaçınılmaz görmektedirler; bunlardan bir kötü sonuç doğduğu takdirde, sonradan çarenin bulunması hususunda da hassastırlar." Memnun olmak gerekir ki, bu tür çareler için "açık bir Anayasal kapı vardır. Halk (ki, bu konuda karar verme yetkisi onundur), tecrübelerden yararlanarak en uygun şekilde gerekli değişikliklere karar verecektir... Bizden sonra geleceklerden daha ilham dolu, daha akıllı ve daha faziletli olduğumuzu sanmıyorum."¹

Anayasal değişimin iki yolu, tümüyle yeni bir anayasanın yapılması ve yürürlükteki anayasanın koyduğu değiştirme kuralları içinde kısmen değiştirilmesidir. Bu ayrımın kökleri, Fransız devrimi düşünürlerinin aslı kurucu iktidar ile tâli kurucu iktidar arasında yaptıkları ayrıma dayanmaktadır. Ancak konuya daha yakından bakıldığında, bu iki yol arasındaki çizginin çok net olmadığı görülmektedir. Çünkü mevcut anayasanın değiştirilmesi hakkındaki hükümlerine uymak suretiyle, o anayasanın bütün maddeleri veya maddelerinin pek çoğu değiştirilebilir. Ortaya çıkan ürün, biçimsel olarak tâli kurucu iktidarın eseridir; ancak pratikte bunun yeni bir anayasa olacağına kuşku yoktur. Tek sorun, mevcut anayasanın bazı değiştirilemez hükümler içermesidir ki, bu konu aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Anayasanın tâli kurucu iktidar tarafından, yani yürürlükteki değiştirme kurallarına uygun olarak değiştirilmesi, çok tartışmalı bir konu değildir. Hemen hemen bütün anayasalar, değiştirilme kurallarını belir-

¹ Sanford Levinson, ed., *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1995), s. 3.

lerler. Bu kurallar, mutlak esneklikle mutlak katılık arasında geniş bir yelpazede yer alır ve ülkeden ülkeye farklılıklar gösterirler. Mutlak esneklik, yani anayasaların tıpkı âdî kanunlar gibi kolaylıkla değiştirilebilmesi, hiçbir çağdaş demokrasinin benimsediği bir yöntem değildir. Bunun da iki temel nedeni vardır. Birincisi, devletin temel yapısını düzenleyen kurallar bütünü olan anayasanın, günlük konjonktüre, gelişme geçici duygu ve heyecanlara bağlı olarak kolaylıkla ve sık sık değiştirilebilmesi, siyasal ve sosyal istikrar açısından istenebilecek bir durum değildir. İkincisi, anayasa değişikliğinin güçleştirilmesi, mutlak çoğunluk iktidarına karşı azınlıkların temel hak ve hürriyetlerini koruyan bir güvencedir. Öte yandan, mutlak katılık ve değişmezlik kuralı da, anayasaların değişen sosyal ihtiyaçlara uyarlanmasını önlemek açısından sakıncalıdır. Üstelik anayasayı yapan kuşağın, gelecek kuşakların iradesini bağlama hususunda siyasî, hukuki ve ahlaki bir hakkı olmadığı açıktır. George Washington'ın dediği gibi, gelecek kuşakların bizden daha az akıllı veya faziletli olacaklarını varsaymak için hiçbir sebep yoktur. Dolayısıyla bütün çağdaş demokrasilerde benimsenen formül, bu iki uç nokta arasında yer alan ortalama bir formüldür. Bunlar arasında, yasama meclisinde veya meclislerinde nitelikli çoğunluk, çoğu zaman buna ek olarak halkoylaması, değişikliklerin birbirini izleyen iki yasama meclisi tarafından kabul edilmesi, bazı hükümlerin değiştirilebilmesi için normal yasama meclisi yerine özel bir kurucu meclisin kurulması gibi yöntemler yer almaktadır.

Halkoylamasının anayasa değişikliklerinde uygun bir araç olup olmadığı konusunda özellikle Türkiye'deki güncel tartışmalar sırasında kuşku ileri sürülmektedir. Halkoylaması eğer bir temel hak veya hürriyetin daraltılması sonucunu doğurabilecekse, elbette demokratik bir araç sayılamaz. Müzakere ve uzlaşmaya yer bırakmayan niteliği itibarıyla, diğer anayasa değişikliklerinde de tek araç olarak kullanılması sakıncalıdır. Ancak diğer güçleştirici şartlara, meselâ yasama meclisinde nitelikli çoğunluk şartına ek olarak kullanılması, son sözün aslı kurucu iktidarın sahibi olan halka bırakılması açısından elbette demokratik ve meşru bir yöntemdir ve pek çok Avrupa ülkesinde kullanılmaktadır.²

² Venice Commission, *Report on Constitutional Amendment*, 11-12 December 2009, CDL-AD (2010)001, s. 11-12.

Anayasa değişikliklerine oranla, tümüyle yeni bir anayasa yapımının daha tartışmalı sorunlara yol açması beklenebilir. Bu konuda dört sorunun cevaplandırılması gerekir: Ne zaman, kimin tarafından, nasıl ve hangi sınırlar içerisinde?

I. NE ZAMAN?

Bu konuda Türkiye’de zaman zaman ifade edilen bir yanlış, yeni bir anayasa yapımının ancak anayasal hayatta bir kopma veya kesintiden, başka bir deyimle gerçek bir hukuk boşluğunun doğmasından sonra yapılabileceğidir. Bu kesintiler, bir ihtilâl, darbe, iç savaş, yabancı işgal gibi durumlarda ortaya çıkar ve bu durumlarda ortaya çıkan aslî kurucu iktidar, hiçbir ön hukuk kuralıyla bağlı olmaksızın, anayasayı tümüyle kendi iradesiyle yapar. Anılan durumlarda aslî bir kurucu iktidarın ortaya çıkması, elbette o durumların doğası gereğidir; çünkü ortada ne bir anayasa, ne onun yetkilendirdiği bir organ, ne de o organın anayasayı yaparken izlemesi gereken kurallar vardır. Ancak yeni bir anayasa yapımını bu gibi kopma veya kesintilere hasretmek, ne demokratik ilkelere, ne mantığa, ne siyasal gerçekliğe uygundur. Maalesef Türk Anayasa Mahkemesi de, Anayasanın 10 ve 42’nci maddelerine ilişkin anayasa değişikliğini iptal ettiği kararında, aslî kurucu iktidarı “ülkenin siyasal rejiminde çeşitli etkenlere dayalı olarak ortaya çıkan kesintilerin ürettiği ve ortaya çıkış biçimi itibarıyla hukuksal çerçeve dışında yer alan... irade” olarak tanımlamak suretiyle, aynı yanlışlığa düşmüştür. Mahkeme, bir sonraki cümlesinde “katılımcı, müzakereci ve uzlaşmayı esas alan demokratik ülkelerde aslî kurucu iktidarın sahibi halktır” demek suretiyle, kendisiyle de çelişkiye düşmüştür.³

Gerçekten de, eğer demokratik ülkelerde aslî kurucu iktidarın sahibi halksa (ki, aksinin düşünülmesi mümkün değildir) onun bu iktidarını istediği her zaman, rejimlerde bir kopma veya kesinti olmaksızın da kullanabileceğinde tereddüt edilemez. Geçtiğimiz on yıllarda Avrupa’nın en istikrarlı iki demokrasisi, İsveç (1975) ve Finlandiya (2000) çok barışçı şartlar altında tümüyle yeni anayasalar yapmışlardır. Halen üçüncü bir istikrarlı Avrupa demokrasisi Lüksemburg, yeni bir anayasa yapma sürecindedir. Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin çoğunda ve İspanya’da

³ Anayasa Mahkemesi kararı, E. 2008/16, K. 2008/116, 5.6.2008, *Resmî Gazete*, 22 Ekim 2008, sayı 27032.

demokrasiye geçiş bir hukuk boşluğu sonucu değil, normal yasama meclislerinin yerleşik hükümler uyarınca kabul ettikleri anayasalarla gerçekleştirilmiştir.⁴ Konuya Türk pozitif hukuku açısından bakıldığında da, 1982 Anayasasında kurucu organın yeni bir anayasa yapmasına engel hiçbir hüküm yoktur; olsaydı da, bunun hukuki bir değerinin olmayacağı açıktır.

II. KİMİN TARAFINDAN?

Bir ülke halkının dilediği zaman kendisine yeni bir anayasa yapmasının onun vazgeçilmez hakkı olduğunu kabul ettiğimize göre, burada tartışılması gereken, bunun ne tür bir kurucu organ tarafından yapılması gerektiğidir. Bu konuda başlıca iki alternatif ortaya çıkmaktadır: Anayasa yapmak üzere özel olarak kurulmuş bir kurucu meclis, ya da normal bir şekilde seçilmiş yasama meclisi. Andrew Arato, Hannah Arendt, Carl Schmitt ve Bruce Ackerman gibi diğer önemli yazarların eserlerinden de esinlenerek beşli bir tipoloji önermektedir: ABD tipi bir anayasa konvansiyonu, egemen kurucu meclis, normal şekilde seçilmiş yasama meclisi, yürütme organının inisiyatifi ile anayasa yapımı ve evrim süreci. Bunlardan, biçimsel anlamda bir anayasa yapımını içermeyen ve İngiltere ve İsrail gibi yazılı bir anayasaya sahip olmayan ülkelere özgü olan evrim süreci ile, özü itibarıyla demokratik bir yöntem sayılamayacak olan yürütme girişimiyle anayasa yapımı yöntemi (en tipik çağdaş örneği General de Gaulle'ün etkisi altında Fransa Adalet Bakanlığınca hazırlanmış olan 1958 Fransız Anayasası) bir yana bırakılırsa, Arato'ya göre geriye üç model kalmaktadır. Gerçekten, ABD Anayasa Konvansiyonu da geniş anlamda kurucu meclis türünün bir alt-tipi olmakla beraber, Konvansiyon, öteden beri mevcut ve anayasa yapımı sürecinde de varlıklarını koruyan eyalet (aslında, İngilizce'deki ifadesiyle "devlet") temsilcilerinden oluşması yönünden "egemen kurucu meclis" modelinden ayırt edilebilir. Federe devletler (*länder*) temsilcilerinden oluşan 1948

⁴ Ergun Özbudun, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı* (Ankara, Bilgi Yayınevi, 1993); Sovyet İmparatorluğunun çöküşünden sonra, Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri, özellikle Macaristan ve Polonya'daki anayasa yapımı süreçleri için, bk. Andrew Arato, *Civil Society, Constitution, and Legitimacy* (Lanham: Rowman and Littlefield, 2000), özellikle bölüm 4, 5, 6.

Alman Parlâmento Konseyi de, belki konvansiyon modeline benzetilebilir. Ancak bu modelin de daha yakın zamanlara ait bir örneği yoktur.⁵

Görülüyor ki, günümüzde tercih, esas itibariyle, normal yasama meclisi ile özel olark seçilmiş bir kurucu meclis modelleri arasındadır. Venedik Komisyonunun, 11-12 Aralık 2009 tarihli “Anayasa Değişiklikleri Hakkında Rapor”unda (para. 35) belirtildiği gibi, “pek çok ülkede Parlâmento, hem normal yasayıcı, hem anayasal yasayıcı olarak görev yapar.” İstisnai olarak bazı ülkelerde (Bulgaristan, Rusya Federasyonu) yeni bir anayasa yapımı veya mevcut anayasanın kendilerine özel önem atfedilen bazı bölümlerinin değiştirilmesi için, özel bir Kurucu Meclis kurulması öngörülmüştür. Anayasayı değiştirme yetkisinin normal yasama meclisinde olduğu durumlarda da, birden çok kere görüşme, görüşmeler arasında belli bir süre geçmesi zorunluluğu ve en önemlisi nitelikli çoğunluk gibi güçleştirici yöntemler kullanılmaktadır. T.C. Anayasasının 175’inci maddesi de bu tür yöntemleri benimsemiş, ayrıca bazı hallerde değişikliğin zorunlu veya seçimlik olarak referanduma sunulmasını öngörmüştür. T.C. Anayasasında, meselâ Bulgaristan ve Rusya anayasalarının aksine, yeni bir anayasanın yapılması ya da yürürlükteki anayasanın bazı bölümlerinin değiştirilebilmesi için, özel bir kurucu meclis kurulması gerektiği hakkında hiçbir hüküm yoktur.

Buna rağmen, 2007 yazında tümüyle yeni bir anayasa yapma projesi ortaya atıldığında, bazı çevrelerin, bunun normal yasama meclisi değil, ancak özel bir kurucu meclis tarafından yapılabileceğini ısrarla savunmalarını anlamak mümkün değildir. 1990’lardan itibaren yeni bir anayasa fikri, çeşitli siyasi partiler ve önde gelen sivil toplum kuruluşları tarafından ortaya atıldığında, böyle bir zorunluluktan söz edilmemiştir. Meselâ 1992 yılında Prof. Erdoğan Teziç’in başkanlığında saygın anayasa ve kamu hukukçularından oluşan bir bilim kurulu tarafından TÜSİAD için hazırlanan anayasa taslağında bu konuda şöyle denilmektedir: “Anayasada değişiklikler yapmaya yetkili bir organın yeni bir anayasa yapma konusunda da yetkili olduğu hususunda kuşku yoktur... Kısacası bugünkü TBMM bir Kurucu Meclis sıfatıyla seçilmiş olmadığı halde, yeni bir anayasa yapmaya yetkili bir ‘asli kurucu organ’ yetkisi kullanılabilir. Zaten bunun aksini düşünmek, anayasa yapıcılığı yetkisini yalnız kurucu meclislere, ya da ihtilâl sonrasının olağanüstü iktidarlarına

⁵ Arato, *a.g.e.*, bölüm 7.

tanımak olur ki, bu tarihsel gerçeklerle uzlaşmadığı gibi, şiddet yolunu önermek anlamına dahi gelir. Oysa pek çok ülkede yeni anayasalar, normal zamanlarda ve olağan yasama meclisleri tarafından hazırlanabilmiştir.”⁶ Venedik Komisyonunun yukarıda anılan raporuna göre de, “aslında tümüyle yeni anayasalar olan yeni siyasal düzenlerin, eski anayasalardaki değişiklik hükümlerine uyularak anayasal süreklilik yoluyla kabul edildiği birçok örnek vardır. 1990’larda Orta ve Doğu Avrupa’daki yeni demokrasilerin hemen hepsinde anayasal değişim bu yoldan gerçekleşmiştir” (para. 21). Bu örneklere, ilk oturumunda kurucu meclis olarak çalışmaya karar veren ve 1978 Anayasasını yapan İspanyol Cortes’i ile, gene olağan yasama meclisi olarak seçilip de 1924 Anayasasını vücuda getiren ikinci dönem TBMM’ni ekleyebiliriz.

Bütün bu örneklere rağmen, 2007 yılındaki sivil anayasa girişimini takiben ısrarla ileri sürülen kurucu meclis modelini, hukukî olmaktan çok, siyasî, ideolojik ve psikolojik gerekçelerle açıklamak mümkün görünmektedir. Türkiye’nin halen de devam etmekte olan aşırı kutuplaşmış siyasi ortamında, lâikliğin katı bir yorumuna taraftar olan kurumlar ve çevreler, Meclisteki AK Parti çoğunluğunun hâkim rol oynayacağı bir anayasa yapımı sürecinin Türkiye’yi İslâmi bir otokrasiye götüreceği endişesiyle, bu partinin anayasa yapımındaki rolünü asgarîye indirecek formüller üretmişlerdir. Bu tür söylemler günümüzde de, bazen mizah sınırlarını zorlayan, “kediye ciğerci dükkânı emanet edilmez” ya da “irticâ faaliyetlerin odağı olduğu Anayasa Mahkemesince belirlenmiş bir partinin çoğunlukta olduğu bir TBMM anayasa yapamaz” gibi ifadelerle dile getirilmektedir.

Bu görüşte olanların savundukları kurucu meclisin niteliğine ilişkin görüşler çeşitlidir. Bazıları, halen görevde olan TBMM’nin yanında ayrıca bir kurucu meclis, ya da “anayasa konvansiyonu” kurulmasını, bunda sivil toplum kuruluşlarının, uzmanların ve toplumdaki güçleri ne olursa olsun bütün siyasi partilerin temsil edilmesini, hattâ bu mecliste görev alanların daha sonra hiçbir siyasi faaliyete katılmayacaklarına dair taahhütte bulunmalarını önermektedirler. Bu önerilerin en ilginçlerinden biri, 19 Haziran 2008’de TÜSİAD tarafından kamuoyuna açıklanan

⁶ TÜSİAD komisyonu görüşü için, bk. Serap Yazıcı, *Yeni bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009), s. 46-47.

“anayasa konvansiyonu” önerisidir. Bunda, konvansiyonun, toplam 50 kişiden oluşması, bu üyeliklerden 3/5’ünün TBMM’nde temsil edilen siyasi partilere tahsis edilmesi, diğer üyeliklerin de yargı organları ve sivil toplum kuruluşları temsilcileri ile anayasa hukukçuları arasında paylaştırılması, konvansiyonun hazırladığı metnin TBMM’ne sunulması ve üye tamsayısının üçte birinin imzasıyla bir anayasa değişikliği teklifine dönüştürüldükten sonra, TBMM’nde yürürlükteki kurallar çerçevesinde görüşülmesi öngörülmektedir.⁷

Bu ve benzeri “kurucu meclis” önerileri, birçok soruyu cevapsız bırakmaktadır. Bu meclis, TBMM’nin yerine geçecek, yani hem kurucu iktidarı, hem yasama iktidarını birlikte kullanacak tek bir meclis mi olacaktır, yoksa olağan TBMM’nin yanında sadece danışma fonksiyonu ifa edecek bir ön-hazırlık komisyonu mu olacaktır? İkinci durumda TBMM ile ilişkileri ne olacaktır? Hazırladığı taslağın TBMM’nce kabul edilmesinin garantisi nedir? Eğer son söz, olması gerektiği gibi, TBMM’de olacaksa, böyle gösterişli adlarla bir danışma kurulunun oluşturulmasının gerekçesi nedir? Bu kurul, genel oya mı dayanacaktır, yoksa TÜSİAD’ın önerdiği gibi, korporatif bir yapıya mı sahip olacaktır? Eğer ikinci yol izlenecekse, bu kurulun demokratik meşruluğu neye dayanacaktır? Kurulda hangi siyasi partilerin ve hangi sivil toplum kuruluşlarının hangi kriterlere dayanılarak temsil edileceğini kim ve nasıl belirleyecektir? Eğer ihtiyaç, anayasanın geniş tabanlı bir müzakere süreciyle hazırlanması ise, bu, daha önce de yapıldığı gibi, bir partiler-arası uyum komisyonu kurulması ve bu komisyonun, gerekli gördüğü takdirde sivil toplum kuruluşları temsilcileri ve uzmanları dinlemesi yoluyla, çok daha pratik bir biçimde karşılanamaz mı? Nihayet, yürürlükteki Anayasaya göre, TBMM’nin anayasayı değiştirme yetkisinin bir bölümünü, Anayasa’da hiç yeri olmayan böyle bir kuruluşa devretme yetkisi var mıdır?

Bütün bu sorunlar, yeni bir anayasa yapımı sürecinde tek gerçekçi yolun, bu yetkinin olağan yasama meclisince kullanılması olduğu sonucuna götürmektedir. Ancak bu meclisin daha geniş bir temsil tabanına oturtulabilmesi için, eğer yüzde onluk ülke barajının bütün seçimler için indirilmesi istenmiyorsa, anayasayı yapacak meclise özgü olarak, yüzde

⁷ A.g.e., s. 47-49. TÜSİAD bildirisinin tam metni için, bk. “Anayasa Konvansiyonu Nedir, Neden Gereklidir?” 19 Haziran 2008, TS/BAS/08-61. Macar asıllı Amerikalı siyasal bilimci Andrew Arato’nun, bazı yönlerden TÜSİAD önerisine benzeyen, bazı yönlerden de ondan ayrılan görüşleri için, bk. a.g.e., s. 50-51.

3-5'lik bir düzeye indirilmesi düşünülebilir. Böylece, ülkedeki bütün belli başlı siyasal eğilimlerin, anayasa yapımı sürecine katkıda bulunması sağlanmış olacaktır.

III. NASIL VE HANGİ SINIRLAR İÇİNDE?

Yukarıda değinildiği gibi, aslî ve talî kurucu iktidar arasındaki temel fark, bunlardan ikincisinin anayasayı ancak o anayasada mevcut yöntem ve kurallar çerçevesinde değiştirebileceğidir. Burada karşılaşılan en önemli teorik ve pratik sorun, olağan yasama meclisinin, yürürlükteki anayasanın değiştirilemez olarak kabul ettiği hükümlerle bağlı olup olmadığıdır. Bu sorun, Türkiye bakımından özel bir önem taşımaktadır; çünkü değiştirilemezliği sadece cumhuriyetçi hükûmet şekline hasretmiş olan 1924 ve 1961 Anayasalarının aksine, 1982 Anayasası, ilk üç maddede değiştirilemez ilan etmiştir. Üstelik, Anayasa Mahkemesi, 2008 yılında Anayasanın 10 ve 42'nci maddelerine ilişkin anayasa değişikliğini iptal ederken, daha önce yetkisiz olduğunu ifade ettiği, değiştirilemez maddelere uygunluk denetimi yapmış, hattâ bu maddeleri doğrudan doğruya değiştiren değil, onları dolaylı yoldan zayıflatan anayasa değişikliklerini dahi denetleyebileceğini ileri sürmüştür.⁸ Jüristokrasi, ya da hâkimler hükümetinin doruk noktasını oluşturan bu karar, yeni bir anayasa yapacak veya onu radikal bir biçimde değiştirecek olağan bir yasama meclisi açısından ciddi sorunlar yaratmaktadır.

1982 Anayasasının, değiştirilme yasağını genişleterek ilk üç maddede teşmil etmesi, birçok anayasa hukukçumuzca haklı eleştiri konusu olmuştur. Meselâ rahmetli Profesör Bülent Tanör'e göre:

“Anayasanın 2'nci maddesiyle Başlangıç bölümündeki temel ilkelerin de değiştirilemez hale gelmesi son derece ciddi bir sorundur. Bu nitelikteki bir ilkeler topluluğuyla bir ülkenin yakın ve uzak geleceğinin dondurulmak ve ipotek altına konulmak istenmesi, gelişme ve insan haklarına saygı gibi kavramlar açısından da haksız ve zoraki bir dayatmadır. Herhalde kimsenin, Türkiye Cumhuriyetinin ebediyete kadar 1982 Anayasasının 2'nci maddesiyle ‘Başlangıç’ bölümünde yer alan temel ilkelerle yönetilebileceğini ve yönetilmesi gerektiğini söyleyebilme hakkı yoktur; herhangi bir anayasa koyucunun kendini bu kadar

⁸ Anayasa Mahkemesi kararı, bk. n. 3. Bu kararın bir eleştirisi için, bk. Ergun Özbudun, *Türkiye'nin Anayasa Krizi* (Ankara: Liberte Yayınları, 2009), s. 185-190.

basiretli ve ileriye görür sayabilmesi mümkün değildir. Anayasalar, devletin dayandığı temel ilkeler sürekli değişirler. ‘İdeal’in artık bulunduğunu sanmak bu gelişmeyi tökezletir. ‘Devletin bütünlüğü, resmî dili, bayrağı, millî marşı ve başkenti’yle ilgili 3. maddenin de değiştirilmez kılınması ise fuzulidir. Bu konular başka ülkelerin anayasalarında da düzenlenmektedir; ancak bunların bir de ‘değiştirilemez’ sayılmalarına hiçbir gerek yoktur. 1982 Anayasa koyucusu, bu noktada da gereksiz ve aşırı bir duyarlılık göstermiştir.”⁹

Anayasalardaki değişmez hükümlerin hukukî statüsü, anayasa hukuku doktrininde çok tartışmalı bir konudur. Her şeyden önce, bazı Batı demokrasilerinin anayasalarında değiştirilemez hükümler olduğu doğru olmakla birlikte, bunun Avrupa demokrasilerinde neredeyse genel kural olduğu iddiası abartmalıdır. Mutlak değişmezlik kuralı, Avrupa demokrasilerinde kural değil, istisnadır. Bazı ülkelerde mutlak değişmezlik kuralı sadece devlet şeklinin cumhuriyet oluşuyla sınırlıdır (Fransa, m. 89; İtalya, m. 139). Bazı Avrupa devletlerinin anayasalarında sadece demokrasinin özünü veya temel değerlerini koruyan hükümlere değişmezlik niteliği tanınmıştır. Meselâ Çek Cumhuriyeti Anayasasına göre (m. 9, f. 2) “hukuk devletiyle yönetilen demokratik devletin temel gerekleri”ne ilişkin değişiklik yapılamaz. İsviçre Anayasasına göre (m. 193, 194) tümüyle yeni bir anayasanın veya kısmî bir anayasa değişikliğinin, “milletlerarası hukukun uyulması zorunlu kuralları”nı ihlâl etmesi gerekir. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının 79’uncu maddesine göre, 1’inci ve 20’nci maddelerdeki ilkelere ve federal devlet şekline aykırı anayasa değişiklikleri yapılamaz. Burada sözü geçen 1’inci ve 20’nci maddeler, insan onurunun dokunulmazlığı, insan haklarının dokunulmazlığı ve vazgeçilmezliği, zulme karşı direnme hakkı, bütün kamusal iktidarların halktan kaynaklandığı, Federal Almanya Cumhuriyetinin demokratik ve sosyal bir federal devlet olduğu gibi, demokrasinin özünü oluşturan temel değerlere atıfta bulunmaktadır.

Avrupa ülkeleri arasında, değişmezlik kuralının kapsamını daha geniş tutan, Romanya (m. 152) ve Portekiz gibi ülkeler de vardır. Bu konuda en ileri giden, değiştirilemez hükümleri 15 kalem halinde sayan 1976 Portekiz Anayasasıdır (m. 290). Solcu Silahlı Kuvvetler Birliği’nin tehdit ve baskıları altında yapılmış olan bu anayasa, “temel üretim araç-

⁹ Bülent Tanör, *İki Anayasa, 1961-1982* (İstanbul: Beta, 1986), s. 167.

ları ile toprak ve doğal kaynakların kolektifleştirilmesi, tekellerin ve büyük toprak mülkiyetinin ilgası” gibi birtakım ideolojik ilkelere değişmezlik tanımıştır. Silâhlı kuvvetlerin anayasa yapımındaki belirleyici rolü dolayısıyla bir bakıma Türkiye’deki 1982 Anayasasının yapımı sürecine benzetilebilecek olan Portekiz deneyiminde de silâhlı kuvvetler, kendi ideal toplum düşüncelerini, değiştirilemez anayasa kuralları biçiminde kurumsallaştırmaya çalışmışlardır. Bununla birlikte Portekiz’de eski 290’ıncı madde (yeni metinde m. 288) anayasa değişikliği ile değiştirilmiş ve bu ideolojik ilkelere arındırılarak daha demokratik bir içeriğe kavuşturulmuştur.

Avrupa ülkelerinin bir bölümünde ise, mutlak bir değişmezlik kuralının kabulü yerine, anayasa koyucunun özel bir değer attığı hükümlerin değiştirilmesinde, diğer anayasa değişikliklerine oranla daha özel ve daha güçleştirici yöntemler öngörülmüştür. Meselâ Rusya Federasyonu Anayasasına göre (m. 135), anayasanın 1,2, ve 9’uncu bölümleri, olağan yasama organı tarafından değil, kurulacak Kurucu Meclis tarafından değiştirilebilir. Bulgaristan Anayasasına göre (m. 153, 158), yeni bir anayasa yapmaya veya yürürlükteki anayasanın bazı temel hükümlerini değiştirmeye, olağan yasama organı (Millet Meclisi) değil, kurucu meclis (Büyük Millet Meclisi) yetkilidir. İspanya Anayasasına göre (m. 168), giriş başlığını, birinci başlığın birinci bölümünü (temel haklar, kamu hürriyetleri) ve ikinci başlığı (Tac) etkileyebilecek kısmî bir anayasa değişikliği veya tümüyle yeni bir anayasa teklif edildiğinde, bu değişiklik ilke olarak her iki meclisin üçte iki çoğunluğuyla kabul edildikten sonra, parlamento otomatik olarak feshedilir ve yeni seçilen meclisler de değişikliği üçte iki çoğunlukla onayladıkları takdirde, metin onay için halkoylamasına sunulur.¹⁰

Venedik Komisyonu, 11-12 Aralık 2009 tarihli anayasa değişikliklerine ilişkin raporunda, değiştirilemez hükümler hakkında şu genel gözlemlerde bulunmaktadır: Anayasaların bazı hükümlerinin veya ilkelere değiştirilmez kılınması,

“kesinlikle hâkim yöntem değildir. Avrupa anayasalarının büyük bölümünde değiştirilmezlikle ilgili kurallar yoktur; olanların çoğu da, bunu anayasanın çok küçük bir bölümüyle, ya da pratikte gerçek bir sınırlama oluşturmayacak derecede muğlak ve genel ilkelere sınırlandır-

¹⁰ Ergun Özbudun, *Türkiye’nin Anayasa Krizi*, s. 204-207.

mışlardır. Değişmezlik konusundaki kuralları incelerken, hükümlerle ilkeler arasında ayırım yapmak gerekir. Nisbeten az sayıda anayasada, belli *hükümlerin* değiştirilemeyeceğini –yani hükmün kelimelerinin değiştirilmesi yönündeki tekliflerin kabul edilemeyeceğini- ifade eden kurallar vardır [Rapor, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasını bunun başlıca örneği olarak göstermektedir]. Daha yaygın yöntem ise, anayasadaki bazı *ilkelerin* değiştirilemeyeceğini ilân etmektir. Bu, korunan ilkelerin çekirdek unsurları muhafaza edildiği sürece, belli ölçüde bir değişikliğe imkân veren, çok daha esnek bir yaklaşımdır... Komisyon, belli bir milli sistemin değiştirilmezlik konusunda hükümlere yer verip vermemesine ilişkin olarak genel bir görüşe sahip değildir. Bir yandan, birçok anayasal sistem, bunlar olmadan da çok iyi işlediğine göre, bu, anayasacılığın zorunlu bir unsuru değildir. Öte yandan bu tür hükümlere yer veren sistemlerde bu, çoğu zaman, meşru tarihsel sebeplerle açıklanabilir ve normal olarak milli anayasal sistemin aslî bir unsurunu oluşturur. Bununla beraber Komisyon, değiştirilmezliğin, dikkatle uygulanması ve sadece demokratik düzenin temel ilkelerine hasredilmesi gereken, karmaşık ve tartışmalara yol açması muhtemel bir anayasal araç olduğu kanısındadır. Anayasal bir demokrasi, ilke olarak, devlet yönetiminin en temel ilkeleri ve yapılarında dahi değişiklik yapılması hususunda açık bir tartışmaya imkân vermelidir. Üstelik, anayasa, değişiklik konusunda katı kurallara sahipse, bu, normal olarak, kötüye kullanmaya karşı yeterli bir güvence oluşturur; eğer gerekli çoğunluk, belirlenen usûlleri izlemek suretiyle, değişikliği kabul etmek istiyorsa, o zaman bu, genel olarak sınırlandırılmaması gereken demokratik bir karardır... Bu esaslara göre Venedik Komisyonu, genel bir ilke olarak, ‘değiştirilemez’ hükümlerin yorumlanması ve uygulanmasında sınırlayıcı ve dikkatli bir yaklaşımı savunmaktadır.”¹¹

1982 Anayasasının, Avrupa anayasaları arasında bu konuda en tipik örneklerinden biri olduğuna kuşku yoktur. 1924 ve 1961 Anayasalarının sadece cumhuriyet ilkesiyle sınırlı tuttuğu değişme yasağı, Milli Güvenlik Konseyinin (Danışma Meclisinin önerisinde de bu yasağın, cumhuriyet ilkesiyle sınırlı tutulmuştu) iradesiyle, ilk üç maddeyi, hattâ bazı yorumlara göre onları koruyan 4’üncü maddeyi ve 2’nci maddenin atıfta bulunduğu “başlangıçta belirtilen temel ilkeler”i de kapsayacak

¹¹ Venice Commission (bk. n. 2), s. 40-44, para. 206-224.

şekilde genişletilmiştir. Konsey üyelerinin zihnindeki ideal toplumun temel unsurlarının böylece değişmez kılınması, yukarıda değinilen Portekiz örneğindeki duruma çok benzemektedir.

1982 Anayasasının 4'üncü maddesine göre, "Anayasanın 1'inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2'nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3'üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez." Bu maddeden hareketle, Venedik Komisyonu raporundakine benzer şekilde, "hükümler" ve "ilkeler" arasında ayırım yapılabileceği düşülebilir. Gerçekten 4'üncü madde, 1'inci ve 3'üncü madde "hükümleri"nden, 2'nci maddeye ilişkin olarak da "nitelikler"den (bunu "ilkeler" olarak anlamak gerekir) söz etmektedir. "Nitelikler"in esnek şekilde yorumlanmasıyla Venedik Komisyonunun işaret ettiği bu katılığın bir ölçüde yumuşatılabileceği düşünülebilirse de, Anayasa Mahkemesinin şu ana kadarki tutumu, bu konuda fazla iyimser olmaya imkân vermemektedir. Gerçekten Anayasa Mahkemesi, özellikle parti kapatma dâvalarında, 2'inci maddedeki lâiklik ve Atatürk milliyetçiliğine bağlılık ilkeleriyle, 3'üncü maddedeki devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü hükmünü aşırı bir katılıkla yorumlamış ve uygulamıştır.¹²

1982 Anayasasının yarattığı sistemin sorunları bunlarla da bitmemektedir. İkinci maddede değinilen "toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet" kavramlarıyla "başlangıçta belirtilen temel ilkeler"in de değişiklik yasağının kapsamı içinde, dolayısıyla anayasa yargısı denetiminde birer ölçü norm olup olmadıkları belirsizdir. Böyle oldukları kabul edilirse, son derece muğlak, soyut ve çeşitli yorumlara açık olan bu gibi kavramların anayasa değişikliklerinde önemli bir engel teşkil edeceği ve Anayasa Mahkemesini anayasa değişikliği sürecinin tek ve nihai hakemi ve hâkimi haline getireceği kuşkusuzdur. Türkiye bakımından durumun vehametini arttıran özgül bir faktör de, bu değişmezlik kuralının, demokratik şekilde seçilmiş bir kurucu meclis veya yasama meclisinin irade-

¹² Ergun Özbudun, "Party Prohibition Cases: Different Approaches by the Turkish Constitutional Court and the European Court of Human Rights," *Democratization*, Vol. 17, No. 1 (February 2010), s. 125-142; Zühtü Arslan, "Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court," *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, Vol. 11, No. 1 (2002), s. 9-25; Fazıl Hüsnü Erdem, "Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Siyasal Partilerin Kapatılması," *Hukuk ve Adalet*, No. 4 (2004), s. 252-301.

siyle değil, askerî müdahaleyi gerçekleştiren beş generalin iradesiyle konulmuş ve demokratik meşruluktan tümüyle yoksun bir halkoylamasıyla onaylanmış bulunmasıdır. Kanımca, değil böyle olağanüstü şartlar altında ve demokratik yöntemlerden en uzak biçimde hazırlanmış bir anayasanın, mümkün olan en demokratik şekilde ve tüm toplumun oydaşması ile kabul edilmiş bir anayasanın bile, gelecek kuşakları ebediyen bağlamaya hiçbir hukuki, siyasi ve ahlaki hakkı yoktur.

Bir anayasa değiştirilemez hükümler ihtiva ettiği takdirde, anayasa değişikliklerinin bu hükümlere uygunluğunun anayasa yargısınca denetlenip denetlenemeyeceği ayrı bir konudur. Bu konuda, Venedik Komisyonunun yukarıda anılan 2009 tarihli raporunda (bkz. n. 2) şu ifadeler yer almaktadır:

“Bir anayasanın değiştirilemez hükümler veya ilkeler ihtiva etmesi bir şeydir. Bu değiştirilemezliğin hukuken uygulanabilir olması, yani mahkemeler veya özel bir anayasa mahkemesince esas yönünden denetime tâbi olması, başka bir sorundur. Bu ikisi arasında otomatik bir bağlantı, ya da zorunlu bir mantıkî korelasyon yoktur. Değiştirilemezlik üzerinde bir yargısal denetim olmasa bile, bu hükümler gene de, sınırlandırıcı etkilere sahip deklarasyonlar olarak siyasal ve pratik bir fonksiyon görebilirler. Başka bir deyişle, değiştirilemezlik hükümleri, çoğu zaman “katı hukuk” değıllerdir. Dolayısıyla bunlara uyulup uyulmaması, uyuşmazlıkların çözümü için biçimsel yöntemlere başvurmanın mümkün olmadığı birçok siyasal sorunda olduğu gibi, uygulamaya bırakılmıştır. Avrupa anayasal geleneğinde temel model, birçok anayasada değiştirilemez hükümlerin veya ülkelerin bulunmaması, bulunanlarda da bunların çoğunun hukuken uygulanabilir nitelik taşıyamasıdır. Ancak, böyle oldukları ülkeler de vardır... Bazı ülkelerde yargısal denetim, mahkemelerin kendilerini anayasa koyucunun üzerine çıkaramayacakları gerekçesiyle reddedilmiştir. Diğer bazı ülkelerde anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi teorik olarak mümkün olmakla birlikte, pratikte hiç uygulanmamıştır. Zaman zaman anayasa değişiklikleri üzerinde yargısal denetim gerçekleştiren ülkelerde dahi, anayasa değişiklikleri hiçbir zaman olmasa da çok ender olarak değiştirilemez ilkeleri veya hükümleri ihlal gerekçesiyle iptal edilmektedir” (para. 225-228).

Bu konuda Avrupa’dan verilebilecek iki örnek, ilk bakışta karşıt gibi görünmekle birlikte, Fransa ve Almanya örnekleridir. Fransız Anayasa Konseyi, çeşitli kararlarında, gerek Fransız Anayasasında kendisine

böyle bir yetki veren bir hükmün olmayışı, gerek kurucu iktidarın egemen oluşu gerekçesiyle, böyle bir denetim yapmayı reddetmiştir: “Kurucu iktidarın egemen olduğu nazara alındığında, anayasal değerdeki hükümleri dilediği gibi kaldırmak, değiştirmek veya tamamlamak yetkisi ona aittir.”¹³ Macaristan, Slovenya ve İrlanda anayasa mahkemeleri de benzer kararlar vermiştir.¹⁴ Alman Anayasa Mahkemesi ise, anayasa değişikliklerini değiştirilemez hükümlere uygunluk açısından denetleyebileceği görüşünde olmakla birlikte, şu ana kadar herhangi bir anayasa değişikliğini iptal etmiş değildir. Avusturya Anayasa Mahkemesi bazı iptal kararları vermiş olmakla birlikte bunlar, esas değil, şekil denetimi kapsamındadır.¹⁵

Venedik Komisyonu, anılan raporunda atipik olarak gördüğü Türkiye’ye uzun bir yer ayırarak, şu gözlemlerde bulunmaktadır:

“Komisyona göre Türkiye örneği, bir mahkemenin, anayasa koyucu tarafından açıklıkla belirlenmiş demokratik yöntemler izlenerek kabul edilmiş anayasa değişikliklerini iptal etmek için, değiştirilemez hükümleri fiilen uygulamasından doğabilecek potansiyel sorunları göstermektedir. Komisyon, bir anayasa değişikliğinin yargısal denetiminin, olağan kanunların yargısal denetimi ile karıştırılmaması gerektiğini de vurgulamaktadır. Bunlar, gerek ilke düzeyinde, gerek uygulamada çok farklı iki şeydir. Birincisi, bazı ülkelerde kabul edilen ilke, anayasa koyucunun, anayasanın efendisi olduğu ve aynı anayasanın kurduğu diğer devlet organlarının denetimine tâbi olmaması ilkesidir. İkincisi, hemen hemen bütün ülkelerde, anayasayı değiştirme usûllerinin, tipik olarak nitelikli bir demokratik çoğunluk, zaman aralıkları, bazen yeni seçimler veya bir halk oylaması gibi, olağan kanunlardan çok daha sıkı olmalarıdır. Bu gibi zorunluluklar, normal olarak, kötüye kullanmaya karşı güçlü bir güvence oluşturur. Bu tür usûller izlenerek kabul edilmiş anayasal kararlar, genellikle çok yüksek bir demokratik meşruluk derecesine sahiptirler; bir mahkemenin bunları iptal etmekte son derece isteksiz olması gerekir. Bu gerekçeyle Komisyon, anayasa değişikliklerinin esas yönünden yargısal denetiminin, yalnızca bunun açık ve yerleşik bir dokt-

¹³ Fransız Anayasa Konseyi kararı, No. 92-312, 2 Eylül 1992, para. 34 (not 2’de değinilen Venedik Komisyonu raporundan naklen, para. 229).

¹⁴ Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study* (Bursa: Ekin Press, 2008), s. 12-19.

¹⁵ A.g.e., s. 34-40.

rine dayandığı ülkelerde ve orada dahi anayasa koyucuya bir takdir hakkı tanıyarak dikkatle gerçekleştirilmesi gereken, sorunlu bir araç olduğu kanaatindedir” (para. 234, 235; keza, 250, 251).

Bu düşünceler ışığında, Türkiye’de anayasal değişikliklerin yargısal denetimi sorununun, Türk demokrasisinin halen karşı karşıya bulunduğu en ciddi sorunlardan birini oluşturduğunda kuşku yoktur. 1961 Anayasası döneminden itibaren tartışma konusu olan bu sorun, Anayasa Mahkemesinin 2008 yılında Anayasanın 10 ve 42’nci maddelerinin iptaline karar vermesiyle, daha da ciddi boyutlara ulaşmıştır. 1961 Anayasasının ilk metninde Anayasa Mahkemesinin bu konuda bir denetim yetkisine sahip olup olmadığı hakkında bir hüküm bulunmamasına rağmen, Mahkeme 1970 yılında verdiği bir kararda, anayasa değişikliklerini “gerek biçim, gerekse esas yönünden” denetleyebileceğini ileri sürerek, anılan anayasa değişikliğini iptal etmiştir.¹⁶ 1961 Anayasasının 1971 yılında 1488 sayılı Kanunla gerçekleştirilen geniş kapsamlı değişikliğinde, muhtemelen Anayasa Mahkemesinin bu kararına karşı tepki olarak, Anayasanın 147’nci maddesi, anayasa değişikliklerinin denetimini, “Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğu”nun denetlenmesiyle sınırlandırmıştır. Bu değişikliğin gerekçesinde, “Anayasanın sadece kanunlara ve içtüzüklere hasrettiği bir denetleme yetkisinin, Anayasa Mahkemesince, Anayasa değişikliklerine teşmil edilemeyeceği tabiidir... Bu denetim yetkisinin, Anayasa değişikliğinin, sadece teklif, müzakere ve kabul edilmesine ait Anayasa hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunup bulunmadığı noktasına münhasır olduğu, esasa teşmil edilemeyeceği... tesbit olunmuştur” denilmektedir.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, 1971 Anayasa değişikliğinden sonra da, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu denetlemeye devam etmiş ve 1970’li yıllarda dört anayasa değişikliğini daha iptal etmiştir. Burada Mahkemenin dayandığı gerekçe, 1961 Anayasasının tek değiştirilemez hükmü olan Cumhuriyet ilkesinin, sadece Cumhuriyet kelimesini değil, Anayasada nitelikleri belirlenmiş Cumhuriyet rejimini ifade ettiği, bu değiştirilemez hükme aykırılığın da aynı zamanda bir şekil sorunu olduğudur.

¹⁶ Anayasa Mahkemesi kararı, E. 1970/1, K. 1970/31, 16.6.1970, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi* (AMKD), Sayı 8, s. 323.

1982 Anayasa koyucusu, gene muhtemelen bu kararlara karşı tepki olarak, şekil yönünden denetimin kapsamını daha da açıkça tanımlama yoluna gitmiştir. Anayasanın halen yürürlükte olan 148'inci maddesine göre, anayasa değişikliklerinde şekil yönünden denetim, “teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır.”

Anayasa Mahkemesi, 2008 yılına gelinceye kadar Anayasanın bu hükmüne uygun davranmış ve anayasa değişikliklerinin iptaline ilişkin üç başvuruyu, bunların 148'inci maddede sayılan şekil bozuklukları ile ilişkili olmadıkları gerekçesiyle reddetmiştir. Meselâ Mahkemenin 5.7.2007 tarihli kararında bu husus, çok açık olarak ifade edilmiştir: “Anayasa'nın 148'inci maddesinde, Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisi, teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlandırılmıştır. Esas yönünden denetime olanak tanınmadığı gibi, 148. maddede tüketici biçimde sayılan koşulların dışında şekil yönünden denetim yapılması olanaksızdır.”¹⁷ Ancak Mahkeme, 2008 yılında bu içtihadını anlaşılabilir bir şekilde değiştirmiş ve Anayasanın 10 ve 42'nci maddelerini değiştiren 5735 sayılı Kanunu iptal etmiştir. Bu kararıyla Anayasa Mahkemesi, 1970'li yıllardaki muhakeme tarzına geri dönmüş ve değiştirilemez maddelere aykırılığı bir şekil sorunu olarak görmüştür.¹⁸

Anayasa Mahkemesinin gerek 1961, gerek 1982 Anayasaları döneminde gösterdiği bu yargısal aktivizm, Türk anayasa hukuku doktrininde sert eleştirilere konu olmuştur. Meselâ Prof. Mümtaz Soysal,

¹⁷ Anayasa Mahkemesi kararları, E. 1987/79, K. 1987/15, 18.6.1987, *Resmî Gazete*, 4 Eylül 1987, Sayı 19564, s. 22-26; E. 2007/72, K. 2007/68, 5.7.2007, *Resmî Gazete*, 7 Ağustos 2007, Sayı 26606; E. 2007/99, K. 2007/86, 27 Kasım 2007, *Resmî Gazete*, 16 Şubat 2008, Sayı 26792.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi kararı, bk. n. 3. Türk Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklikleri üzerindeki denetimi sorunu hakkında, bk. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 10. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), s. 169-177; Ergun Özbudun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi,” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi: Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan*, No. 62 (3) (Temmuz-Ağustos 2007), s. 258-268; Ergun Özbudun, “Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey,” *European Public Law*, Vol. 15, Issue 4 (December 2009), s. 533-538; Kemal Gözler, *a.g.e.*, s. 40-49; Osman Can, “Anayasa Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu,” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi: Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan*, s. 101-139; Serap Yazıcı, *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine*, s. 199-213.

Mahkemenin 1970’li yıllardaki kararları hakkında şunları söylemektedir: “Bu çok tehlikeli bir gerekçe. Sonunda toplumu ‘yargıçlar devleti’ denen bir anlayışa götürmesi, halkın oylarıyla kurulmuş bir parlamentonun elindeki değiştirme yetkisini hiçe indirmesi mümkün. Anayasa Mahkemesindeki yargıçlar, Cumhuriyetin temel niteliklerini belirli bir yönde yorumluyorlar diye, o tutuma aykırı düşen bütün değişiklikler iptal edilecek ve dolayısıyla ulus bu alandaki yetkisini kendi temsilcileri aracılığıyla da olsa kullanamaz duruma mı gelecektir? Anayasa Mahkemesi üyeleri, ‘cumhuriyet’ sözüne Anayasanın başka ilkelerini ekleyerek o ilkelere de değişmezlik kazandırma yetkisini nereden almaktadırlar?” Bu durumda Anayasa Mahkemesi, “devlet sistemi içinde kendisine tanınan yeri aşıyor demektir.”¹⁹

Prof. Erdoğan Teziç de, 1961 Anayasası dönemine ilişkin olarak aynı görüşleri dile getirmektedir:

“Yasama organının, Anayasanın 155. maddesine göre Anayasayı değiştirme yetkisini kullanırken, muhtevaca sınırlandırıldığı 9. madde (Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez) dışında, mutlak bir takdir yetkisi vardır... Kendi içinde değişebilirliğini öngören bir Anayasanın açıkça yasakladığı istisna dışında, bazı hükümlerin dondurulmuş ve mutlak nitelikte olduğu görüşü, her şeyden önce pozitif bir temele dayanmamaktadır. Kurucu iktidar, Anayasanın değiştirilebileceği kuralını açık ve seçik bir şekilde koymuş, bunun dışında, istisnai olarak, Anayasanın değiştirilemeyen maddesini de belirtmiştir. Bu istisnanın genişletilmesine, pozitif hukuk açısından hiçbir imkan yoktur. Anayasanın 155. Maddesindeki usullere uyulmak şartıyla, değiştirilemeyecek bir hüküm yoktur. Anayasa Mahkemesinin, yapılacak bir değişiklikten sonra, bunu Anayasanın ruhuna aykırı görerek iptal etmesi halinde, asıl büyük tehlike, Mahkemenin, kurucu iktidarın da üstünde bir güç haline gelmesidir.”²⁰

1961 Anayasası dönemine ilişkin bu eleştirilerin, 1982 Anayasası bakımından da geçerli olduğunda kuşku yoktur. Gerçi 1982 Anayasası,

¹⁹ Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı* (İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1976), s. 218-219.

²⁰ Erdoğan Teziç, *Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972), s. 133-134.

sadece Cumhuriyet ilkesine değışmezlik tanıyan 1961 Anayasasından farklı olarak, ilk üç maddesini değıştirilemez olarak ilân etmişse de, öte yandan şekil yönünden denetimin kapsamını selefinden daha açık şekilde tanımlamış ve sınırlandırmıştır. Gerçekten, 1971 yılında değıştirilen 147’nci madde, sadece “Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygun”luktan söz ettiği halde, 1982 Anayasasının 148’inci maddesi hangi şekil bozukluklarının denetlenebileceğini “teklif ve oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı” tutmuştur. Anayasa metnindeki “sınırlıdır” kelimesinin, bu denetimin başka hususlara teşmil edilemeyeceğini ifade ettiği açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, yukarıda alıntıladığımız 5.7.2007 tarihli kararında denetime konu olabilecek şekil bozukluklarının Anayasada “tüketici biçimde” sayılmış olduğunu kabul etmiştir. Dolayısıyla, 1961 Anayasası döneminde “şekil” deyiminin, çok tartışmalı ve bizce kabul edilemez bir yorumu yoluyla, Cumhuriyetin niteliklerine uygunluğu da kapsayabileceği bir an için varsayılsa dahi, 1982 Anayasasının 148’inci maddesinin açık hükmü karşısında buna da imkan yoktur.

Lâfzî yorumun ulaştırdığı bu sonuçların ötesinde ve ondan da önemli olarak, Anayasa Mahkemesinin her iki Anayasa dönemindeki aktivizminin, özü, niteliği ve sonuçları açısından aynı olduğunda kuşku yoktur. Her iki dönemde de, Anayasa Mahkemesi, pozitif hukuk kurallarını aşırı ölçüde zorlayarak bir yetki aşımı, ya da yetki gasbında bulunmuş, halka ve onun seçilmiş temsilcilerine ait olan kurucu iktidarı sahiplenmiştir. 1961 Anayasasının 2’nci maddesinde sayılan Cumhuriyetin nitelikleri ve 1982 Anayasasının 2’nci ve 3’üncü madde hükümleri, o kadar genel, soyut ve farklı yorumlara elverişli kavramları içermektedir ki, bunlardan herhangi biriyle ilişkilendirilemeyecek bir anayasa değışikliği tasavvur etmek çok güçtür. Böyle bir yorum kabul edilirse, artık Anayasa Mahkemesinin onaylamadığı hiçbir anayasa değışikliği yapılamayacak, diğer bir deyimle kurucu iktidar, tümüyle Anayasa Mahkemesine geçmiş olacaktır. Milletlerarası literatürde bunun adı, anayasal veya çoğulcu demokrasi değil, jüristokrasi ya da hâkimler hükümetidir.

KAYNAKÇA

Andrew Arato, *Civil Society, Constitution, and Legitimacy*, Lanham: Rowman and Littlefield, 2000.

Bülent Tanör, *İki Anayasa, 1961-1982*, İstanbul: Beta, 1986.

Erdoğan Teziç, *Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972.

Ergun Özbudun, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1993;

- “Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey,” *European Public Law*, Vol. 15, Issue 4, December 2009;

- “Party Prohibition Cases: Different Approaches by the Turkish Constitutional Court and the European Court of Human Rights,” *Democratization*, Vol. 17, No. 1, February 2010;

- *Türk Anayasa Hukuku*, 10. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009;

- “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi,” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi: Prof. Dr. Yavuz Sabuncu’ya Armağan*, No. 62 (3), Temmuz-Ağustos 2007;

- *Türkiye’nin Anayasa Krizi*, Ankara: Liberte Yayınları, 2009.

Fazıl Hüsnü Erdem, “Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Siyasal Partilerin Kapatılması,” *Hukuk ve Adalet*, No. 4 (2004).

Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, Bursa: Ekin Press, 2008.

Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1976.

Osman Can, “Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu,” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi: Prof. Dr. Yavuz Sabuncu’ya Armağan*.

Sanford Levinson, ed., *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1995.

Serap Yazıcı, *Yeni bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009.

Zühtü Arslan, “Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court,” *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, Vol. 11, No. 1, 2002.

PROCEDURAL ISSUES IN CONSTITUTIONAL CHANGE

Prof. Dr. Ergun Özbudun
Bilkent University

ABSTRACT

This article deals with the problems involved in the making of a totally new constitution, particularly in the context of Turkey at present. The making of a new constitution, as opposed to ordinary constitutional amendments, involves such questions of when, by whom, how, and within which limits. The last point raises the highly controversial issue of the unamendable provisions of the existing constitution.

Key Words: *Procedures in Constitution-making, Constitutional revisions, Constituent Assembly, Grand National Assembly, Turkish Constitutional Court, Juristocracy*

Constitution-making and constitutional revisions are among the most heatedly debated issues in constitutional theory and practice. Obviously, constitutions, being products of human beings, can have no claim to perfection and eternal validity. Furthermore, even a constitution made in an ideally democratic way and with the broadest possible consensus may, after a while, need revision because of the changing social circumstances and changing political values. Such need is strongly expressed in the title of a 1995 book edited by Sanford Levinson: *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*. In the first pages of the book George Washington's letter to his nephew Bushrod Washington is quoted as follows:

“The warmest friends and the best supporters the Constitution has...do not contend that it is free from imperfections, but they found them unavoidable and are sensible if evil is likely to arise from them, the remedy must come hereafter...The People can...decide with as much

propriety on the alternations and amendment which are necessary...I do not think we are more inspired, have more wisdom, or possess more virtue, than those who will come after us.”¹

Two ways of constitutional change are the making of a totally new constitution and the revision of the existing one in accordance with its amendment rules. The roots of this distinction go back to the thinkers of the French revolution who distinguished between the original constituent power and the derivative constituent power. However, if it is looked at more closely, the borderline between the two is not clear, since it is possible to change all or almost all provisions of the existing constitution in conformity with its amendment rules. From a purely formal point of view, the product is the outcome of the derivative constituent power. In reality, however, it is clearly a new constitution. The only problem is posed by the so-called unamendable provisions of the existing constitution, which will be dealt with below.

The amendment of a constitution in conformity with its amendment rules is not a problematic issue. Almost all constitutions establish rules for their own amendment. Such rules change between absolute flexibility and absolute rigidity. Absolute flexibility, namely making no difference between changing the constitution and the ordinary laws, is not a method adopted by any contemporary Western democracy. This is based on two considerations. Firstly, changing the fundamental structure of a state often and under the influence of daily conjuncture and ephemeral whims hardly serves the need for basic political and social stability. Secondly, rigid constitutions provide a kind of minority veto to protect the fundamental rights and interests of the minorities against the unbridled power of parliamentary majorities.

On the other hand, at the other end of the spectrum, absolute rigidity or unamendability makes it impossible to adapt a constitution to changing political and social needs. Furthermore, it may be argued that no generation has a political or moral right to tie the hands of future generations eternally. As George Washington succinctly stated, we can not assume that the future generations will be less inspired, less intelligent, and less virtuous than ours. Consequently, all contemporary democracies

¹ Sanford Levinson, ed., *Responding to Imperfection: The Theory Practice of Constitutional Amendments* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1995), p.3.

have chosen a middle road between these two extremes. The principal ones among these methods are the requirements for qualified majorities in the legislative assembly (or assemblies), mandatory referendum, adoption by two consecutive parliaments, and the election of a special constituent assembly for certain kinds of revision.

The appropriateness of referendum for constitutional change is currently a hotly debated issue in Turkish politics. Obviously, if a referendum leads to the restriction of basic human rights, it cannot be considered a democratic instrument. Another drawback is that it does not leave room for negotiations and compromise. If, however, it is used in addition to other rigid constitution instruments, such as qualified majorities in legislative assemblies, it may be considered a perfectly democratic method since it leaves the last word to the people, i.e., the ultimate possessor of the original constituent power. As such, it is resorted to in many European democracies.²

The making of a totally new constitution expectedly poses more serious problems compared to ordinary constitutional amendments. Here, four questions must be answered: When, by whom, how, and within which limits?

I. WHEN?

With regard to this question, an often stated fallacy in Turkey is that a new constitution can be made only in cases of an interruption in the constitutional process that crates a legal vacuum. Such interruptions arise as a result of revolutions, coups, internal war, or foreign occupation, and in such cases, the emerging original constituent power can make a totally new constitution unbound by any existing procedural or substantive rules. Obviously, such a conclusion is compatible neither with democratic principles, nor political realities. Ironically, the Turkish Constitutional Court adopted this point of view when it annulled the amendments in Articles 10 and 42 of the Constitution. The Court argued that the original constituent power comes into being “as a result of an interruption in the political regime of the country for a variety of reasons”, and “because of the conditions of its emergence, it is a will that

² Venice Commission, *Report on Constitutional Amendment*, 11-12 December 2009, CDL-AD (2010) 001, pp. 11-12.

remains outside the legal framework”. The Court contradicts itself, however, by stating in the same ruling that “in democratic countries based on participation, negotiations, and compromise, the possessor of the original constituent power is the people”.³

Indeed, if the people is the repository of the original constituent power (and in a democracy this cannot be questioned), it can certainly exercise this power whenever it wishes to, without an interruption in the constitutional system. Thus, in the past decades, some of the most stable European democracies (Sweden in 1975 and Finland in 2000) made new constitutions under entirely peaceful conditions. More recently, Hungary made a new constitution in 2011. Similarly, in Spain and most post-Soviet regimes of Central and Eastern Europe, new constitutions were made by ordinary legislatures without a genuine legal vacuum.⁴ The Turkish Constitution of 1982 contains no provision preventing an ordinarily elected Grand National Assembly from making a new constitution; even if it did, its binding effect would have been most dubious.

II. BY WHOM?

If we accept that the sovereign people can always exercise its original constituent power, then the following question is through what kind of representative assembly, namely by a specially elected constituent assembly, or the ordinary legislature? Andrew Arato, inspired by the writings of Hannah Arendt, Carl Schmitt, and Bruce Ackerman among others, proposes a five-fold typology: American type constitution convention, sovereign constituent assembly, ordinary legislative assembly, the initiative of the executive branch, and an evolutionary process. The last two can be eliminated for our present purposes. The evolutionary process does not involve the making of a formal constitution, and is relevant only to countries which do not have a written constitution, such as the United Kingdom and Israel. Constitution-making at the initiative

³ Turkish Constitutional Court decision, E. 2008/16, K. 2008/116, 5 June 2008, *Resmî Gazete* (Official Gazette), no. 27032.

⁴ Ergun Özbudun, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı* (Ankara: Bilgi Yayınevi, 1993); For the constitution-making processes in Central and Eastern Europe, particularly in Hungary and Poland, after the collapse of the Soviet empire, see Andrew Arato, *Civil Society, Constitution, and Legitimacy* (Lanham: Rowman and Littlefield, 2000), particularly chs. 4, 5, 6.

of the executive branch, the most typical example of which is the Constitution of the Fifth French Republic, prepared under the strong influence of General de Gaulle, cannot be considered a truly democratic method. That leaves us with three types. An American-style constitutional convention is essentially a sub-type of the constituent assembly model. It differs from it, however, in that the American constitutional convention was composed of the representatives of the pre-existing “states” which preserved their autonomous identity during the constitution-making process. The 1948 German Constitutional Council, composed of the representatives of the *länder*, may be comparable to the American model. However, we have no more recent example of this method.⁵

Thus, in our days the choice seems to be between the ordinary legislature and a specially elected constituent assembly. As stated in a Venice Commission report on constitutional amendment, “in most countries parliament serves both as ordinary legislator and as the constitutional legislator. The function as constitutional legislator is almost always subject to special procedures and requirements”, such as “a time delay between the initiative and the first reading, the requirement of multiple readings, special voting requirements, and sometimes the call for intervening elections”. In a few countries, such as Bulgaria and Russia, however, a special body has to be elected or convened to adopt a new constitution.⁶ The Turkish constitution of 1982 provides for no such special body for the making of a new constitution. Under Article 175 of the Constitution, amendments shall be proposed by at least one-third of the full membership of the Grand National Assembly, debated twice, and adopted by at least the three-fifths majority of the full membership of the Assembly. If the amendment is adopted by a majority between the three-fifths and the two-thirds, a referendum is mandatory. If it is adopted by a two-thirds (or stronger) majority, a referendum is optional depending upon the decision of the President of the Republic.

However, when the project of a totally new constitution came to the political agenda in the summer of 2007, certain politicians and academics insisted that this can be done only by a specially elected con-

⁵ *Ibid.*, ch. 7.

⁶ Venice Commission, *Report on Constitutional Amendment*, para. 35.

stituent assembly. This argument had no basis in the current Turkish Constitution, and most probably was motivated by political considerations, namely by the fear of the ultra-secularist groups that a constitution-making process dominated by the parliamentary majority of the conservative Justice and Development Party (AKP) will lead to the introduction of an Islamic autocracy. They, therefore, proposed different rules for the election of this special body with strong cooptative features in the hope of limiting the influence of the majority AKP.

A particularly noteworthy example of such proposals is put forward by a leading businessmen association, TÜSİAD. TÜSİAD proposed the establishment of a “constitutional convention” that will function side by side the ordinary legislative assembly. This 50-member convention would be composed of 35 members coming from political parties represented in parliament, and the rest would be chosen by civil society organizations, the judiciary, and constitutional law experts. However, the text prepared by the convention would be presented to the ordinary legislature signed by at least one-third of the deputies and then be debated and adopted by it in accordance with the procedure established by Article 175 of the Constitution in force.⁷

Such proposals leave a number of questions unanswered. If such a special body includes co-opted members, as suggested by the TÜSİAD, its democratic legitimacy will be extremely dubious. At a more practical level, who will decide which NGO’s, or which members of the judiciary or the academia will be represented in the convention? Finally, what will happen if the Grand National Assembly does not adopt the text prepared by the convention? In such a case, everything will go back to the square one. As stated above, the distinction between partial amendment and the making of a totally new constitution is not clear. “(T)here are many examples of new political orders, which are in effect entirely new constitutions, have been introduced by way of constitutional continuity, respecting the amendment provisions in the old constitutions. This is the

⁷ For the text of the TÜSİAD proposal and a similar one by Professor Arato, see Serap Yazıcı, *Yeni bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkinlikten Toplum Sözleşmesine* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009), pp. 47-51.

way in which constitutional change took place in almost all the new democracies of Central and Eastern Europe in the 1990s”.⁸

III. HOW AND WITHIN WHICH LIMITS?

As has been pointed out above, the basic difference between the original and the derivative constituent power is that the latter can be exercised only in conformity with the amendment rules established by the former. The most problematic question here arises if the existing constitution contains some unamendable provisions. In the Turkish constitutional tradition, the Constitutions of 1924 and 1961 declared only the republican form of government as unamendable. The constitution of 1982, on the other hand, extended the scope of unamendability to the first three articles which regulated the characteristics of the Republic (Art. 2), and its national and territorial integrity, its official language, capital city, and the national anthem (Art. 3). Furthermore. The Constitutional Court in its annulment ruling concerning the amended Articles 10 and 42 of the Constitution, argued that not only amendments directly changing the first three articles, but also any amendment that may indirectly weaken them are unconstitutional. This ruling which amounts to an extreme example of juristocracy puts serious limits on the amendment power of the legislative assembly.⁹

The extension of the scope of unamendability by the military founders of the 1982 Constitution has rightly been criticized by a majority of Turkish constitutional law scholars. Thus, Bülent Tanör has argued, for example, that

“To bestow unamendability upon Article 2 and the basic principles in the Preamble is an exceedingly serious problem...(T)his is an unjust and forced imposition. No doubt, nobody has the right to say that the Turkish Republic shall and should be ruled till eternity by Article 2 of the 1982 Constitution and the basic principles contained in the Preamble;

⁸ Venice Commission, *Report on Constitutional Amendment*, para. 21.

⁹ Turkish Constitutional Court decision, see n. 3 above. For a critique of this decision, Ergun Özbudun, “Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey”, *European Public Law*, vol. 15, no. 4 (December 2009), pp.536-538. See also Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study* (Bursa: Ekin Press, 2008).

no constitution-maker can consider itself so wise and far-sighted... Granting unamendability to Article 3 concerning the integrity, official language, national anthem, and the capital of the state is also unnecessary. Such issues are regulated in the constitutions of other countries: but there is no need to declare them unamendable”.¹⁰

The so-called unamendable constitutional clauses is a much debated topic in constitutional theory. To begin with, this is not the rule, but an exception in the European constitutional tradition. Some states (France, Art. 89: Italy, Art. 139) limited it to the republican form of government, as did the Turkish Constitutions of 1924 and 1961. In some others, such as Germany and the Check Republic, they are limited essentially to the fundamental principles of a liberal democracy, namely the inviolability of human dignity and human rights, and the rule of law. A few countries such as Romania and Portugal went further in broadening the scope of unamendable articles. However, the unamendable “socialist” principles in the Portuguese Constitution of 1976 did not deter the Portuguese legislator to pass two radical constitutional revisions in 1982 and 1989, quite incompatible with such unamendable clauses.¹¹ On the basis of its comparative study, the Venice Commission reaches the following conclusions in its report referred to above:

“This is an old element of constitutionalism in some systems. But it is by no means dominant. A large number of European constitutions do not have any rules on unamendability, and many of those who have confine this to a very small part of the constitution, or to principles which are so vague and general as not to impose in effect any actual limitation. Furthermore, unamendability is only judiciable in a few of those constitutional systems that have such rules. In the other political systems, such rules serve more as political declarations than as legal limitations on the constitutional legislator...The Commission... considers that unamendability is a complex and potentially controversial constitutional instrument, which should be applied with care, and reserved only for the basic principles of the democratic order. A constitutional democracy should in principle allow for open discussion of reform of even its most basic principles and structures of government. Further-

¹⁰ Bülent Tanör, *İki Anayasa, 1961-1982* (İstanbul: Beta, 1986), p. 167.

¹¹ Özbudun, “Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey”, pp. 533-534.

more, as long as the constitution contains strict rules on amendment, then this will normally provide an adequate guarantee against abuse - and if the required majority following the prescribed procedures wants to adopt reform, then this is a democratic decision, which should in general not be limited. All historical evidence indicate that for constitutions that function over a period of time, absolute entrenchment will never in practice be absolute. If circumstances change enough, or if the political pressure gets too strong, then even 'unamendable' rules will be changed - one way or other. In such situations, constitutional unamendability may even have the negative effect of unduly prolonging conflicts and thereby building up pressure and increasing the costs to society of eventually necessary reform. On this basis the Venice Commission would as a general principle advocate a restrictive and careful approach to the interpretation and application of 'unamendable' provisions'.¹²

Even in cases where the constitution contains unamendable provisions, their justiciability is another matter. As the Venice Commission says,

“One thing is for a constitution to contain unamendable provisions or principles. Another question is whether such unamendability is legally enforceable, in the sense that it is subject to substantive judicial review by the courts or a special constitutional court. There is no automatic link here, nor any necessary logical connection. Even if there is no judicial review of unamendability, such rules may still serve a political and practical function as declarations, which may have a restraining effect. In other words, unamendability provisions are often not 'hard law'.” Whether or not they are respected is then left to practice, like many other political questions, on which there is no recourse to formal procedures for solving disputes. In the European constitutional tradition, the fundamental model is that many constitutions do not have unamendable provisions or principles - and for those that have, these are often not justiciable. But there are also countries in which they are. Even in constitutions with unamendable provisions or principles it is not often explicitly stated whether this is subject to judicial review or not, and if so, on what terms... In some countries this has not yet been put to the test, and the legal situation is unclear. In other countries, judicial review has been

¹² Venice Commission, *Report on Constitutional Amendment*, paras. 208, 218-220.

rejected on the argument that the courts can not place themselves above the constitutional legislator. In other countries, judicial review of constitutional amendments is in theory possible, but has never been applied in practice. And even in those countries which do from time to time conduct judicial review of constitutional amendments, these are very rarely if at all set aside as breaching unamendable principles or provisions.”¹³

Indeed, in only very few European countries (Turkey, Art. 148; Ukraine, Art. 159; Moldova, Art. 141; Romania, Art. 144 a; Azerbaijan, (Art. 153) have constitutions empowered their constitutional courts to review the compatibility of constitutional amendments with the unamendable clauses. Besides, in all of them with the exception of Turkey, such review is preventive (a priori) not repressive (a posteriori). In the absence of a clear constitutional empowerment, many constitutional courts (e.g., those of France, Hungary, Slovenia and Ireland) refused to review the compatibility of constitutional amendments with the unamendable provisions. In this regard, the 1992 decision of the French Constitutional Council is particularly telling, in which it was stated that “considering that, within the limits previously referred to, constituent power is sovereign; it is within its power to abrogate, modify, or complete the provisions of constitutional value, in the manner it sees appropriate”.¹⁴

Among established old democracies of Europe, Germany is the only country where the Constitutional Court sees itself competent to review the constitutionality of constitutional amendments. It argues that the phrase in the Constitution empowering it “to review of the conformity of federal and Land laws with this Basic Law” also includes constitutional amendments as well as ordinary laws. However, the German Court has not so far invalidated a constitutional amendment on these grounds.¹⁵

¹³ *Ibid*, paras. 225-228.

¹⁴ French Constitutional Council judgement No. 92-312, 2 September 1992, para. 34; also its similar rulings of No. 1962-20 DC, 6 November 1962; No. 2003-469 DC, 26 March 2003, quoted by *ibid*, p. 45, notes 154, 155, 156. On the rulings of the French, Hungarian, Slovenian and Irish courts, see also, Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, pp. 12-19.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 22-23, 55-64.

Turkey occupies a unique place in Europe, not only in that the Constitution of 1982 explicitly empowered the Constitutional Court to carry out review over constitutional amendments, but also in that the Court has used this power quite often, leading to bitter controversies. The exceptionality of the Turkish case has also been noted by the Venice Commission:

“The Commission considers that the Turkish example illustrate the potential problems that might arise if a court should actually use ‘unamendable’ provisions to declare invalid amendments that have been adopted by the constitutional legislator following strictly prescribed democratic procedures. The Commission would also emphasise that judicial review of a constitutional amendment must not be confused with judicial review of ordinary legislation. These are two very different things, both in principle and in practice...(I)n almost all countries, the procedures for constitutional amendments are much stricter than that for ordinary legislation...Such requirements will normally constitute a strong guarantee against abuse. Constitutional decisions adopted following such procedures will in general enjoy a very high degree of democratic legitimacy – which a court should be extremely reluctant to overrule. On this basis the Commission considers that substantive judicial review of constitutional amendments is a problematic instrument, which should only be exercised in those countries where it already follows from clear and established doctrine, and even there with care, allowing a margin of appreciation for the constitutional legislator”.¹⁶

The competence of the Constitutional Court with regard to constitutional amendments has long been a hotly debated issue in Turkey. The Constitution of 1961 had no explicit provision concerning the judicial review of constitutional amendments. Theoretically speaking, such review would be possible only if one adopts the existence of supra-positive constitutional norms or of a hierarchy of norms within the constitution itself. In the Turkish constitutional system no such hierarchy was established and it was commonly agreed that all constitutional norms had equal legal value. Only, Article 9 of the 1961 Constitution had stipulated that Article 1 on the republican form of government was unamendable and that no proposal could be made in order to amend it. The

¹⁶ Venice Commission, *Report on Constitutional Amendment*, paras. 234, 235.

Constitutional Court in a 1970 ruling invalidated a constitutional amendment arguing that the unamendable republican form of government should be construed to include the characteristics of the Republic enumerated in Article 2, namely a national, democratic, secular, social state, based on human rights and the rule of law. Thus, the Court argued that an amendment incompatible with any one of these characteristics would be against Article 9 which bans amendments altering the republican form of government.¹⁷ Evidently, this interpretation gave the Constitutional Court the competence to invalidate almost any constitutional amendment, since it is hard to conceive any constitutional amendment that does not touch upon one of these characteristics.

The legislative assembly reacted to this ruling by a constitutional amendment adopted in 1971 which restricted the review powers of the Court over constitutional amendments to a merely procedural review, namely to a review of whether the procedural requirements for such amendments were complied with. However, the Court again struck down four constitutional amendments in 1975, 1976 and 1977. This time the Court's argument was that the unamendability clause concerning the republican form of government was not only a substantive, but also a procedural norm, since such a proposal could not even be submitted under Article 9 of the Constitution. Therefore, any amendment that is incompatible with the characteristics of the Republic enumerated in Article 2 would be procedurally unconstitutional and null and void.¹⁸

The political elites reacted to these rulings once more in the Constitution of 1982. Article 148 of the Constitution limits the procedural review of the Court to ascertain whether the quorums for the amendment proposal and its adoption are complied with and whether the ban on the use of the urgent procedure (debating a proposal once instead of twice) in the Assembly debates on the amendment bill is violated or not. Furthermore, Article 149 stipulated that the Court could invalidate a constitutional amendment only by a two-thirds majority of its members. The

¹⁷ Constitutional Court decision, E. 1970/1, K 1970/31, 16 June 1970, *AMKD* (Reports of the Constitutional Court), no. 8, p.323.

¹⁸ Constitutional Court decisions, E. 1973/19, K. 1975/87, 15 April 1975, *AMKD*, no.13, pp. 430-31; E. 1976/38, K. 1976/46, 12 October 1976, *AMKD*, no. 14, pp. 252-86; E. 1976/43, K. 1977/4, 27 January 1977, *AMKD*, no. 15, pp. 106-31; E. 1977/82, K. 1977/117, 27 September 1977, *AMKD*, no.15, pp. 444-64.

2001 constitutional amendment reduced this qualified majority to three-fifths. Thus, it appeared that the controversy over the judicial review of constitutional amendments had ended. Since the adoption of the 1982 Constitution the Court has not until 2008 invalidated any constitutional amendment, and in the three cases referred to it, it decided that the alleged procedural irregularity was not among the ones covered by Article 148.¹⁹

However, the Turkish Court suddenly changed its opinion in a ruling on 5 June 2008, and invalidated a constitutional amendment changing Articles 10 and 42 of the Constitution. The change in Article 10 on equality involved the addition of the phrase “in the utilization of all public services,” and the change in Article 42 consisted of the addition of the sentence “no one shall be deprived of his/her right to higher education unless expressly prohibited by law.” Clearly, the purpose of the amendment was to abolish the ban on wearing headscarves for female university students. It should be recalled that the ban itself was not introduced by a law, but by the two rulings of the Constitutional Court rendered in 1989 and 1981. The Court first considered the question of its competence, and returning to its jurisprudence in the 1970s, ruled that incompatibility with the first three unamendable articles was not only a matter of substance, but also a matter of form (procedure). Therefore, the Court considered itself competent to review the case. It then proceeded to examine the case on substantive grounds, and concluded that the abolition of the headscarf ban at universities was against the principle of secularism mentioned in the unamendable Article 2, and that therefore the constitutional amendment was unconstitutional.²⁰

This ruling of the Constitutional Court was highly controversial both on procedural and substantive grounds. Procedurally, it seems impossible to maintain the argument it put forward during the 1961 Constitution, itself of very dubious legal validity. The 1961 Constitution as amended in 1971 limited the Court’s competence over constitutional amendments to a merely procedural review. Article 148 the 1982 Con-

¹⁹ Constitutional Court decisions, E. 1987/9, K. 1987/15, 18 June 1987, *Resmi Gazete* (Official Gazette), 4 September 1987, no. 19564, pp. 22–26; E. 2007/72, K. 2007/68, 5 July 2007, *Resmi Gazete*, 7 August 2007, no. 26606; E. 2007/99, K. 2007/86, 27 November 2007, *Resmi Gazete*, 16 February 2008, no. 26792.

²⁰ Constitutional Court decision, see no. 3 above.

stitution, on the other hand, clearly specified what kind of procedural irregularities (irregularities of form) are subject to the Court's review. These are whether the quorums for the amendment proposal and for its adoption are complied with, and whether the proposal is debated twice. The Constitution has no explicit or implicit rule empowering the Court to review the compatibility of a constitutional amendment with the unamendable articles of the Constitution. Therefore, the decision of the Court is not only inconsistent with its earlier rulings in the 1982 Constitution period, but also amounts to a "usurpation of power" since it is in violation of the explicit text of Article 148.

The Court's decision can also be criticized on substantive grounds. To argue that permitting female university students to wear headscarves is tantamount to undermining the secular character of the state is a reflection of a militant and assertive notion of secularism with no parallel in any Western democracy. In fact, no such ban exists at the university level in any member state of the Council of Europe.

As a result of this decision, the Turkish Constitutional Court seems to have acquired almost total control over constitutional amendment process. Since the characteristics enumerated in Articles 2 and 3 are no vague and broad, almost no constitutional amendment can be conceived that is not in one way or another related to one of these characteristics. Such an interpretation practically deprives the people and/or its elected representatives of their constituent power which in a democracy should ultimately belong to them. As stated at the beginning, constitutional democracy requires a balance between popular power and the institutional channels through which it should be exercised. But to limit the former to such an extent can no longer be called a requirement of constitutional democracy, but an example of juristocracy. Perhaps the most fitting formula for constitutional democracy is, in the words of a leading American scholar, "judicial review without judicial supremacy."²¹ Based on humanity's two centuries old experience in constitutionalism one may conclude by repeating the classical formula that constitutions should be rigid enough to ensure the stability of the basic structure of the state and to protect minority rights against the unbridled power of the majorities,

²¹ Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (Oxford: Oxford University Press, 2004), 249–253.

but flexible enough not to prevent peaceful and democratic constitutional change in response to changing societal needs and demands.

BIBLIOGRAPHY

Andrew Arato, *Civil Society, Constitution, and Legitimacy*, Lanham: Rowman and Littlefield, 2000.

Bülent Tanör, *İki Anayasa, 1961-1982*, İstanbul: Beta, 1986.

Erdoğan Teziç, *Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972.

Ergun Özbudun, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1993;

- “Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey,” *European Public Law*, Vol. 15, Issue 4, December 2009.

- “Party Prohibition Cases: Different Approaches by the Turkish Constitutional Court and the European Court of Human Rights,” *Democratization*, Vol. 17, No. 1, February 2010.

- *Türk Anayasa Hukuku*, 10. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.

- “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi,” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi: Prof. Dr. Yavuz Sabuncu’ya Armağan*, No. 62 (3), Temmuz-Ağustos 2007.

- *Türkiye’nin Anayasa Krizi*, Ankara: Liberte Yayınları, 2009, s. 185-190.

Fazıl Hüsnü Erdem, “Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Siyasal Partilerin Kapatılması,” *Hukuk ve Adalet*, No. 4 (2004).

Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, Bursa: Ekin Press, 2008.

Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1976.

Osman Can, “Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu,” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi: Prof. Dr. Yavuz Sabuncu’ya Armağan*.

Sanford Levinson, ed., *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1995.

Serap Yazıcı, *Yeni bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009.

Zühtü Arslan, "Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court," *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, Vol. 11, No. 1, 2002.