

Keyifli Okumalar Dileriz

Binlerce kategoride milyonlarca PDF e-kitap, ders kitapları, dergiler ve romanlara platformumuz üzerinden ücretsiz ulaşabilirsiniz.

RESMİ WEB SİTEMİZ

<https://rantey.org>

Yedek ve Duyuru Kanallarımız

Sitemize erişim engeli gelmesi veya adres değişikliği durumunda aşağıdaki kanallardan güncel giriş adresine erişebilirsiniz:

- Telegram: <https://t.me/birkitapbir>
- WhatsApp Kanalımız : <https://whatsapp.com/channel/0029VbDHv8uE50Us4lvMoc0Y>

Kurucu İktidar

KEMAL GÖZLER



Kemal Gözler
KURUCU İKTİDAR

Ekin Kitabevi Yayınları
Kasım 1998

© Tüm hakları mahfuzdur. Bu kitabın tamamı ya da bir kısmı 5846 sayılı yasanın hükümlerine göre, kitabı yayınlayan kitabevinin izni olmaksızın, elektronik, mekanik, fotokopi, ya da her hangi bir kayıt sistemi ile çoğaltılamaz, yayınlanamaz, depolanamaz.

Baskı: Motif Matbaası

Dağıtım:

Ekin Kitabevi

Altıparmak Cad.

Burç Pasajı no: 27

BURSA

Tel: 0.224. 220 16 72

Fax: 0.224. 223 04 37

Yard.Doç.Dr. Kemal GÖZLER
Uludağ Üniversitesi Öğretim Üyesi

KURUCU İKTİDAR

EKİN KİTABEVİ YAYINLARI
B U R S A - 1 9 9 8

ÖNSÖZ

1989-90 öğretim yılında Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilimdalında Prof. Dr. Yahya K. Zabunoğlu danışmanlığında hazırlanan bu çalışma, 15 Ekim 1990 tarihinde, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Prof. Dr. Ergun Özbudun, Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu ve Prof. Dr. Yahya K. Zabunoğlu'ndan oluşan jüri önünde yüksek lisans tezi olarak savunulmuş ve oybirliğiyle pekiyi derece (100/100) ile kabul edilmiştir.

1990'dan bu yana sekiz yıl geçti. Bu süre içinde, o zamanlar bulamadığım tez konumla ilgili birçok kaynağa ulaştım. Keza o zamandan bu yana konumla ilgili yerli ve yabancı birçok kitap ve makale yayınlandı. Dahası ben de doktora tezimi yine benzer bir konuda hazırladım¹. Dolayısıyla bugün yüksek lisans tezimi çok daha geliştirerek yayınlamak haliyle mümkündür. Ancak bu yola gitmedim, tersine yüksek lisans tezinin

-
1. Bordeaux Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Prof. Dmitri Georges Lavroff'un danışmanlığında hazırladığım "*Le pouvoir de révision constitutionnelle*", başlıklı doktora tezim, 6 Kasım 1995'te Prof. Dmitri Georges Lavroff, Prof. Jean-Pierre Duprat, Prof. Gustave Peiser ve Prof. Henry Roussillon'dan oluşan jüri önünde savunulmuş ve "*très honorable avec félicitations du jury*" derecesiyle kabul edilmiştir. Jüri bu tezin mevcut haliyle yayınlanmasına izin verdiği gibi, onu bir tez ödülüne ve bir yayın sübvansiyonuna da aday göstermiştir. Söz konusu doktora tezi Fransa'da *Presses universitaires de Septentrion* tarafından 1997 yılında yayınlanmıştır (Kemal Gözler, *Le pouvoir de révision consitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires de Septentrion, 1997, 2 cilt, 775 sayfa). Söz konusu kitap Türkiye Bilimler Akademisi tarafından, uluslararası yayınları özendirme programı çerçevesinde, uluslararası yayın olarak kabul edilmiş ve bir teşvik primi ile ödüllendirilmiştir.

kabul edildiği şekliyle aynen yayınlanmasını tercih ettim. Yüksek lisans tezinin orijinali daktilo metindir². Daktilo metinde altı çizili yerler bu kitapta italik olarak gösterilmiştir. Bunun dışında daktilo metinde hiçbir değişiklik yapılmamıştır. Gerek içerik, gerek dilbilgisi, gerek atıf usûlü bakımından bugün hata olarak gördüğüm hususlar düzeltilmemiş, olduğu gibi bırakılmıştır. Dolayısıyla elinizdeki kitap yüksek lisans tezimin düzeyini aynen yansıtmaktadır.

Bu çalışmayı hazırladığım günlerde, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilimdalında araştırma görevlisi olarak çalışıyordum. Bu çalışma, o ortamda gerçekleşti. Bu vesileyle o ortamın oluşmasına katkıda bulunan hocalarıma ve araştırma görevlisi arkadaşlarıma teşekkür ederim.

Bursa, Kasım 1998

Kemal GÖZLER

2. Kemal Gözler, *Kurucu İktidar*, (Danışman Prof. Dr. Yahya Zabunoğlu), Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1990, VII+219 s. (Orijinal metin, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesinde bulunmaktadır).

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	1
-------------	---

Birinci Kısım

GENEL OLARAK KURUCU İKTİDAR

Birinci Bölüm

KURUCU İKTİDARIN TANIMI (s.10)

İkinci Bölüm

KURUCU İKTİDAR - KURULMUŞ İKTİDAR AYRIMI (s.13)

Üçüncü Bölüm

KURUCU İKTİDAR DÜŞÜNCESİNİN DOKTRİNAL KÖKENİ

I. Rousseau	19
II. Montesquieu	20
III. Sieyes	21

İkinci Kısım

ASLÎ KURUCU İKTİDAR

Birinci Bölüm

ASLÎ KURUCU İKTİDARIN HUKUKÎ NİTELİĞİ

I. Aslî Kurucu İktidarın Hukuk-Dışı Bir İktidar Olduğu Görüşü	24
A. Carre de Malberg	25
B. Eroğul	27
II. Aslî Kurucu İktidarın Hukukî Bir İktidar Olduğu Görüşü.....	28
A. Burdeau.....	28
1. Açıklama.....	28
2. Eleştiri.....	30
3. “Hukukî” Kelimesinin Gramatikal Anlamı Üzerine Bir Not	34

B. Kubalı	34
1. Açıklama.....	35
2. Eleştiri.....	37
C. Duverger	40
1. Açıklama.....	41
2. Eleştiri.....	46
III. Görüşümüz	48

İkinci Bölüm ASLÎ KURUCU İKTİDARIN SINIRI

I. Aslî Kurucu İktidarın Sınırlı Olduğu Görüşü.....	55
II. Aslî Kurucu İktidarın Sınırsız Olduğu Görüşü	57
III. Görüşümüz	58
IV. Aslî Kurucu İktidarın Sosyolojik Anlamda Sınırlılığı Üzerine Bir Not.....	59

Üçüncü Bölüm ASLÎ KURUCU İKTİDARIN SAHİBİ (s.62)

Dördüncü Bölüm ASLÎ KURUCU İKTİDARIN ORTAYA ÇIKIŞ HALLERİ

I. Yeni Bir Devlet Kuran Aslî Kurucu İktidar	65
A. Avrupa'da Ortaçağ Feodalitesinden Mutlak Monarşilere Geçiş..	66
B. Sömürgelerin Bağımsızlığa Kavuşması	67
C. Savaş.....	68
D. Bağımsız Devletlerin Birleşmesi	68
E. Bir Devletin Birden Çok Bağımsız Devlete Ayrılması	68
II. Mevcut Devletin Kuruluşunu Yenileyen Aslî Kurucu İktidar	69
A. Devrim ya da Hükümet Darbesi	71
B. Savaş.....	71

Beşinci Bölüm ASLÎ KURUCU İKTİDARIN BİÇİMLERİ: ANAYASA YAPMA USÛLLERİ

I. Usûllerin Açıklanması	74
A. Monokratik Usûller.....	75

1. Ferman.....	75
2. Misak.....	79
B. Demokratik Usûller.....	81
1. Kurucu Meclis	83
2. Kurucu Referandum	86
3. Kurucu Referandumdan Bir Sapma: Kurucu Plebisit.....	87
II. Hangi Usûl Daha Demokratik?.....	92
A. İlke Değerlendirmesi	94
1. Milli Egemenlik Ve Halk Egemenliği İlkeleri.....	94
2. Temsili Demokrasi Ve Yarı-Doğrudan Doğruya Demokrasi İlkeleri	95
B. İşlev Değerlendirmesi	96
1. Kurucu Referandumun Sakıncaları Ya Da Kurucu Meclisin Gerekliliği	96
2. Kurucu Meclisin Demokratikliğinin Koşulları	198
3. Sonuç: Kurucu Meclis Ve Kurucu Referandum Usûllerinin Birleştirilmesi.....	101
A. Kurucu Meclis Usûlünün Sakıncaları	102
B. Kurucu Meclis Usûlüyle Birleşen Kurucu Referandumun Sakıncasızlığı	103
C. Kurucu Referandumun Yararları.....	103
C. Demokratiklik Üzerine Bir Not	104

Üçüncü Kısım

TALİ KURUCU İKTİDAR

Birinci Bölüm

TALİ KURUCU İKTİDARA NİÇİN GEREK VARDIR? (ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN GEREKLİLİĞİ)

I. Anayasa Değişikliği Aleyhindeki Görüşler	110
II. Anayasa Değişikliği Lehindeki Görüşler.....	111
III. İstikrar Gereği	114

İkinci Bölüm

TALİ KURUCU İKTİDARIN HUKUKÎ NİTELİĞİ (s.115)

Üçüncü Bölüm
TALİ KURUCU İKTİDARIN SAHİBİ (s.116)

Dördüncü Bölüm
TALİ KURUCU İKTİDARIN YERİ

I. Tali Kurucu Organın Aslî Kurucu Organ Karşısındaki Durumu	119
A. Hukukî Statüleri Bakımından	119
B. Fonksiyonları Bakımından	119
II. Tali Kurucu Organın Diğer Anayasal Organlar Karşısındaki Durumu	120
A. Hukukî Statüleri Bakımından	120
B. Fonksiyonları Bakımından	121

Beşinci Bölüm
TALİ KURUCU İKTİDARIN SINIRI SORUNU

I. Şeklî Yönden	122
A. Birinci Varsayım	125
B. İkinci Varsayım	125
1. Birinci İhtimal	127
2. İkinci İhtimal	127
3. Üçüncü İhtimal	130
4. Dördüncü İhtimal	131
II. Maddî Yönden	132
A. Genel Olarak	132
1. Tali Kurucu İktidarın Maddî Yönden Sınırlı Olduğu Görüşü	133
a. Açıklama	133
a. Eleştiri	134
2. Benimsediğimiz Görüş: Tali Kurucu İktidar Maddî Yönden Sınırsızdır	134
B. Özel Durumlar	136
1. Tali Kurucu İktidar Anayasasının Değiştirilemeyecek Hükümlerini Değiştirebilir Mi?	136
a. İçeriksel Sınırlamaların Hukukî Değerden Yoksun Olduğu Görüşü	138
aa. Açıklama	138
bb. Eleştiri	149
b. Görüşümüz	143

2. Tali Kurucu İktidar Değiştirilmesi Yasaklanan Süre İçinde Anayasayı Değiştirebilir Mi?	147
3. Tali Kurucu İktidar Anayasayı Bütünüyle Değiştirebilir Mi?	149
4. Tali Kurucu İktidar Anayasadaki Değiştirme Usûlünü Değiştirebilir Mi?	150
5. Tali Kurucu İktidar Anayasanın Ruhunu Değiştirebilir Mi?	152

Altıncı Bölüm

TALİ KURUCU İKTİDARIN BİÇİMLERİ: ANAYASAYI DEĞİŞTİRME USÛLLERİ

I. Anayasa Türleri.....	158
A. Yazılı Anayasa-Yazısız Anayasa Ayrımı	158
1. Yazılı Anayasa.....	158
2. Yazısız Anayasa	158
B. Yumuşak Anayasa-Katı Anayasa Ayrımı	159
1. Yumuşak Anayasa	159
2. Katı Anayasa	162
II. Usûllerin Açıklanması	164
A. Yazılı Anayasa Sisteminde	164
1. Teklif Safhası.....	165
a. Teklif Yetkisi	165
b. Teklif Usûlü	165
aa. Teklifleri Özel Şartlara Bağlayanlar	166
bb. Teklifleri Zaman Bakımından Sınırlayanlar	166
cc. Teklifleri İçerik Bakımından Sınırlayanlar	166
2. Karar Safhası	166
a. Karar Yetkisi	167
b. Karar Usûlü.....	167
3. Onay Safhası.....	167
a. Onay Yetkisi	168
b. Onay Usûlü	168
B. Yazısız Anayasa Sisteminde Anayasayı Değiştirme Usûlü	169
SONUÇ	171
BİBLİYOGRAFYA	181
DİZİN.....	185
Ek: Yazarın Özgeçmişi ve Yayın Listesi	190

KISALTMALAR

abç	: Altını ben çizdim.
AİTİA	: Ankara İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
Bkz.	: Bakınız
c.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
der.	: Derleyen
dn	: Dipnot
E.	: Esas
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜİF	: İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi
K.	: Karar
LGDJ	: Librairie générale de droit et de jurisprudence
m.	: madde
PUF	: Presses universitaires de France
RDP	: Revue du droit public
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
Trad.	: Traduction
vd.	: Ve devamı

Birinci Kısım

GENEL OLARAK KURUCU İKTİDAR

Bu kısmın konusu, aslî kurucu iktidar ya da tali kurucu iktidar değil, genel olarak kurucu iktidardır.

Bu kısım üç bölümden oluşmaktadır. *Birinci bölümde* kurucu iktidarın tanımı, *ikinci bölümde* kurucu iktidar-kurulu iktidar ayrımı, *üçüncü bölümde* ise kurucu iktidar düşüncesinin doktrinal kökeni incelenecektir.

Birinci Bölüm

KURUCU İKTİDARIN TANIMI

Pierre Pactet, kurucu iktidar konusuna şu cümlelerle giriyor: “Anayasalar canlılar gibidir: Doğarlar, gelişirler, siyasal yaşamın bozucu etkilerine maruz kalırlar, önemli ya da önemsiz değişikliklere konu olurlar ve bir gün yok olurlar”¹.

Pactet’den yaptığımız bu alıntıda kurucu iktidarın tanımının ipuçları saklıdır: Alıntıya göre, anayasalar, doğmakta, değişmekte ve yok olmaktadır. Bir bakıma, anayasaların doğumu ile yok olması aynı anlama gelmektedir. Daha doğrusu, anayasaların doğumu ile yok olması, aynı olgunun iki değişik görünümüdür. Zira, bir anayasayı ortadan kaldıran iktidar, hemen arkasından yenisini yapmaktadır. Dolayısıyla, bizim için geriye iki şey kalıyor: *Anayasaların* doğumu, daha teknik bir ifadeyle *yapılması* (établissement des constitutions) ve *değiştirilmesi* (révision des constitutions).

İşte, kurucu iktidarı, kabaca *anayasayı yapma ve değiştirme iktidarı* olarak tanımlayabiliriz.

Yukarıdaki tanımın, daha ilk bakışta iki ayrı unsurdan oluştuğu görülmektedir. Bu unsurlardan birincisi “anayasayı yap-

1. Pierre Pactet, *Institutions politiques - Droit constitutionnel*, Masson, Paris, 1985, s.69.

ma”, diğeri ise “anayasayı değiştirme”dir. Buradan, *kurucu iktidar* (pouvoir constituant) ın, *aslî kurucu iktidar* (pouvoir constituant originaire) ve *tali kurucu iktidar* (pouvoir constituant dérivé ya da institué)² şeklindeki ikili ayrımı ortaya çıkmaktadır.

Anlaşılacağı üzere aslî kurucu iktidar, yeni bir anayasa yapma, tali kurucu iktidar ise anayasayı değiştirme iktidarıdır³.

Ancak, bu tanımlar, çok kabaca yapılmıştır. Gerek aslî gerek tali kurucu iktidarın tüm özelliklerini yansıtan tasviri bir tanımın ancak, incelemenin sonunda yapılabileceği açıktır. Bununla beraber, hemen belirtelim ki, özellikle, tali kurucu iktida-

-
2. Kurucu iktidar (pouvoir constituant) terimi yerine *Eroğul*, “kurucu” teriminin yürütme ve yargı terimlerine benzemesi nedeniyle “kurma fonksiyonu” terimini; tali kurucu iktidar (pouvoir constituant dérivé) yerine de “tali” sıfatının “ikinci derecede önemli olan” anlamını taşıması, oysa burada işaret ettiği kavramın böyle bir özelliğinin bulunmaması ve “türev” sıfatının adlandırdığı kavramın “müştak”, “dérivé” karakterini daha iyi ifade etmesi nedeniyle “türev kurma fonksiyonu” terimini kullanmaktadır (Eroğul, s.22, dn, 22). “Tali kurucu iktidar” yerine “değiştirme (tadil) iktidarı” (pouvoir de révision) da denmektedir (örneğin, Kubalı, s.88 vd.; Burdeau, *Traité*, s.245 vd.). Görüldüğü gibi bu konuda bir terim birliği yoktur. Hatta, Eroğul’a katılan yazarlar bile, değişik terimler kullanmaktadır. Örneğin, *Teziç*, Eroğul’a göndermeyle, türev sıfatının daha uygun olduğunu belirtmekle birlikte, hemen yukarıda, bölüm başlığında “tali kurucu iktidar” terimini kullanmaktadır (Teziç, s.162). Biz burada, kavram karışıklığına yol açmamak için en yerleşmiş terimleri kullanmayı tercih ettik; ve söz konusu terimlerin, ilk kullanılışlarının yanında, parantez içinde Fransızcalarını vermeyi uygun gördük.
 3. Benzer tanımlar için bkz. Teziç, 148-49, Tunaya, s.122-23; Kubalı, s.95-96; Özbudun, s.119; Eroęul, s.21, Kapani, s.61-62; Burdeau, *Traité*, s.171 vd; *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, Paris, 1969, s.77; Jacques Cadart, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Tome I, LGDJ, Paris, 1975, s.118; Charles Célier, *Introduction à la science politique*, Fascicule I, Les cours de droit, Paris, 1950-51, s.272; Bernard Chantebout, *Droit constitutionnel et science politique*, Armand Colin, Paris, 1985, s.31-32; Pactet, s.69-70; Marcel Prélôt, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1963, s.198; Georges Vedel, *Maueł élémentaire de droit constitutionnel*, Recueil Sirey, Paris, 1949, s.114.

rın buradaki tanımı yetersiz ve yanıltıcıdır. Zira, anayasa değişiklikleri çok çeşitli şekillerde olabilmektedir. Bir kere, anayasanın metni, değişmezken anlamı *yorumla* değişebilmektedir. İkinci olarak, anayasanın metni yine aynı kalırken ortaya çıkan yeni ihtiyaçlara cevap verebilmek için yeni *örf ve adetler* geliştirilebilmektedir. Üçüncü olarak, anayasa, yine anayasanın öngördüğü usul kullanılarak değiştirilebilmektedir⁴. Bizim için, ilk ikisi değil, son usul önemlidir. Bu nedenle, tali kurucu iktidarın tanımını, *anayasayı, anayasanın öngördüğü usulle değiştirme iktidarı* olarak düzeltebiliriz⁵.

4. Bu konuda bkz. Eroğul, s.173; K.C. Wheare, *Modern Anayasalar*, Çev. Mehmet Turhan, Değişim Yayınları, Ankara, 1985, s.109-177.

5. Benzer tanımlar için bkz. Özbudun, s.120; Tunaya, s.123; Kubalı, s.101; Teziç, s.162; Chantebout, s.34; Pactet, s.75; Prélôt, s.198; Vedel, s.115.

İkinci Bölüm

KURUCU İKTİDAR - KURULMUŞ İKTİDAR AYRIMI

Yukarıda gördüğümüz gibi, kendisine kurucu iktidar dediğimiz *anayasayı kuran* bir iktidar vardır. Ancak bu iktidarın yanında bir de *anayasa tarafından kurulan* iktidarlar vardır¹. Anayasa tarafından kurulan yasama, yürütme ve yargılama gibi olağan devlet iktidarlarını, bunların dışında bulunan, onlardan üstün olan ve onları kuran kurucu iktidardan ayırmak gerekir². Böylece, “*kurucu iktidar*” ile “*kurulmuş iktidarlar*” (pouvoirs constitués) arasında bir ayrım yapılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Anayasanın devletin hukuk düzeninin yaratıcısı olduğunun kabulünden bu yana, böyle bir ayrımın yapılması hiçbir güçlük doğurmaz. Nasıl yasama, yürütme ve yargılama faaliyetlerinin üzerinde yer alan üstün bir kural (anayasa) varsa, bu faaliyetleri yerine getiren organları kuran, onların yetkilerini belirleyen, onların üstünde yer alan bir iktidar (kurucu iktidar) da vardır³.

Peki, bu ayrımı daha açık, daha net bir şekilde nasıl ortaya koyabiliriz?

1. Carré de Malberg, c.II, s.510.

2. Carré de Malberg, c.II, s.510; Burdeau, *Traité*, c.III, s.173; Vedel, s.118.

3. Burdeau, *Traité*, c.III, s.173.

Kurucu iktidar ile kurulmuş iktidarlar arasında gerçek anlamda bir ayrımın yapılabilmesi, bu iktidarların değişik düzlemlere yerleştirilmelerini zorunlu kılar. Kurulmuş iktidarlar, yalnızca, *devletin içinde* vardır. Önceden saptanmış statüler bir düzenden ayrılamazlar; varlıklarını gerçekleştirmek için devlet çerçevesine ihtiyaç duyarlar. Kurucu iktidar ise, tam tersine, *devletin dışında* yer alır. O, devlete ihtiyaç duymaz; devletsiz vardır; devletin kaynağıdır. Açıkçası kurucu iktidar sadece devletin dışında değildir; o aynı zamanda, devleti kurar; siyasal iktidarın kullanılmasının koşullarını belirler. Kısaca, kurulmuş iktidar, devletin iktidarı, kurucu iktidar ise devlet-dışı bir iktidardır⁴.

Bu genel açıklamalardan sonra, kurulmuş iktidarı şöyle tanımlayabiliriz. Kurulmuş iktidar, kurucu iktidar tarafından yapılan anayasa ile hukukî ve siyasî statüleri belirlenen devlet organlarıdır⁵. Başka bir anlatımla, kurulmuş iktidar, devletin çeşitli yetkilerini kullanma iktidarıdır⁶.

Kurulmuş organlardan neyi, hangi devlet organlarını anlamak gerekir? Bu soruya *Kapani*, “bundan özellikle devletin siyasal karar organları olan yasama ve yürütmeyi anlamak gerekir” cevabını veriyor⁷. *Kubalı* ise, kurucu ve kurulmuş iktidar ayrımını verdikten sonra şu örnekleri gösteriyor: “Mesela, İkinci Cumhuriyet Anayasamızı yapan kurucu meclis bir kurucu iktidar olduğu halde, kuruluş tarzı ve yetkileri bu Anayasa tarafından düzenlenen Büyük Millet Meclisi, Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu birer kurulmuş iktidar ya da organdırılar”⁸.

Kanımca, kuruluş organlar, böyle dar bir şekilde anlaşılmaz. Kurulmuş iktidar, anayasada belirlenen sınırlar içinde, devletin çeşitli hukukî yetkilerini kullanma iktidarı olduğuna

4. Burdeau, *Traité*, c.III, s.173-74.

5. Kubalı, s.96; Teziç, s.149.

6. Özbudun, s.119.

7. Kapani, s.63.

8. Kubalı, s.96.

göre, devletin her bir çeşit hukukî yetkisini kullanan organlar da kurulmuş organlardır. Devletin başlıca, yasama, yürütme ve yargılama olmak üzere üç hukukî yetkesi olduğuna göre, bunlara paralel olarak üç kurulmuş organı vardır: Yasama, yürütme ve yargılama organları.

Kurulmuş organlar, anayasa ile belirlenmiş olan yetkilerini, anayasanın açık izni olmadan başka bir kurucu organa devrederler. Çünkü, kurulmuş organlara tanınan yetkiler, bir hak için değil, bir işlevin yerine getirilmesi için kendilerine verilmiştir. Bu nedenle, kurulmuş organlar, yetkilerini devrederlerse, anayasanın ve kurucu iktidarın üstünlüğü ilkesini çiğnemiş olurlar^{9, 10}.

9. Kubalı, s.96; Teziç, s.149.

10. Kurucu iktidar-kurulmuş iktidar ayrımı egemenlik kuramlarına dayanılarak da açıklanabilir. Bilindiği gibi kaynağını Rousseau'nun "*egemenliğin devredilmezliği*" doktrininden alan *halk egemenliği kuramına* göre, yasama organı seçmenlerden kurucu düzenin delegasyonunu değil, olsa olsa basit bir yasama vekaleti almış olabilir. Diğer bir ifadeyle halk, milletvekillerini seçerken, onlara sadece olağan yasa yapma gücünü devretmiş, ama kurucu güçlerini kendi yanlarında saklamıştır. O halde olağan yasama meclisleri kurucu organ gibi davranıp anayasa yapamazlar. Bu demektir ki, anayasa yapmak için, seçmenler tarafından özel bir vekaletle görevlendirilmiş yani halkın olağan-üstü delegasyonunu almış bir meclise gerek vardır (Carré de Malberg, c.II, s.536).

O halde kurulmuş organlar kendi güçlerinin sahibi değildirler. Kurulmuş organ olarak onlar, kurucu organdan türemişlerdir. Bu nedenle kurulmuş organlar, bir anayasa yapamazlar; kendi kendilerinin kurucusu olamazlar (Carré de Malberg, c.II, s.537).

Kurulmuş organlar, özellikle, yasama organı bir anayasa yapmaya gücünün yetmediğini bilmelidir. Zira kurulmuş organlar kurulmuşluk niteliklerini değiştiremezler. Çünkü mevcut anayasayı ilga etmeleri kendi temellerini yıkmaları demektir (Carré de Malberg, c.II, s.537).

Bu nedenle, kurulmuş iktidarların üzerinde yer alan onları kurmakla görevli, kurucu rol oynayan yüksek ve özel bir otoritenin varlığı gerekir; ve bu otorite işlemeye başladığında kurulmuş otoriteler geri çekilmelidir (Carré de Malberg, c.II, s.537).

Tüm bu çıkarımlar temel bir düşünceye dayanır: Devlet içinde iki çeşit egemenlik vardır. *Biri*, tüm diğer kurulmuş iktidarlardan önce olan ve onları kurmakla görevli olan birincil egemenliktir. Bu kuruculuk işlevi gören, önemli günlerde ortaya çıkan bir egemenlik olağan-üstü bir egemenlik, açıkçası “*kurucu egemenlik*”tir. *Diğeri* ise olağan bir egemenlik, kurulmuş iktidarlar tarafından kullanılan her günlük egemenlik, açıkçası “*kurulmuş egemenlik*”tir (Carré de Malberg, c.II, s.537). Bu egemenlik öncekinden çıkar; ona tabidir ve onun tarafından düzenlenir. Böylece egemenlik, kurucu ve kurulmuş olmak üzere ikili bir bölümlenme içinde ele alınabilir (Carré de Malberg, c.II, s.538).

İşte, kurucu egemenlik ile kurulmuş egemenlik arasındaki bu ayrım, kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar arasındaki bu ayrıma tekabül eder.

Kurucu iktidar-kuruluş iktidar ayrımı, yukarıdaki gibi, halk egemenliği kuramına dayanılarak açıklanabileceği gibi, *milli egemenlik kuramına* dayanılarak da açıklanabilir. Bilindiği gibi, Fransız anlaşılsına göre milli egemenlik ilkesi, yurttaşların kendilerinin egemen olduğunu belirten olumlu bir ilke değildir. Daha çok, olumsuz bir biçimde ulusun hiç bir üyesinin kendi iradesine dayanan bir iktidara sahip olmadığı anlamına gelir. Milli egemenlik sisteminde ulusu oluşturan bireyler değil, örgütlenmiş birliği içinde *tüm ulus* egemendir. Ulusun organlarından biri ulusal egemenliğin bir kısmını kullanıyor diye sınırsız bir iktidara sahip olduğunu iddia edemez. Bu açıdan, münhasıran “ulus”un egemen olması, kurulmuş organların güçlerinin, yüksek bir kural tarafından sınırlandırılması ve belirlenmesini gerektirir. Bu sınırlayıcı kural anayasadır; ve kurulmuş organların üstündeki bir otoritenin eseridir (Carré de Malberg, c.II, s.545-46).

İşte böylece, ulusal egemenlik kuramına göre de, kurulmuş iktidarların üzerinde yer alan bir kurucu iktidarın varlığının kabulü zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Ulusal egemenlik kuramı, sadece kurulmuş iktidarlardan ayrı bir kurucu iktidarın varlığının kabulünü gerektirmez; aynı zamanda, kurulmuş iktidarların kurucu iktidardan ayrılmasını da gerektirir. Gerekçe aynıdır: Ulusal egemenliği hiç bir otorite kendisinde topladığını iddia edemez. Bu sistemde kurucu iktidar-kurulmuş iktidar ayrılığı sadece yasama organının kurma gücüne sahip olmadığı anlamına gelmez; aynı zamanda, kuruculuk için tüm iktidarlara birleşmesi gerektiği anlamına gelir (Carré de Malberg, c.II, s.549).

Ulusal egemenlik sisteminde kurucu organ kurduğu iktidarlara kendi yanında taşıyamaz. Sadece kurucu iktidarı elinde tutabilir. Zira, bu anlayışa göre *kurucu iktidar, yetkileri ve organları yaratmaktan ibaret olan devlet gücünün dar ve özel bir kısmından ibarettir*. Şüphesiz, kurucu iktidar sözcüğün ön anlamıyla, düzenlediği güçlerin sınırlarını ve kapsamını belirleme yetkisine sahip devletin en üstün organı olarak ortaya çıkar. Ama, yine de denilebilir ki, *aslında kurucu iktidar, hiç bir iktidara sahip değildir*. Zira o, ne yasama, ne yürütme ne de yargılama gücünü kullanabilir. O, bu çeşit iktidarlara etkin ve efektif olarak kullanacak olan organları kurmakla yetinmek zorundadır; bu nedenle de, kuruculuk misyonunu tamamladıktan sonra, onlara yerini bırakmak ve ortadan kaybolmak zorundadır. Tüm bunlar ulusal egemenlik ilkesinden çıkan rasyonel sonuçlardır (Carré de Malberg, c.II, s.551).

Özetle, kurucu iktidar konusunda halk egemenliği ve ulusal egemenlik anlayışlarının ortak bir sonucu vardır. Bu sonuç, her iki kuramda da, kurucu iktidar ile kurulmuş iktidarların ayrılması zorunluluğudur.

Üçüncü Bölüm

KURUCU İKTİDAR DÜŞÜNCESİNİN DOKTRİNAL KÖKENİ

Kurulmuş iktidarlardan ayrı bir kurucu iktidar düşüncesinin izlerine, acaba, ilk kez hangi düşünürde rastlayabiliriz?

Hemen belirtelim ki, *İngiliz* kamu hukuku geleneği, kurucu iktidar düşüncesine tamamen yabancıdır. Çok söylendiği gibi, İngiltere’de, “*parlamento herşeyi yapabilir*”. Parlamento, olağan yasaları yaptığı gibi, aynı usulle iktidarın teşkilatlandırılmasına ilişkin yasaları da yapabilir¹. Bu durum, İngiltere’de kurulmuş iktidarlardan ayrı bir kurucu iktidar düşüncesinin doğmasını engellemiştir. Bu nedenle, kurucu iktidar düşüncesinin köklerinin İngiliz doktrinin de aranması boşunadır.

Oysa, kurulmuş iktidarlardan ayrı bir kurucu iktidar düşüncesi, devrim döneminin bütün Fransız siyasal düşüncesinde bazen açık, bazen de kapalı bir şekilde yer almıştır².

“Kurucu iktidar düşüncesinin doktrinal kökeni” başlığını taşıyan bu bölümde, yukarıda açıklanan nedenle, İngiliz düşünürleri hiç incelenmemiş; doğrudan, Fransız siyasal düşüncesi üzerinde durulmuştur. Bu düşüncede de özellikle, üç büyük siyasal düşünür, Rousseau, Montesquieu ve Sieyès ele alınmış ve onların doktrinlerinde kurucu iktidar düşüncesinin izi sürülmüştür.

1. Carré de Malberg, c.II, s.541.

2. Burdeau, *Traité*, c.III, s.175.

I. ROUSSEAU

Rousseau'nın *sosyal sözleşme* kuramında, kurulmuş iktidarlardan ayrı bir kurucu iktidar düşüncesinin izlerine rastlanmamaktadır³.

Gerçekten, *Rousseau*'nın kuramında, kuruculuk fonksiyonu ile yasama fonksiyonu arasında bir ayrımın olabileceği hiç düşünülmemiştir⁴. *Rousseau*'ya göre, bir yasa kuralı ile bir anayasa kuralı, genel iradenin birer görünümü olmaları itibariyle aynı değere sahiptir⁵. Sosyal sözleşmede açıklanan anlayışa göre, egemenlik yasama gücünün içindedir; ve esasen, halkın emredici bir şekilde açıkladığı genel iradedden ibarettir⁶. Önemli olan, halkın iradesinin açıklanmasıdır. Bu açıdan kurucu iktidar ile yasama iktidarı arasında hiç bir fark yoktur. Zira, her iki halde de egemenliğin bir görünümü söz konusudur⁷.

Daha derinlemesine bakılırsa, *Rousseau*'nın kuramında yasama iktidarından farklı bir kurucu iktidar kavramının *üç nedenden* dolayı olmadığı görülür.

Bir kere, bu kuramda devletin diğer organlarını kurmakla görevli, yasama organının dışında yer alan bir kurucu iktidar yoktur. Zira halk, bizzat egemendir; yasama organı olarak davranabileceği gibi, kurucu organ olarak da davranabilir⁸.

Sosyal sözleşme kuramında, yasama iktidarının üzerinde yer alan bir kurucu iktidar anlayışının olmamasının *ikinci nedeni* ise, bu kuramda halkı bağlayan hiçbir yasanın olmaması nok-

3. Burdeau, *Traité*, c.III, s.175-76; Carré de Malberg, c.II, s.513.

4. Carré de Malberg, c.II, s.513.

5. Burdeau, *Traité*, c.III, s.176. Bkz. *Rousseau Toplum Sözleşmesi* i. 7. (Çev. Vedat Günyol, Adam Yayınları, İstanbul, 1982, s.27-28); iii. 15. (s. 110) "Yasa, genel istemin kamuya bildirilmesinden başka bir şey olmadığına göre".

6. Carré de Malberg, c.II, s.513; *Rousseau Toplum Sözleşmesi* iii. 15. (s. 109), "Egemenlik başlıca genel isteme dayanır."

7. Burdeau, *Traité*, c.III, s.176.

8. Carré de Malberg, c.II, s.513. Bkz. *Rousseau Toplum Sözleşmesi* ii. 1. (s. 35-36).

tasında toplanmaktadır. Çünkü, bu kurama göre, genel irade kendi kendisini bağlayamaz bir iradedir⁹.

Nihayet, sosyal sözleşme kuramında, kurucu iktidarın kurulmuş iktidarlardan ayrılmasının temel yararlarından birisinin ortadan kalkmış olduğu, dolayısıyla böyle bir ayrımın büyük ölçüde varlık sebebini yitirdiği söylenebilir. Zira, kurucu iktidarın kurulmuş iktidarlardan ayrılmasının temel yararlarından biri, *yasama organının gücünün sınırlandırılmasıdır*. Şöyle ki, haklar anayasalarda belirlenir ve güvence altına alınır, bir daha bu haklara yasama organı tarafından kolay kolay müdahale edilemez. Böylece, yasama iktidarından üstün bir kurucu iktidarın kabulü, bireylere yasama organının dokunamayacağı bir özgürlük alanı sağlar. Oysa, sosyal sözleşme kuramı, yasama organının dokunamayacağı bireysel haklar anlayışına kapalıdır¹⁰. Zira, bu kuramda, birey topluluk tarafından emilir. Rousseau'nun dediği gibi, bütün sosyal sözleşme şu basit kayda indirgenebilir: *“Toplum üyelerinden her biri bütün haklarıyla birlikte kendini baştan başa topluluğa bağlar”*¹¹. Devlet bir yasayla bireylere haklar tanıyabilir. Ancak bu haklar, dokunulmaz değildir; her zaman yasa koyucunun düzenlemelerine tabi bulunur¹².

II. MONTESQUIEU

Kurulmuş iktidarlardan ayrı bir kurucu iktidar düşüncesinin izlerine Rousseau'dan ziyade Montesquieu'de rastlanabilir.

9. Carré de Malberg, c.II, s.513-14. Egemen varlığın kendi kendisini bağlayamayacağı konusunda bkz. Rousseau *Toplum Sözleşmesi* i. 7. (s. 27-28). Rousseau açıkça, “halkın bütünü için hiç bir zorunlu temel yasa yoktur ve olamaz, hatta toplum sözleşmesi bile” demekteydi (i. 7; s.27-28).

10. “Bu bağlanma kayıtsız şartsız olduğu için ... hiç bir üyenin isteyebileceği bir şey kalmamıştır; çünkü, kişilere bazı haklar tanınmış olsaydı...” (Rousseau *Toplum Sözleşmesi* i. 6 (s. 26).

11. Rousseau *Toplum Sözleşmesi* i. 6 (s. 25).

12. Carré de Malberg, c.II, s.514-15.

Ancak bununla beraber, bütün kurulmuş iktidarların tek ve ortak kaynağı olarak anlaşılması gereken kurucu iktidar kavramı, devlet iktidarlarının bölünebilirliğini ve bölünmesi gerektiğini savunan Montesquieu'nün doktrinine tamamen yabancısıdır. Gerçekten de Montesquieu, bu ayrılmış üç iktidar ile ne devletin bütünlüğü, ne de devletin bir gücü arasında bağlantı kurar. O sadece, devlet gücünü *ab initio* üç iktidara böler. Fakat diğer yandan, iktidarın üçe bölünmesi ve bunların üç ayrı organa verilmesi temelde kurucu iktidarın özel bir teorisini gerektirir¹³. Zira, bu bölüşmeyi mantıki olarak açıklayabilmek için, yetkileri üç ayrı organ arasında paylaştıran, onlardan önce gelen ve onlardan üstün olan ilkel (*originnaire*) bir otoritenin varlığı gerekir¹⁴. Böylece iktidarlar ayrılığı teorisinin, kurucu iktidar kuramının yolunu açtığı söylenebilir¹⁵.

Montesquieu, ünlü eserinin “İngiliz Anayasası Üstüne” başlığını taşıyan bölümde, bu üç iktidarın sahipleri üzerinde düşünür. Ona göre, monark, meclis ve mahkemeler, tarihsel açıdan kurulmuş olarak bulunurlar. Fakat bu otoriteler güçlerini nereden alırlar? Bu iktidarların organlar arasında paylaştırılması nasıl yapılır¹⁶. Tüm bu noktaları Montesquieu'nün yakalayabilmiş olması, onun kurucu iktidar sorununu hissettiğini gösterir. Ancak bununla birlikte, *Kanunların Ruhu* yazarı, kurucu iktidar sorununa doğrudan doğruya ulaşamamış ve sorunu çözmekten uzak kalmıştır¹⁷.

III. SIEYES

Kurulmuş iktidarlardan ayrı bir kurucu iktidar düşüncesine ilk kez Sieyès'te rastlanır. Sieyès'in kuramı, Montesquieu'nün

13. Carré de Malberg, c.II, s.515.

14. Carré de Malberg, c.II, s.515; Burdeau, *Traité*, c.III, s.176.

15. Carré de Malberg, c.II, s.515.

16. Montesquieu *Yasaların Ruhu* iv. 6. (Çev. Fehmi Baldaş, in Mete Tunçay (der.), *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi*, Teori Yayınları, Ankara, 1986, c.II, s.313-23)

17. Carré de Malberg, c.II, s.516, dn. 10; Burdeau, *Traité*, c.III, s.176.

kuvvetler ayrılığı kuramı ile bağlantılıdır. Sieyès, 20 Temmuz 1789'da Anayasa Komitesi önünde okuduğu “*Exposition raisonnée des droits de l'homme*” da şöyle demektedir: “Anayasa kelimesi, kamusal iktidarların ayrılığına ve birliğine ilişkindir”¹⁸. Sieyès bu tanımın hemen arkasından, bir anayasa işleminin iktidarların dağıtılmasına yönelirse, bunun aynı zamanda iktidarların birliği anlamına da geleceğini söylüyordu. Anayasa tarafından yaratılan iktidarlar karmaşık ve bölünmüşler. Ama, ona göre, “herşey, istisnasız olarak, genel iradedden çıkar; herşey halktan yani ulustan gelir”¹⁹. Böylece, genel iradeden tek ve üstün bir iktidar çıkar. İşte bu *kurucu iktidardır*. Sieyès bu kavramı çok açık bir şekilde ortaya koyuyordu: “*Bir anayasa herşeyden önce bir kurucu iktidara dayanır*”²⁰. Bu şekilde Sieyès, anayasa kavramını doğrudan doğruya, “kurucu iktidar” ve “kurulmuş iktidarlar”²¹ ayrımı ile sonuca bağlıyordu^{22, 23}.

Son olarak belirtelim ki, kurucu iktidar kavramının isimbalığını yapmak da Sieyès'e nasip olmuştur²⁴.

18. *Archives parlementaires*, 1^{re} série, c.VIII, s.256'dan naklen Carré de Malberg, c.II, s.516.

19. *Archives parlementaires*, 1^{re} série, c.VIII, s.256'dan naklen Carré de Malberg, c.II, s.516.

20. *Archives parlementaires*, 1^{re} série, c.VIII, s.256'dan naklen Carré de Malberg, c.II, s.516.

21. Not etmek gerekir ki, Sieyès'in terminolojisi ile Montesquieu'nün terminolojisi arasında büyük bir benzerlik vardır. Montesquieu, *yasama* “*iktidarı*” (“*pouvoir*” legislatif)ndan ya da devlette var olan üç “*iktidar*” (trois “*pouvoirs*”)dan bahsederken Sieyès de *kurucu* “*iktidar*” (“*pouvoir*” constituant)dan bahsetmektedir (Carré de Malberg, c.II, s.516).

22. Ayrıca belirtelim ki, bu ayrım sadece, Sieyès tarafından değil, *Assemblée nationale*'in *Target*, *Mirabeau* ve *Thouret* gibi diğer seçkin üyeleri tarafından da dile getirilmiştir (Bkz. Carré de Malberg, c.II, s.516-17, dn.12).

23. Carré de Malberg, c.II, s.516.

24. Burdeau, *Traité*, c.III, s.176.

İkinci Kısım

ASLÎ KURUCU İKTİDAR

Hatırlanacağı gibi, yukarıda aslî kurucu iktidarı, kabaca, yeni bir anayasa yapma iktidarı olarak tanımlamıştık. Burada ise, bu iktidarı daha yakından göreceğiz.

Bu kısım beş bölümden oluşmaktadır. Birinci Bölümde aslî kurucu iktidarın hukukî niteliği, İkinci Bölümde sınırı, Üçüncü Bölümde sahibi, Dördüncü Bölümde ortaya çıkış halleri ve nihayet son bölümde ise biçimleri incelenecektir.

Aslî kurucu iktidarın hukukî niteliğinin incelendiği Birinci Bölüm, bu kısmın hipotezini oluşturmaktadır. Diğer bölümlerde karşılaşılan sorunlar, bu bölümde ulaşılan sonuç ışığında cevaplandırılacaktır. Hipotez oluşturması itibarıyla bu kısmın birinci bölümüne, diğer bölümlerine oranla daha geniş yer ayrılmıştır.

Birinci Bölüm

ASLÎ KURUCU İKTİDARIN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Aslî kurucu iktidarın hukukî niteliği sorunu, hayli tartışmalı bir sorundur. Bu konuda temelde iki karşıt görüş vardır: Pozitivistlerce savunulan bir görüşe göre, aslî kurucu iktidar hukuk-dışı bir iktidardır. Daha ziyade tabîî hukukçularca savunulan diğer bir görüşe göre ise, aslî kurucu iktidar hukukî bir iktidardır.

I. ASLÎ KURUCU İKTİDARIN HUKUK-DIŞI BİR İKTİDAR OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Carré de Malberg, Esmein, Barthélemy gibi pozitivist yazarlarca savunulan bu görüşe göre, aslî kurucu iktidar, hukuk-dışı bir olgu, saf bir olgudur. Bu yazarlara göre, aslî kurucu iktidarın incelenmesi hukukçuların işi değildir. Zira onlara göre, devletin ilk organizasyonunu belirleyen işlemlerin hukukî yorumunun yapılması mümkün değildir. Gerçekten de, aslî kurucu iktidarın hukukî nitelendirilmesinin yapılabilmesi için, hukukun devletten önce oluştuğunun kabulü zorunludur. Oysa, pozitivistler, bunu hiçbir zaman kabul etmeye yanaşmazlar.

Pozitivistlerce savunulan bu görüşün, aşağıda, önce Carré de Malberg, sonra Cem Eroğul esas alınarak, iki açıklaması yapılacaktır.

A. CARRE DE MALBERG

Carré de Malberg'e göre, devletin birinci anayasasının kaynağı sorunu, hukukî bir sorun değildir. Ona göre, devletin ilk oluşumu, hiçbir hukukî kategori altına sokulamayan saf bir olgudur. Zira, bu olgu hukuk prensipleri tarafından idare edilemez¹.

Özel hukuk ya da kamu hukuku tüzel kişilerinin oluşumu sorunu tamamen hukukî bir sorundur. Çünkü bu gruplar, devletin hukukunun düzenlemelerine göre kurulurlar. Örneğin, bir şirketin kuruluşu devlet tarafından belirlenen bazı koşullara göre olur².

Ancak, devletin oluşumu, devlet içindeki kuruluşların oluşumuna benzemez. Onun oluşumu, önceden mevcut hiçbir hukukî düzen tarafından idare edilemez. Zira o, hukuku belirleyendir; hukuk tarafından belirlenen değil. Diğer bir ifadeyle, devletin doğumu, hukukî değil, tamamen saf bir olgu, tabîî bir olgudur³.

Devletin kaynağının hukukî değil, fiilî bir olgu olması nedeniyle hukukçuların yapabileceği her şey, ulusal topluluğun bir ülke üzerinde yerleşmesinden, iradesini ifade edecek organlara sahip olmasından, emretme gücünü kabul ettirmesinden, açıkçası *devletin oluşmasından sonra* başlar. Yazara göre, devletin ilk kuruluş sürecinin incelenmesi, kamu hukuku biliminin bir baş problemi değil, fakat aynı zamanda bir hukuk problemi de değildir⁴.

1. Carré de Malberg, c.II, s.490.

2. Carré de Malberg, c.II, s.490.

3. Carré de Malberg, c.II, s.490.

4. Carré de Malberg, c.II, s.492.

Yine, Carré de Malberg'e göre, devletin hukukî kaynağını keşfettiğini iddia eden doktrinler bütünüyle bir hataya dayanır. Devletin kaynağı bir olgudur ve bu olgu, hukukun dışında kalır⁵.

Yazara göre, devletin *ilk anayasasının* yapılmasının hukuk-dışı bir olgu olması gibi, mevcut bir devletin *yeni bir anayasasının* yapılması da hukuk-dışı bir olgudur⁶.

Zira, birçok yine anayasa, devrim veya hükümet darbeleri sonucunda yapılmıştır. Bu da göstermektedir ki, *şiddet* bir kuruculuk rolü oynamaktadır. Bu hallerde kuruculuk, yürürlükteki anayasanın öngördüğü usûlün dışında çalışmaktadır. Devrimci hareketlerin etkisiyle meydana gelen siyasal yıkılmanın arkasında, ne bir anayasal kural, ne de bir hukukî ilke vardır. Bu hallerde kuruculuk, bir hukuk kuralından değil, bizzat gücün varlığından kaynaklanır. *Kurucu iktidar, hukukun değil, daha güçlüünün elleri arasındadır*⁷.

Devrimler ya da hükümet darbelerine bakarsak görürüz ki, bu haller sonrasında yapılan yeni anayasa, sefelinin öngördüğü biçim ve usûllere göre yapılmamıştır. Esmein'in belirttiği gibi⁸, devrim ya da hükümet darbesi sonucunda yıkılan anayasadan geriye birşey kalmaz. Bir anayasanın geleceğin anayasasını yapacak organları şimdiden öngörmesi mümkün değildir. Bu nedenle, yıkılan eski anayasa ile yapılan yeni anayasa arasında hiçbir hukukî bağ yoktur. Aralarında bir devamlılık değil, tam tersine devamlılığın kesilmesi söz konusudur⁹.

Carré de Malberg sonuç olarak şunları söylüyor: Devletin ilk oluşumu sorunu, bir hukukî sorun değil, tamamen fiilî bir sorundur. Kurucu iktidarın kullanımı hukuk tarafından düzenle-

5. Carré de Malberg, c.II, s.493.

6. Carré de Malberg, c.II, s.493.

7. Carré de Malberg, c.II, s.495.

8. A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Recueil Sirey, Paris, 1921, c.I, s.579.

9. Carré de Malberg, c.II, s.495.

nemez. Zira, devrimler ve onların sonuçlarının hukukî teorisine adanan bir başlık kamu hukuku biliminde yer alamaz¹⁰.

B. EROĞUL

Aslî kurucu iktidarın hukuk-dışı bir olgu olduğunu söyleyen Eroğul görüşlerini şöyle temellendiriyor. “Hukuk yaratmak” diyor, “uygulanması müeyyideye bağlı bir takım toplumsal davranış kuralları koymak demektir. Bu kurallar, gücü müspet hukuka dayanan bir otorite tarafından ve önceden tespit edilmiş bir usûle göre konabileceği gibi, yetkisini sadece fiilî gücünden alan bir otorite tarafından ve bu otoritenin ‘sonradan’ tespit ettiği keyfi bir usûle göre de konabilir. İşte, birinci durumda, hukukî bir işlem, ikinci durumda ise, hukuk dışı bir işlem söz konusu olur. Zira, bir işleme “hukukî nitelik veren şey, *kendisinden önce* var olan bir hukuk kuralına göre yapılmasıdır”¹¹.

Yazara göre, bir toplum içinde hukuk kuralları çok çeşitli düzeylerde konabilir. Yönetmelik, tüzük, kanun ve anayasa gibi. Yönetmeliklere hukukî nitelik veren şey, yürürlükteki tüzüklere, kanunlara dayanmasıdır. Kanunun hukukîliği ise, yürürlükteki anayasaya uygun olarak çıkarılmasından kaynaklanır. “Durum böyle olunca, bizzat anayasa kuralının hangi yetkiye dayanılarak konulabileceği sorusu, kaçınılmaz olarak, önem kazanmaktadır. Bu meseleyi de çözebilmek için, temel kural koyma yetkisinin, yukarıda belirtildiği üzere, iki ayrı düzeyde söz konusu olabileceğini hatırlamak şarttır. Yeni bir anayasa yapılmasında söz konusu olan aslî kuruculuğun özelliği, temel kural koyma yetkisini dayandıracak daha eski bir temel kurula sahip olmamasıdır. Bu hal, tipik olarak, yeni bir devlet kurulduğunda görülür. Kamu gücünü fiilen ellerinde bulunduran kurucular, -artık felsefi kanaatlerine göre- yetkilerini ya

10. Carré de Malberg, c.II, s.495.

11. Eroğul, s.23.

‘Allah’tan, ya ‘Tarih’ten, ya ‘Millet’ten, ya bir ‘Sınıf’tan vs. aldıklarını ilan edebilirler. Ne var ki, iktidarlarının kendileri yarattıklarına göre yaptıklarına ‘hukukîlik’ verecek daha eski bir kural yoktur. Dolayısıyla bu tarz kuruculuk *hukuk dışı* bir olgudur”¹².

Ancak, Eroğul’a göre, bir işlemin *kendisi* hukuk-dışı olsa da, *neticesi* pekala hukukî olabilir. Zaten hukuk ezeli olmadığına göre, bu mümkün olmasaydı, hiçbir hukuk kuralının doğmasına imkan olmazdı¹³.

II. ASLÎ KURUCU İKTİDARIN HUKUKÎ BİR İKTİDAR OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Birçok yazar tarafından savunulan bu görüş, değişik şekillerde temellendirilmektedir. Biz burada üç yazarın, *Burdeau*, *Kubalı* ve *Duverger*’nin görüşlerini inceleyeceğiz. İlk iki yazar, pozitivizm-karşıtıdır. Sonuncusu ise, sorunu pozitif hukuk zemininde kalarak çözmek iddiasındadır.

A. BURDEAU

1. Açıklama

Burdeau’ya göre, aslî kurucu iktidar hukukî bir nitelik taşımaktadır¹⁴.

12. Eroğul, s.23.

13. Eroğul, s.24.

14. Burada Eroğul’dan yararlanarak not edelim ki, Burdeau, gençlik döneminde kurucu iktidarın hukuk-dışı bir olgu olduğunu savunmuştur. 1930’da yayınlanan bir eserinde şöyle diyordu: “Aslında, hukukçu, sadece değiştirme yetkisinden söz etmeli ve kurma yetkisini hiçbir zaman bahis konusu etmemelidir; zira, gerçek anlamda, yani yeni bir anayasa yapma anlamında kuruculuk yetkisi sadece bir vakıadır” (Georges Burdeau, *Essai d’une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif Français*, Macon, J. Buguet-Comtour, Paris, 1930, s.XV’den naklen Eroğul, s.24, dn. 24). Yazar, 1950’de *traité*sinin yayınlanmasından itibaren ise, burada esas aldığımız, tam karşıt görüşü savunmaya başlamıştır.

Burdeau, önce kurucu iktidarı hukuk-dışı bir olgu olarak gören tezlerin kısa bir eleştirisine girişiyor. Ona göre, pozitivistlere karşı yöneltilebilecek en önemli itiraz şudur: Pozitivistlerce, kurucu iktidarın hukuk-dışına sürülmesi, sadece devletin birinci anayasasını yaratan işlemin değil, fakat aynı zamanda kurucu iktidarın bütün kapsamıyla kullanılmasının da hukukun dışına sürülmesi anlamına gelir¹⁵. Sonra bana gelince diyor Burdeau, kurucu iktidara dokunmayan ve onu bütün gizleriyle bir yana atan böyle bir akıl yürütmeyi anlayamam. Ve ekliyor: “Bence hukuk bilimi usûllerin yorumlanmasına indirgenemez”¹⁶.

Bundan sonra Burdeau, kendi anlayışına göre, aslî kurucu iktidarın hukukîliğini açıklamaya girişiyor.

Yazara göre, aslî kurucu iktidarın hukukîliğine ilişkin tartışmanın arkasında, zorunlu olarak bir tavır takınma bulunur¹⁷. Diğer bir anlatımla, aslî kurucu iktidarın hukukîliğinin bilinmesi, devrimlerin anlamının bilinmesine bağlıdır¹⁸. Devrimlerin hukukî bir anlam taşıdığı kabul edilmezse, açıktır ki aslî kurucu iktidar da, ancak hukukun dışında basit bir olay, tarihsel bir olgu olarak düşünülebilir. Burdeau ise, tam tersine devrimlerin hukukî niteliğinin ortaya konulmasını ve aslî kurucu iktidarın hukukîliğini kanıtlaya argümanların ortaya konulmasını öneriyor¹⁹.

Burdeau’ya göre devrim, yeni bir hukuk düzeninin yaratılmasına işaret eder²⁰. Diğer bir anlatımla yapılan bir devrimle yeni bir devlet kurmak, yeni bir hukuk düzeninin temellerini atmak demektir²¹. Bu yeni hukuk düzeninin geçerliliği, fiiliyatı hukuka dönüştürecek olan devrimci hareketin başarı ile sonuç-

15. Burdeau, *Traité*, c.III, s.214.

16. Burdeau, *Traité*, c.III, s.215.

17. Burdeau, *Traité*, c.III, s.215.

18. Burdeau, *Droit*, s.79.

19. Burdeau, *Traité*, c.III, s.216.

20. Burdeau, *Droit*, s.79.

21. Burdeau, *Traité*, c.III, s.216.

lanmasına bağlı değildir. Zira o, gruptaki baskın “*hukuk fikri*” (l’idée de droit) nin değişmesine dayanır. Normal dönemlerde bu hukuk fikri, yasal hükümet tarafından ortaya konur. Devrimci dönemlerde ise, bu hukuk fikri, devletin resmen benimsemiş olduğu hukuk fikrine rakip bir hukuk fikri olarak ortaya çıkar²². Şüphesiz devrim esnasında, fiilî iktidar sahipleri, ordunun ve polisin desteğini elde ederler; radyo ve televizyon istasyonlarını kontrol altına alırlar²³. Fakat önceki hukuk düzeninin temelini yıkan devrimci hareketin zaferi, sadece iyi yerlere yerleştirilmiş bir kaç makineli tüfeğin ya da elektrik santrallerinin işgali sayesinde gerçekleşmiş değildir. Bu aynı zamanda toplumda egemen olan hukuk fikrinin değişmesi ile olmuştur²⁴.

Yazara göre *devrim, hukukun kesintiye uğraması değil, fakat hukukun yapısının dönüşmesidir*. Yani, mevcut kuruluş hukukî kapsamından boşalmakta ve boşalan yer yeni hukuk düzeninin mekanizmalarıyla doldurulmaktadır. O halde, aslî kurucu iktidarın eseri, öncelikle hukukî bir eserdir. Zira o, eski hukuk fikrinin köhneleşmesi ile tükenmiş bulunan bir siyasi ve sosyal teşkilata hukuku yeniden kazandırmaktadır²⁵.

Başka bir anlatımla, aslî kurucu iktidar sürecinde *yasal devamlılığın* kesilmiş olmasına rağmen *hukukî devamlılıkta* bir kesilme yoktur. Üstelik, eski hukuk fikrini yıkan aslî kurucu iktidarın yeni bir anayasa yapmasından itibaren *hukukîlik* ile *yasallık* arasındaki uyum yeniden sağlanır²⁶.

2. Eleştiri

Burdeau’nun yukarıda geniş bir şekilde vermeye çalıştığımız düşünceleri, temel olarak şöyle özetlenebilir: Devrimler salt kuvvet olayı değildir. Bir devrimin başarıya ulaşabilmesi için,

22. Burdeau, *Droit*, s.80.

23. Burdeau, *Traité*, c.III, s.216.

24. Burdeau, *Droit*, s.80.

25. Burdeau, *Droit*, s.80.

26. Burdeau, *Traité*, c.III, s.218.

toplumda egemen olan hukuk fikrinin değişmesi gerekir. Aslî kurucu iktidarın yaptığı iş, eski hukuk fikrinin köhneleşmesi sonucu, geçerliliğini yitiren siyasal ve sosyal teşkilata hukuku yeniden kazandırmaktan ibarettir. Ve bu nedenle, aslî kurucu iktidar, hukukîlik niteliğini öncelikle taşır.

Burdeau'ya *iki temel eleştiri* yöneltilebilir. *Birinci eleştiri* devrimlerin anlamına, *ikincisi* ise, hukuk fikrine ilişkindir.

a) Bir kere Burdeau'nun devrimleri salt kuvvet olayı olarak görmemesi ve bir devrimin başarıya ulaşması için toplumda egemen olan hukuk fikrinin de değişmesi gerektiğini ileri sürmesi, hayli tartışmaya açıktır. Şüphesiz ki, bu iddiada bir gerçeklik payı vardır. Zira, toplumda egemen olan değerlerin değişmesinin devrimin başarıya ulaşmasını kolaylaştırdığı, toplumda yerleşik değerleri karşısına alan bir devrimci hareketin ise başarı şansının az olduğu söylenebilir. Hatta, geniş halk yığınlarının desteği olup olmaması açısından, aslî kurucu iktidara vücut veren olaylar arasında, “devrimler” ve “hükümet darbeleri” şeklinde bir ayrıma da gidilmiştir: Devrimlerde, geniş halk yığınlarının desteği söz konusudur (1789 Fransız, 1917 Rus devrimi gibi). Hükümet darbelerinde ise, böyle bir destek görülmez²⁷.

Belki, Burdeau'nun kanısı, 1789 Fransız devrimi gibi büyük devrimler için önemli ölçüde doğrudur. Böyle büyük devrimlerin toplumda egemen olan hukuk fikrinin değişmesini yansıttığı söylenebilir. Ancak, aslî kurucu iktidara vücut veren her devrim ve özellikle hükümet darbeleri için aynı kanının geçerli olduğunu söylemek oldukça güçtür. Afrika ve Güney Amerika'da her yıl birçok örneğini gördüğümüz, devrim ve hükümet darbelerinin, acaba, yüzde kaç toplumda egemen olan hukuk fikrinin değişmesi sonucu olmuştur? Sorunu somutlaştırmak ve konuyu bir ölçüde renklendirmek için Afrika'daki aslî

27. Devrimler ile hükümet darbeleri arasındaki bu ayrım konusunda bkz. Pactet, s.73.

kurucu iktidar olayları üzerinde biraz duralım: Pierre Pactet, kitabında²⁸, 1960 ila 1980 yılları arasında Afrika'da askeri müdahale şeklinde cereyan eden hükümet darbelerinin bir listesini veriyor. Bu listenin incelenmesinden şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır: Söz konusu 20 yıl içinde Afrika ülkelerinde toplam 66 adet darbe yapılmıştır. Bu hükümet darbelerinin 43'ü başarıya ulaşmış, 23'ü teşebbüs safhasında kalmıştır. 43 başarılı darbe olduğuna göre, Afrika'da hukuk fikrinin 20 yılda 43 defa değişmiş olduğunu söylemek, kanımca, çocukça bir iddiadan başka bir şey değildir. Sorunu daha da bir uç örneğe götürelim: Dahomey'de 1963 ila 1973 yıllarını kapsayan 10 yıllık dönemde 7 hükümet darbesi yapılmış, bunlardan 6'sı başarılı, 1'i ise teşebbüs safhasında kalmıştır. Şimdi, bu verilere göre, Dahomey'de egemen olan hukuk fikrinin aşağı yukarı her yıl bir kere değiştiğini mi söyleyeceğiz?

Kanımca, devrimlerin başarıya ulaşmasında toplumda egemen olan hukuk fikrinin değişmesinin etkili olduğu inkar edilemese de, pekala devrimler ve hükümet darbeleri toplumda egemen olan hukuk fikrini karşısına alarak, -Burdeau'nun kelimeleriyle- ordunun ve polisin desteğiyle, radyo ve televizyon istasyonlarının kontrol altına alınmasıyla, elektrik santrallerinin işgaliyle, çok iyi yerlere yerleştirilmiş bir kaç makineli tüfekle başarıya ulaşabilir.

Sonuç olarak söyleyebiliriz ki, devrimler ve hükümet darbelerinin toplumda egemen olan hukuk fikrinin değişmesine bağlı olduğu iddiası sosyolojik gerçeklikle bağdaşmaz. Görünen odur ki, devrimler ve hükümet darbeleri saf kuvvet olaylarıdır. Devrimci hareketin başarıya ulaşması ile hukuk fikri arasında bir ilişki olmakla beraber, belirleyici olan faktör, hukuk fikri değil, toplumdaki kuvvet dengeleridir.

b) Bir an, Burdeau'nun haklı olduğunu, yani, devrimlerin başarılmasının toplumda egemen olan hukuk fikrinin değişme-

28. Pactet, s.162.

sine bağlı olduğunu kabul etsek bile, Burdeau'ya *ikinci bir eleştiri* daha yöneltilebilir. O da kullandığı “hukuk fikri” kavramının açık olmaması noktasında toplanmaktadır.

Yukarıda görüldüğü gibi, Burdeau'nun görüşlerinin can alıcı noktasını “*hukuk fikri*” (idée de droit) kavramı oluşturmaktadır. Peki ama, nedir bu hukuk fikri? Yazarın açıklamalarında bu kavramın açık bir tanımına rastlayamamaktayız. Ancak, *Droit constitutionnel et institutions politiques*'te, “hukuk fikri”nden bahsederken Burdeau, tanım için ipuçları çıkartabileceğimiz, şu cümleyi kullanıyor: “*Sosyal yaşamın idare edici bir teması* (une thème directeur de la vie sociale) olarak hukuk fikrinin değiştirilmesi, mevcut sosyal ve siyasal teşkilatın ilgası ve yerine yeni bir hukuk sisteminin konulması anlamına gelir”²⁹.

Bu cümleden hukuk fikrinin şu özelliklerini çıkarabiliriz: *Bir kere*, hukuk fikri, sosyal yaşamın ana bir konusu, yönlendirici bir teması (une thème directeur de la vie sociale) olarak düşünülmektedir. *İkinci olarak*, bu hukuk fikrinin değişmesi, mevcut sosyo-politik organizasyonun yenisi ile değiştirilmesi anlamına gelmektedir.

İkinci özelliğin hukuk fikrinin tanımına şöyle bir yararı olabilir: Onun değişimi siyasal, sosyal, hukuksal düzenin değişmesi anlamına geldiğine göre, hukuk fikri ile siyasal, sosyal, hukuksal düzen arasında doğrudan bir bağlantı, bir paralellik vardır. Ancak bu bağlantının ortaya konulması, bizatihi hukuk fikrinin tanımlanması anlamına gelmemektedir. O halde geriye birinci özellik kalmaktadır. Buna göre ise, *hukuk fikri, sosyal yaşamın idare edici bir temasıdır*. Peki ama, “sosyal yaşamın idare edici teması” olmak ne demektir? Kanımca, bu soruya objektif olarak bir cevap verebilmek mümkün değildir. Bu nedenle, “sosyal yaşamın idare edici teması” da “hukuk fikri” gibi bilinmeyen bir şeydir.

29. Burdeau, *Droit*, s.80.

Sonuç olarak, hukuk fikri kavramının objektif bir şekilde tanımlanamayacağını, diğer bir ifadeyle, bu kavramın bir bilinmeyen olduğunu, Burdeau'nun bir bilinmeyeni diğer bir bilinmeyenle açıklamaya kalktığını söyleyebiliriz.

c) Kaldı ki, hukuk fikrinin objektif olarak tanımlanabilir bir kavram olduğu ve devrimlerin başarıya ulaşmasının hukuk fikrinin değişmesine bağlı olduğu bir an kabul edilse dahi Burdeau'nun bize ispatlanması gereken üçüncü bir şey daha vardır. Bu “hukuk fikri” ile “hukuk”un aynı şey olduğudur. Aksi takdirde, yani, hukuk ile hukuk fikrinin aynı şeyler olduğu ispatlanmadıkça hukuk fikrinin tanımlanabilir olmasının hiçbir anlamı yoktur.

3. “Hukukî” Kelimesinin Gramatikal Anlamı Üzerine Bir Not ve Burdeau'nun “Hukukîlik”ten Muradı

Bu arada bir parantez açarak belirtelim ki, yazarların aslî kurucu iktidarın “hukukî” niteliği konusundaki görüşlerini yanlış anlamlandırmamak için öncelikle “*hukukî*” kelimesinin ne anlama geldiğini saptamak gerekir. Nispet i'sinin hukuk kelimesine eklenmesi suretiyle oluşan bu kelime, kanımca biri *geniş*, diğeri *dar* olmak üzere iki değişik anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamına göre “*hukukî*” kelimesinden “*hukukla ilgili olan*”; dar anlamına göre ise “*hukuka uygun olan*”, “*hukuktan kaynaklanan*” anlaşılır.

Bu anlam farklılığı göz önüne alınarak Burdeau'ya bakılırsa, Yazarın, “aslî kurucu iktidar ‘*hukukî*’dir” derken, söz konusu kelimeyi, geniş anlamda, “*hukukla ilgili olan*” anlamında kullandığı görülür. Bu anlamda ise, söylediklerinde bir yanlış yoktur. Elbette hukuku yaratan bir iktidar, “*hukukla ilgili*”dir; yani “*hukukî*”dir.

B. KUBALI

Aslî kurucu iktidarın sınırlı ve hukukî bir iktidar olduğu, bizde de Hüseyin Nail Kubalı tarafından hararetle savunulmuştur.

1. Açıklama

Kubalı önce, aslî kurucu iktidarın “fiilî bir iktidar” olduğunu kabul ediyor³⁰. Ama bununla birlikte, fiilî bir iktidar olmasının hukukî nitelik taşımasına engel görmüyor.

Yazara göre, “bir ihtilal hareketi Anayasa dışında, onu çiğneyerek yapılmış bir hareket olduğu için kanunilikten mahrum ise de *kanunların ve anayasanın üstünde yer alan bir hak ve adalet fikrine dayandığı taktirde meşrudur* (abç). Ve bu sebeple *başarı ile neticelenmesinden müstakil olarak kendiliğinden bir hukukî değere sahiptir*”³¹.

“Gerçekten”, diyor Kubalı “ihtilal ister direnme hakkının kullanılması halinde olduğu gibi, mevcut Anayasa düzenini hukuk ve ahlak prensiplerini hiçe sayarak çiğneyen ve bu sebeple meşruluğunu yitiren bir iktidarı devirmek, yani zahiren Anayasaya dayan(an) ve fakat hakikatte hukukîliğini ve meşruluğunu kaybetmiş olan bir iktidarı ortadan kaldırmak için yapılmış bir *hükümet darbesi* olsun, ister eski bir dünya görüşünün ifadesi olan hukuk düzeni yerine yeni bir dünya görüşünü gerçekleştirmek, yeni bir toplum ve hukuk düzeni kurmak maksadile yapılmış olsun, yani gerçekten bir *devrim* (abç) karakteri taşısin, nihayet her iki maksadı bir arada sağlamak için yapılmış olsun, daima saikında, mevzuunda ve gayesinde şahsi olmayan objektif olan *kamunun iyiliğini ve ahlak ve hukukun egemenliğini gerçekleştirmeyi hedef tutan* bir harekettir. Görü-

30. Kubalı, s.98-99.

31. Kubalı, s.99.

nüşte kanunilikten mahrum olmakla beraber aslında *hukukî ve ahlakidir*, hukukî ve ahlaki olduğu için de *meşrudur*”³².

Kubalı sonra ekliyor: “Yalnız şu noktayı önemle belirtelim ki, mevcut Anayasanın dayandığı dünya görüşü yerine bir ihtilal ile konmak istenen yeni dünya görüşü insanı insan yapan düşünce hürriyeti başta olmak üzere demokratik hürriyetlere saygılı değilse, yapılan ihtilal başarı ile *de* neticelense *de* (abç)³³, hukukî ve ahlaki olmak niteliğinden yoksundur ve bu sebeple meşru değildir”³⁴.

“Bu sebeple meşru bir ihtilalden doğan aslî kurucu iktidar görünüşte *fiilî* olmasına rağmen hakikatte hukukî olan veya hukukîliği hakkında kuvvetli *karine* bulunan bir iktidardır. Bu karinenin ihtilale hasım kuvvetler tarafından ihtilal hareketinin bastırılması suretiyle çürütülmesi ihtilalin meşruluğunu ve hukukîliğini ortadan kaldırmaz, sadece kanuna aykırılığını müeyyidelendirmiş olur”³⁵.

“İşte”, diyor Kubalı “27 Mayıs ihtilalinde olduğu gibi başarı ile neticelenen, milletçe tasvip edilerek hukukîlik karinesi teyit olunan bir ihtilalin ilk devresindeki kuruculuk iktidarı görünüşte fiili, fakat hakikatte hukukî olan, gerçekten aslî olan, yani kuruculuk hakkını kamunun iyiliği, ahlak ve hukukun demokratik hürriyetlerin egemenliği fikrinden alan bu iktidardır”³⁶.

“Yeni bir Anayasanın, yeni demokratik bir hukuk düzeni(ni) kaynağı olan ihtilalci ve aslî kurucu iktidarlar; işaret ettiğimiz gibi, umumiyetle milletin tasvibi ile fiilen de demokratik bir mahiyet kazanmakta, yalnız *maddi* bakımdan değil, *formel* bakımdan da hukukîleşmekte, yani kanunilik de kazanmakta ve

32. Kubalı, s.99.

33. “de” lerden birisi fazla.

34. Kubalı, s.100.

35. Kubalı, s.100.

36. Kubalı, s.100.

böylece zaten var olan hukukîliği, kanunilik ile tamamlanmaktadır”³⁷

Kubalı, sanki tüm bu açıklamaları 27 Mayıs ihtilalinin meşruluğunu ve hukukîliğini kanıtlamak için yaptığı izlenimi uyardıracağına, konuyu, bu ihtilalin meşruluğunu kanıtlamakla noktalıyor: “Bir ihtilalden doğan aslî kurucu iktidarın gösterdiği bu doğuş ve gelişme sürecinin, başka memleketlerdeki örneklerine uygun ve *en güzel misalini* (abç) 27 Mayıs ihtilali vermektedir. Milli Birlik Komitesi ihtilalin aslî ve görünüşte fiilî kurucu iktidarı olarak 12 Haziran 1960 tarihli ve 1 sayılı Kanunla Birinci Cumhuriyet Anayasasını kısmen kaldırarak geçici Anayasa koymuş ve 13 Aralık 1960 tarihli ve 157 sayılı Kanunla aslî kuruculuk iktidarını *Kurucu* Meslise devretmiş ve 6 Ocak 1961’de yapılan toplanan Kurucu Meclis de İkinci Cumhuriyet Anayasasını hazırlamış, 27 Mayıs 1961’de kabul edilen Anayasa 9 Temmuz 1961’de yapılan referandumla halk tarafından da kabul olunmuştur. Böylece hem ihtilalin hukukîliği ve meşruluğu karinesi milletçe teyit olunmuş, hem de ihtilalden doğan aslî kurucu iktidarın hukukîliği kanunilikle de desteklenerek demokratik yöndeki gelişme tamamlanmıştır”³⁸

2. Eleştiri

a) Kubalı’nın açıklamaları temel de tabiî hukuk anlayışına dayanmaktadır.

Yazarın, “bir ihtilal hareketi(nin) ... *kanunların ve anayasanın üstünde yer alan bir hak ve adalet fikrine* (abç) dayandığı takdirde meşru” olduğunu belirtmesi; keza, gerek devrimlerin gerek hükümet darbelerinin “daima saikında ... *kamunun iyiliğini ve ahlak ve hukukun egemenliğini gerçekleştirmeyi hedef tutan bir hareket*” olarak görmesi ve bunların “görünüşte kanunilikten mahrum olmakla beraber aslında *hukukî ve ahlaki*”

37. Kubalı, s.100.

38. Kubalı, s.100.

olduğuna işaret etmesi ve diğer yandan, “mevcut Anayasanın dayandığı dünya görüşü yerine bir ihtilal ile konmak istenen yeni dünya görüşü insanı insan yapan düşünce hürriyeti başta olmak üzere demokratik hürriyetlere saygılı değilse, yapılan ihtilal hukukî ve ahlaki olmak niteliğinden yoksundur ve bu sebeple meşru değildir” demesi, tabîî hukuk anlayışını benimsemişliğini açıkça göstermektedir.

Bu nedenle, burada, Kubalı’nın görüşlerinin doğrudan eleştirisine geçmeden önce, tabîî hukuk anlayışının kısa bir eleştirisini yapmakta yarar var.

Tabîî hukuk anlayışını, çok kısaca, “*bir kanun, kanun olmak için adalete uygun olmak zorundadır*” diyen bir hukuk anlayışı olarak tanımlayabiliriz. Bu anlayışa göre, bir işleme hukukîlik kazandıran şey, o işlemin adalete uygun olması, adaleti amaçlamasıdır³⁹. Bu nedenle denebilir ki, tabîî hukuk anlayışına göre, aslî kurucu iktidarın hukukîliği, bu iktidarın yaptığı işlemin adalete uygun olmasına, adalete ulaşmayı hedeflemesine bağlıdır.

Tabîî hukuka yöneltilen en yıkıcı eleştiri, *adil olan ile adil olmayanı* birbirinden ayıracak evrensel bir ölçünün olmadığı noktasında toplanmaktadır. Denilebilir ki, doğanın gözlemiyle adil olan ile olmayanı ayıracak bir ölçü elde edilemez. “Gerçekten, adil ve adil olmayan arasındaki ayrım evrensel değilse, o zaman şu sorunun gündeme gelmesi” kaçınılmazdır: Adil olanı veya olmayanı saptamak kime düşmektedir? Sorunun iki muhtemel cevabı vardır. Birinci olarak denebilir ki, adil olanı saptamak, iktidarı elinde bulunduranlara aittir. Bu ise, bizi tabîî hukuktan uzaklaştırır; pozitivizme götürür. İkinci ihtimale göre ise, adil olanı saptamak tüm yurttaşlara düşmektedir⁴⁰. Bu halde ise, adalet ilkeleri zorunlu olarak sübjektif bir nitelik taşır. Zira, bu ilkeler, her insanın kendi bilincinin verilerine göre anlaşılır.

39. Zeki Hafizoğulları, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1987, s.65, dn.44.

40. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s.66.

Şüphesiz, tabîî hukukun çeşitli kişisel anılışlarının ortak unsurları vardır. Fakat deneyim, bu ilkeleri tartışılmaz bir şekilde belirleyecek bir otoritenin olmadığını ortaya çıkarmıştır. Gerçekten, her bireyin kendi bilincinin verilerine göre, tabîî hukuku algılamasındaki serbestlik, hukukîliğin de her bireye göre değişmesi sonucunu doğurur⁴¹.

Tabîî hukuka yöneltilen bu genel eleştirileri aslî kurucu iktidarın hukukîliğinin tabîî hukukçu anlayışına uygularsak, şu sonuca ulaşabiliriz: Adalet idesi kişiden kişiye değiştiğine göre, aslî kurucu iktidarın hukukîliği de kişiden kişiye değişmektedir. Bu durumda ise kurucu iktidar, bir kişiye göre hukukî, diğer kişiye göre ise hukuk-dışı sayılabilecektir. Böyle bir sonucun ise bilimsel olarak kabulünün mümkün olmadığı açıktır.

Şimdi, tabîî hukuka yöneltilen bu eleştiriler doğrultusunda, özelde Kubalı'nın görüşlerinin eleştirisine geçelim.

Kubalı, yukarıda da genişçe açıklandığı gibi, kısaca *ihtilallerin ve hükümet darbelerinin bir hak ve adalet fikrine dayandıkları takdirde hukukî olduklarını* savunmaktadır. Hemen yukarıdaki eleştirilerin ışığında belirtelim ki, “*bir hak ve adalet fikri*”nin objektif bir şekilde tanımlanması mümkün değildir. Bu durumda ise, aslî kurucu iktidarın hukukîliği kişiden kişiye değişmektedir. Böyle bir sonucun ise, bilimsel olarak savunulması mümkün değildir. Görüldüğü gibi, Kubalı'nın aslî kurucu iktidarın hukukî niteliği konusunda vardığı yanlış sonuç, benimsediği tabîî hukuk anlayışından kaynaklanmaktadır.

b) Diğer yandan Kubalı'nın açıklamalarından eleştirilecek başka noktalar da vardır. Örneğin yazar, gerek hükümet darbelerinin gerek devrimlerin “daima saikında, mevzuunda ve gayesinde şahsi olmayan, objektif olan kamunun iyiliğini ve ahlak ve hukukun egemenliğini gerçekleştirmeyi hedef tutan bir hareket” olduğunu belirtiyor. Yazarın, devrimleri “kamunun iyiliği”,

41. Maurice Duverger, “Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait”, *Revue du droit public*, c.LX, (1945), s.76-77.

“ahlak ve hukukun egemenliği”ni sağlamayı hedef tutan hareketler olarak görmesine, her ne kadar bu görüş gerçeklerle uyuşmasa da, yukarıda açıklandığı gibi, mantıki bakımdan bir şey denemez. Ancak, “kamunun iyiliği”, “ahlak ve hukukun egemenliği”ni, aynı cümlede “*şahsi olmayan, objektif olan*” olarak nitelendirmesi, kanımca, önemli bir mantıki hatadır. Zira, “kamunun iyiliği nedir”, ahlak ve hukukun egemenliğinden neyi anlamak gerekir” gibi sorulara “*şahsi olmayan, objektif olan*” bir cevap verilemez. Aslında, yazar burada, *dilin etkileme gücünü*⁴² kötüye kullanmaktadır. Devrimlerin, kamunun iyiliğini nasıl hedeflediğini ispatlaması gerekirken, “*şahsi olmayan, objektif olan*” gibi sözcüklerin retorik etkisinden, uyandırdığı olumlu çağrışımlardan yararlanarak, asıl yapması gereken ispat faaliyetinden kaçınmaktadır.

C. DUVERGER

Duverger, *Revue du droit public*’te yazdığı bir makalesinde⁴³, fiilî hükümetlerin meşruluğunu pozitif hukuk zemininde temellendirmeye çalışıyor.

Hemen belirtelim ki, Duverger’nin açıklamalarının iki nedenden dolayı konumuzla ilgili olmadığı düşünülebilir. *Bir ke-re*, Duverger’in konusu doğrudan doğruya “*kurucu iktidar*” değil, “*fiilî hükümetler*” (gouvernements de fait) dir. *İkinci olarak* yazar, fiilî hükümetlerin “*hukukîliğini*” değil, “*meşruluğunu*” incelemektedir.

Birinci itiraz, şüphesiz doğrudur. Zira bizim konumuz, Duverger’nin incelediği fiilî hükümetler değil, kurucu iktidardır. Ancak bununla beraber, fiilî hükümetler ile kurucu iktidar arasında önemli bir bağlantı vardır. Çünkü, fiilî hükümetler, birer aslî kurucu iktidar olayıdır; açıkçası, aslî kuruculuk süre-

42. Dilin etkileme gücü hakkında bkz. Hüseyin Batuhan ve Teo Grünberg, *Modern Mantık*, ODTÜ Yayını, Ankara, 1984, s.24-29.

43. Maurice Duverger, “Contribution à l’étude de la légitimité des gouvernements de fait”, *Revue du droit public*, c.LX, 1945, s.73-100.

cinin önemli bir devresidir. Bu devrenin aydınlatılmasının kurucu iktidarın hukukî niteliğinin ortaya konulması bakımından önemi ortadadır.

İkinci itiraz da önemli bir gerçekliği dile getirmektedir. Zira konumuz, aslî kurucu iktidarın “meşruluğu” değil, “hukukîliği”dir. Ancak yazar, aşağıda görüleceği gibi, fiilî hükümetlerin meşruluğunu tabiî hukuk açısından ele almayı reddediyor ve bu hükümetlerin meşruluğunu pozitif hukuk zemininde açıklamaya çalışıyor. Bu zeminde ise hukukîlik ile meşruluk arasında bir fark yoktur. O halde, ikinci itiraz, anlamsız hale gelmektedir. Zira, bu itiraz, hukukîlik ile meşruluk arasında bir ayrımın olduğu varsayımına dayalıdır.

Ayrıca belirtelim ki, Duverger’in makalesinde, kendisinden *önce* yazılmış eserlerdeki aslî kurucu iktidarın hukukîliğine ilişkin görüşlere atıflar vardır. Diğer bir ifadeyle yazar, fiilî hükümetlerin meşruluğunu incelerken, aslî kurucu iktidarın hukukîliğine ilişkin yapılan tartışmalardan yararlanmaktadır⁴⁴. Keza, bu makaleden *sonraki* tarihlerde yazılmış eserlerde de, kurucu iktidarın hukukîliği incelenirken fiilî hükümetlerin meşruluğunu inceleyen bu makaleye atıflar vardır⁴⁵. Bu da yukarıdaki kanımızı destekler niteliktedir.

1. Açıklama

Duverger önce, tabiî hukukun meşruluk anlayışını inceliyor. Bu meşruluk anlayışının, sübjektif ve metafizik bir nitelik taşıdığı belirtiyor. Bu nedenle yazar, fiilî hükümetlerin meşruluğu sorununu tabiî hukuk açısından incelemeyi reddediyor; ve

44. Örneğin yazar, aslî kurucu iktidarın hukukî niteliği konusunda Carré de Malberg’in tezlerinin eleştirisini yapmaktadır. Bkz. Duverger, *RDP*, 1945, s.78.

45. Örneğin Burdeau (*Traité*, c.III, s.214 vd.), aslî kurucu iktidarın hukukî niteliğini incelerken, Duverger’in yukarıdaki makalesine atıf yapmaktadır.

fiilî hükümetlerin meşruluğunun pozitif hukuk zemininde araştırılması gerektiğini belirtiyor⁴⁶.

Ancak, Duverger, tabîî hukukçu anlayışı reddettiği gibi aslî kurucu iktidarı sınırsız ve hukuk-dışı bir iktidar olarak gören pozitivistlerin tezlerini de reddediyor.

Duverger, pozitivist görüşlerin en iyi ifadesinin Carré de Malberg'te bulunduğunu belirterek, bu yazardan şu alıntıyı yapıyor: "Hukukçu için pozitif anayasaların dışında anayasal prensiplerin aranmasına yer yoktur... Anayasanın ötesinde fiilî durumdan başka bir şey bulunmaz"⁴⁷. Duverger, yazarların çoğunun, devletin en üstün organı olarak kurucu organın üzerinde yer alan bir kamusal otoritenin bulunmadığını kabul ettiklerini not ediyor⁴⁸.

Duverger, aslî kurucu organın bir çeşit spontane kendiliğinden doğan bir organ olarak düşünülmesinin haksızlık olacağını ve onun kuruluşundan önce hiçbir kurala bağlanamamasının pratik bakımdan hatalı, mantıki bakımdan ise saçma olduğunu belirtiyor. Yazar, Carré de Malberg'in "tüm organlar ve keza kurucu güç diye adlandırılan organ da, temelde anayasadan çıkar, yetkilerini anayasa belirler"⁴⁹ diye yazdığını belirttikten sonra, buradaki hata bütün açıklığıyla ortadadır diyor. Zira, kurucu organın otoritesinden çıkan anayasadır; anayasanın otoritesinden çıkan kurucu organ değildir. Bunu not ettikten sonra Duverger, alayla şu soruyu soruyor: Anayasanın babası olan kurucu iktidar, nasıl oluyor da, onun aynı zamanda oğlu olabiliyor^{50, 51}.

46. Duverger, *RDP*, 1945, s.76-77.

47. Söz konusu alıntı için bkz. Carré de Malberg, c.II, s.500.

48. Duverger, *RDP*, 1945, s.78.

49. Söz konusu alıntı için bkz. Carré de Malberg, c.II, s.500.

50. Duverger, *RDP*, 1945, s.78-79.

51. Duverger'nin sistematik eleştirisine geçmeden önce, yeri gelmişken hemen belirtelim ki, Carré de Malberg'e yönelttiği eleştiri basit bir yanlış anlamadan kaynaklanmaktadır. Yazarın Carré de Malberg'ten yaptığı alıntısı *Contribution*'un II. cildinin 445 no'lu başlığından (özellikle 442 ve 444

Duverger, tabîî hukukçulara ve pozitivistlere bu eleştirileri yönelttikten sonra, kendi anlayışına göre, fiilî hükümetlerin meşruluğunu açıklamaya girişiyor.

Yazara göre, tüm fiilî hükümetler, iktidara el koymaların-
dan hemen sonra, kendi eylemlerinin temeli olarak bir takım
hukukî ve felsefî ilkeleri ilan ederler. Bu ilkeler, daha sonra
yapılacak anayasa tarafından kurulacak olan rejimin temelini
oluştururlar. Bu nedenle bu ilkeler, sadece politik bir değere
değil, aynı zamanda, pozitif bir eylem programı olarak yorum-
landığı ölçüde, itiraz götürmez bir *hukukî değere* de sahiptir-
ler⁵².

Duverger, bu görüşünü örneklendiriyor: Fransa’da Kurucu
Meclisi görev çağıran 5 Mart 1848 tarihli Geçici Hükümet Ka-
rarnamesi ve *Assemblée Nationale*’i kuran 29 Ocak 1871 tarihli
Ulusal Savunma Hükümeti Kararnamesi egemenlik ve iktidara
ilişkin doktrinler arasında bir tercihte bulunmuştur. Onlar, de-
mokrasi ve ulusal egemenlik ilkelerini teyid etmek için otoriter
teorileri ve ilahi hukuk fikrini bir kenara itmişler; ve keza, kendi
anayasalarının yazımında, kurdukları kurucu organlara aynı
tercihi empoze etmişlerdir. 1848 ve 1871 Meclislerinin, sadece
pratik olarak değil, fakat *hukuken* de kendi iktidarlarının temeli-
ni oluşturan demokrasi ve ulusal egemenlik ilkelerine aykırı
düzenlemeler yapmaları mümkün değildir⁵³.

Duverger, 1250 yılında İngiliz hukukçu Bracton’un şöyle
yazdığını belirtiyor: “*Kralın üzerinde Tanrı vardır, ve sonra*

no’lu başlıklarda) devletin ilk anayasasının kaynağı sorununu, yani *aslî kurucu iktidarı* incelemektedir. Ancak alıntının yapıldığı 445 no’lu başlık-
ta ise anayasanın hukuk tarafından düzenlenen değiştirilmesini, yani *tali kurucu iktidarı* incelemektedir. Özetle, Carré de Malberg, “tüm organlar
ve keza kurucu güç diye isimlendirilen organ da temelde anayasadan çı-
kar, yetkilerini anayasa belirler” derken, buradaki “*kurucu güç*”ten aslî ku-
rucu iktidarı değil tali kurucu iktidarı kastettiği açıktır. Tali kurucu iktidar
içinse bu kanı doğrudur.

52. Duverger, *RDP*, 1945, s.77-78.

53. Duverger, *RDP*, 1945, s.79.

kralı kral yapan yasa yer alır” (Le Roi a pour supérieur Dieu, et ensuite la loi qui l’a fait roi). Duverger’ye göre bu, kurucu organın hukuksal sınırlandırılması mekanizmasının mükemmel bir açıklamasıdır. Şöyle ki, kralın üzerinde bizzat onu kral yapan yasa vardır. Çünkü bu yasaya dokunulması, bizzat kralın, krallık gücünün kaynağına dokunulması demektir. Keza diyor Duverger, ulusal egemenlik ilkesi üzerine dayanan bir kurucu organ, bu ilkenin sahteliğini ilan eden bir anayasa hazırlarsa, kendi kurucu iktidarının temelini ve öyleyse kendi anayasasının bütün değerini bizzat kendisi yıkar. Bunun için XVIII. Louis de, 1814 *Charte*’ında monarşik meşruluk prensibinin sahteliğini, bu prensip uyarınca hazırlanmış olan bizzat bu *Charte*’ı yok etmeksizin açıklayamazdı⁵⁴.

Böylece, yazara göre kurucu iktidar, *kendi kendini taahhüt altına sokar*, bağlar, sınırlar. İşte bu şekilde pozitif hukuk zemininde yer alan bir meşruluk kavramı ortaya çıkar. Bu durumda artık, fiilî hükümetlerin meşruluğu, *işlemleri* ile *tabîî hukuk ilkeleri* arasındaki bir uygunluktan değil, fakat *işlemleri* ile *bizzat kendisinin ilan ettiği pozitif hukuk ilkeleri* arasındaki bir uygunluktan ibarettir⁵⁵.

Gerçekten, diyor Duverger, geçici hükümetlerin *embriyon halinde* ama yine de pozitif olan yeni bir hukuk düzeninin temellerini ortaya koyduğu ileri sürülebilir. Ona göre bu temeller, zorunlu olarak geleceğin anayasasının temelleri olacaktır. *Yeni hukuk düzeninin oluşum tarihi, anayasanın yapılması tarihi değildir. Bu tarih, anayasanın yapılmasından önceye giden bir tarihtir.* Başka bir anlatımla, hukuk düzeni, anayasadan önce de vardır. Yeni hukuk düzeni anayasanın yıkılmasından hemen sonra kurulan geçici hükümetler ile aynı zamanda doğmuştur. Zira bir devrim, hiçbir zaman saf kuvvet olayı değildir. Bir devrime, her zaman, bir felsefenin teyidi refakat eder. Devrimin başarısı ve geçici hükümetin oluşturulması, yeni hukuk ilkeleri-

54. Duverger, *RDP*, 1945, s.79-80.

55. Duverger, *RDP*, 1945, s.80.

nin de oluşturulduğu anlamına gelir; ve bu ilkeler kaçınılmaz olarak uygulanmaya başlar. Örneklerimize dönersek diyor Duverger, genel oyun tarihi, 4 Kasım 1848 Anayasasının tarihi değil, fakat 2 Mart Geçici Hükümet Kararnamesinin tarihidir. Keza ulusal egemenlik ilkesi, 1791 Anayasası ile yürürlüğe konmamış, fakat 1789 Temmuzunda *Etats Généraux*'nun kurucu meclise dönüşmesi kararıyla yürürlüğe konmuştur⁵⁶.

Duverger'ye göre fiilî bir hükümet, işlemlerinde, iktidarında sınırsız değildir; o, devrimin yaratmış olduğu yeni hukuk düzeninin ilkeleriyle bağlı olmalıdır. Bu ilkeler, kendilerine uygun olarak örgütlenecek bir otorite tarafından hazırlanan geleceğin anayasasında, ne yaratılacak ne de ilga edilecek, ama sadece açıklanacak ve geliştirilecektir. *Fiilî hükümet, işte bu ilkelere saygılı olduğu ölçüde meşru olarak kabul edilecektir*⁵⁷.

Yazara göre, pozitif hukuk zeminindeki bu meşruluk kavramı, yasallık kavramına, tabîî hukukun meşruluk kavramından daha yakındır. Bir *hükümet*, bir anayasada ifade edilen hukukî ilkelere uygun olduğu ölçüde yasalıdır. Bir *fiilî hükümet* ise, henüz bir anayasada yazılı olmayan ama geleceğin anayasasının temeli olarak bizzat kendisinin ilan ettiği ilkelere uygun olduğu ölçüde meşrudur. *Eğer fiilî hükümet, bu prensipleri ihlal ederse, anayasası ihlal eden yasal hükümetin durumuna düşer*⁵⁸.

Duverger, fiilî hükümetler tarafından, kendi meşruluğunun ve sınırının temeli olarak ilan edilen bu prensiplerin hukukî analizlerinin yapılırsa, bunların bir çeşit katı ve geçici geleneksel anayasa olduklarının ortaya çıkacağını belirtiyor⁵⁹.

Yazara göre, fiilî hükümetlerin meşruluğuna ilişkin olarak yapılan bu teorik tartışmaların pratik önemi şudur: Meşruluk fikri, fiilî hükümetlerin tanımını tamamlamaya doğru yol al-

56. Duverger, *RDP*, 1945, s.80.

57. Duverger, *RDP*, 1945, s.80-81.

58. Duverger, *RDP*, 194, s.81.

59. Duverger, *RDP*, 194, s.81.

maktadır⁶⁰. Bu kavram, fiilî hükümetlerin, *iktidar gasıplarından* farkını ortaya koyar. Bir fiilî hükümet, bizzat kendisinin ilan ettiği bu ilkelere uymazsa, gasıp haline gelir. O halde meşruluk kavramı, fiilî hükümet teorisinin temellerinden birisidir⁶¹.

2. Eleştiri

Yukarıda geniş olarak vermeye çalıştığımız Duverger'nin görüşlerini, önce bir özetleyelim: Yazarın görüşlerini temelde kurucu iktidarın bir *oto-limitasyon* teorisi olarak görülebilir. Duverger'ye göre, devrimlerden sonra kurulan fiilî hükümetler işbaşına gelir gelmez, hemen bir takım hukukî ve felsefî ilkelere dayandıklarını ve bu ilkeleri gerçekleştirmek için iktidara el koyduklarını ilan ederler. Bu ilkeler geleceğin anayasasının temellerini oluştururlar. Bu nedenle embriyon halinde de olsa pozitif değer taşırlar. Fiilî hükümetler, bu ilkeleri ilan etmekle, kendi kendilerini bağlarlar, taahhüt altına sokarlar. İşte fiilî hükümetler, ilan ettikleri bu ilkelere uyarlarsa, meşru, uymazlarsa gayri meşru olurlar.

a) Önce, Duverger'nin görüşünün diğer görüşlerden farklılığını saptayalım: Yazar, bir yandan kurucu iktidarın pozitivistlerce savunulan hukuk-dışı nitelik taşıdığı görüşünü, diğer yandan da tabîî hukukun meşruluk anlayışını reddetmektedir. O, fiilî hükümetlerin meşruluğunu pozitif hukuk zemininde açıklama iddiasındadır. Ancak, bunu yaparken de ne pozitivist ne de tabîî hukukçu olmayacaktır.

Peki ama, Duverger'nin bu farklı yaklaşımı sorunu gerçekten çözmekte midir? Kanımca hayır. Yazar temelde hukuk düzenini anayasaya değî, fiilî hükümetlerin anayasadan önce ilan ettikleri ilkelere bağlamaktadır. Diğer bir ifadeyle, hukuk düzeni bu ilkelere indirgenmekte, oluşum tarihi de anayasanın tarihi değîl, bu ilkelerin ilan edildiğı tarihe götürölmektedir. Ancak

60. Duverger, *RDP*, 1945, s.82.

61. Duverger, *RDP*, 1945, s.82.

Duverger, bu ilkelerin, diğer bir deyişle hukuk düzeninin anayasadan önce var olduğunu kabul etmekle birlikte, bunların kurucu iktidardan da önce olduğunu kabul etmemektedir.

Demek ki Duverger, Kurucu iktidar sürecinin tamamına ı-şık tutmamaktadır. O, kurucu iktidar sürecinin sadece bir devresine, fiilî hükümetler devresine ışık tutmaktadır. Bu devredeki kurucu iktidarın (fiilî hükümetin) işlem ve eylemlerinin hukukîliğini/meşruluğunu değerlendirebileceğimiz kriterleri bize göstermektedir. Ama gösterdiği bu kriterler, kurucu iktidar sürecinin tamamını, özellikle bu iktidarın kaynağını, diğer bir ifadeyle, devrimlerin hukukîliğini aydınlatmaktan uzaktır. Zira, embriyon halinde de olsa, pozitif değer taşıdığını ileri sürdüğü prensipler, ancak devrimin başarıyla tamamlanmasından ve geçici hükümetin kurulmasından sonra ilan edilmektedir. O halde bu ilkelerle ancak, bunların ilan edilmesinden dönem değerlendirebilir. Önceki dönem, yani devrim dönemi, yine hukukî değerlendirmeye elverişli olmayan bir kuvvet dönemi olarak kalmaktadır.

Sonuç olarak Duverger'nin kurucu iktidar sürecinin bütünü olmasa da, önemli bir devresinin, fiilî hükümetler devresinin hukukîliği/meşruluğu sorununu çözdüğünü söyleyebiliriz. Yazarın çözümü iç mantıkî tutarlılığa sahip olduğundan geçerli bir çözümdür. Ancak, ulaştığı sonucun sosyal gerçeklik ile uyuşup uyuşmadığını sorgulamadan, ortaya koyduğu mantıkî yapının hipotezini yani fiilî hükümetler tarafından ilan edilen bu ilkelerin gerçek değerinin ne olduğu sorusunu da sormadan geçemeyiz.

b) Duverger'nin görüşlerinin can alıcı noktasını, fiilî hükümetlerin iş başına gelirken ilan ettikleri prensipler oluşturmaktadır. Yazara göre, bu prensipler siyasal değer taşımaktan öte, hukukî öneme sahip olan prensiplerdir. Zira, bunlar, geleceğin anayasasının temelini oluştururlar. Embriyon halinde de olsa pozitif ilkelerdir. Fiilî hükümet bu ilkeleri ilan etmekle, *kendi kendini bağlar, taahhiüt altına sokar.*

Acaba gerçek, Duverger'nin dediği gibi midir? Bu ilkeler, kendilerine hukukî değer atfedilebilir, diğer bir deyişle pozitif olarak görülebilir ilkeler midir? Sonra, fiilî hükümetler bu ilkeleri ilan etmekle, gerçekten kendi kendilerini bağlarlar mı? Keza fiilî hükümetlerin ilan ettikleri bu ilkelere uymamalarının yaptırımını nedir?

Kanımca, tüm bu sorulara olumsuz yanıt vermek zorundayız. Fiilî hükümetin ilan ettiği bu ilkelerle bizzat fiilî hükümetin kendisi bağlı değildir. *Bir kere*, fiilî hükümetin bu ilkeleri ihlal edip etmediğini saptayacak ve gereğini uygulayacak organlar, bu devrenin mahiyeti gereği yoktur. *Kaldı ki*, fiilî hükümetin bu ilkelerle bağlı olması *mantıkî* açıdan da mümkün değildir. Çünkü, bir süje tarafından konulan bir kurala, yine o süje tarafından aykırı eylem ve işlemler yapılması, o kuralın *ihlali* değil, *değiştirilmesi* olarak yorumlanmalıdır. Zira, konulan kural ile o kurala aykırı olan işlem aynı süjeden çıkmak itibarıyla aynı değere sahiptir. Aralarında bir hiyerarşi olamayacağından bir ihlalde olamaz. “*Sonraki kural öncekini ilga eder*” (lex posterior derogat legi priori) ilkesi gereği, fiilî hükümetin önceden ilan ettiği ilkelerin, bu ilkelere aykırı işlemleriyle, değiştirildiği sonucuna ulaşılmalıdır. Zira, bir kural koyan süje, onu değiştirmeye de ehildir.

Sonuç olarak şunları söyleyebiliriz: Duverger'nin görüşleri yukarıda da belirttiğimiz gibi, kurucu iktidarın bir oto-limitasyon teorisi olarak görülebilir. Ama, tüm oto-limitasyon teorileri gibi, bu teori de, kendi kendisini sınırladığı iddia olunan süjenin, kendi sınırı olarak kabul ettiği kurallara uymasını sağlayacak mekanizmadan yoksundur.

III. GÖRÜŞÜMÜZ

Kanımca, aslî kurucu iktidarın hukukî niteliğine ilişkin görüşlerdeki farklılığın nedeni, bu görüş sahiplerinin hukukîlik anlayışlarındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır. Tartışmalar, temelde, hukukî pozitivizm ile tabiî hukuk anlayışları arasındaki

bir farklılıktan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, aslî kurucu iktidarın hukukî niteliği konusunda varılacak sonuç, zorunlu olarak, benimsenen hukuk anlayışına bağlı olacaktır. Diğer bir anlatımla, aslî kurucu iktidarın hukukî olduğunu söyleyen görüş ile hukuk-dışı olduğunu söyleyen görüş arasındaki fark, aslî kurucu iktidardan değil, hukuk anlayışlarından kaynaklanmaktadır. Bu görüşlerden her birinin kendine özgü bir hukuk tanımı olduğu ve hukukîlikten başka başka şeyler anladıklarına göre, aslî kurucu iktidarın hukukî niteliği konusunda farklı sonuçlara varmaları son derece doğaldır. Her görüş, farklı hareket noktasından kalkarak farklı sonuçlara varmıştır. Bu nedenle, her iki görüşün de aslî kurucu iktidarın niteliği konusunda farklı sonuçlara varmaları, kendi içinde tutarlı sonuçlardır. Bir teorik hukuk çalışmasının geçerlik kriteri iç mantıki tutarlılık olduğuna göre, kanımca birbirini inkar eden her iki görüş de geçerli görüşlerdir.

Bunlardan birinin benimsenmesi aslî kurucu iktidar üzerindeki bir ispat faaliyeti ile olamaz. Başka bir anlatımla, bunlardan hangisinin diğerine tercih edilmesi gerektiğini araştıran kişi, “aslî kurucu iktidar” üzerinde değil, “hukuk” üzerine düşünmeli; kendisine “aslî kurucu iktidarın hukukî niteliği nedir” sorusu yerine “hukuk nedir”, “hukukîlikten neyi anlamak gerekir” sorularını sormalıdır.

Biz de, burada böyle bir düşünceden hareketle, öncelikle “hukukîlik”ten neyi anlamak gerektiği sorusunu yanıtlamaya çalışacağız.

Belirtelim ki, her hukuk normu, birbirinden bağımsız olarak üç ayrı değerlendirmeye tabi tutulabilir. Bunlar, *adillik*, *geçerlilik* ve *etkinliktir*⁶².

a) Normun adilliği sorunu, “o normun belli bir hukuk düzeninin esinlendiği ideallere cevap verip vermediği sorunudur”. Bu normun adil olup olmadığını saptamak için hukuk düzeninin esinlendiği idealleri gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığına bakmak gerekir. Bu nedenle bir normun adilliği sorunu, “*gerçek*

62. Hafızogulları, *Ceza Normu*, s.50.

dünya” ile “*ideal dünya*” yani “*olan*” ile “*olması gereken*” arasında bir uyuşuma bağlıdır. Bunların arasında bir uyuşum varsa norm adildir; yok eğer bir çatışma söz konusu ise norm adil değildir. Bu nedenle adalet sorunu hukukun “*deontolojik*” sorunudur⁶³. Örneğin tabîî hukuk anlayışına göre hukukîliğin kirterinin “adillik” olduğunu söyleyebiliriz. Bu nedenle, tabîî hukukun hukukîlik anlayışını çok kısa olarak, “bir işlem hukukî olmak için adalete uygun olmak zorundadır” diyen bir anlayış olarak tanımlayabiliriz⁶⁴.

b) Normun geçerliliği sorunu, normun bir norm olması itibarıyla bir normatif düzende mevcut olup olmadığı sorunudur. “Normun adilliği sorunu bir değer hükmünde çözümlenirken, normun geçerliliği sorunu, fiile ait bir hükümde çözümlenmektedir”⁶⁵. “Başka bir deyişle normun adilliğini incelemek o normun norm dışındaki bir değerle ölçülmesini gerektirirken normun geçerliliğini incelemek, ampirik rasyonel tipte bir incelemeyi gerektirmektedir”⁶⁶.

Bu teorenin tarihi örneğini hukukun tabîî hukukçu anlayışına karşı çıkan hukukî pozitivizm anlayışı oluşturmaktadır⁶⁷.

c) Normun etkinliği sorunu, “normun muhatabının norma yeterince riayet edip etmediği, ihlal halinde normu koyan otoritenin cibri vasıtalarla normun saygınlığını sağlayıp sağlamadığı sorunudur”⁶⁸. “Bir normun etkinliği veya etkinsizliği hakkındaki inceleme, belli bir toplumsal grubun mensuplarının davranışlarını incelemeye dönük tarihi ve *sosyolojik* incelemedir”. Bu nedenle, hukuk normunun etkinliği sorununun, hukukun “fenomenolojik” sorunu olduğu söylenebilir⁶⁹.

63. Hafızoğulları, *Ceza Normu*, s.51.

64. Hafızoğulları, *Ceza Normu*, s.51.

65. Hafızoğulları, *Ceza Normu*, s.64-67. dn. 44.

66. Hafızoğulları, *Ceza Normu*, s.51-52.

67. Hafızoğulları, *Ceza Normu*, s.322.

68. Hafızoğulları, *Ceza Normu*, s.322.

69. Hafızoğulları, *Ceza Normu*, s.55.

Bu teorinin tarihsel örneğini Amerikan doktrininin “*realist*” akımları oluşturmaktadır. Bu anlayışa göre, kanunlarda ifade edilmiş bulunan hukuk değil, ama insanların her günkü ilişkilerinde fiilen uyguladıkları hukuk gerçek hukuktur⁷⁰.

Ayrıca belirtelim ki bu üç kriter birbirinden tamamen bağımsızdır. Şöyle ki, bir norm geçerli olmaksızın adil, adil olmaksızın geçerli, etkin olmaksızın geçerli, geçerli olmaksızın etkin, etkin olmaksızın adil ve adil olmaksızın etkin olabilir⁷¹.

Şimdi, bu kriterlerden hangisinin hukuku tanımladığını açıklayalım.

Hemen belirtelim ki hukukîliğin kriteri, ne adillik, ne etkinliktir; ama, *geçerlilik*dir. Diğer bir ifadeyle, herhangi bir normu *hukuk* normu kılan unsur o normun adil olması ya da etkin olması değil, *geçerli* olmasıdır⁷².

Adillik hukukîliğin kriteri olamaz; çünkü bir normun o norm dışındaki bir idealle karşılaştırılmasını gerektirmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu teorinin tarihi örneğini tabiî hukuk anlayışı oluşturmaktadır. Tabiî hukuk anlayışının ise niçin kabul edilemez olduğunu yukarıda⁷³ geniş bir şekilde açıklamıştık. Hatırlanacağı üzere yukarıda, adalet ilkesinin evrensel bir tanımının yapılamayacağını, zorunlu olarak bu kavramın kişiden kişiye değiştiğini, böyle sübjektif kriterin ise hukukun tanımında esas alınamayacağını belirtmiştik.

Normun ihlali halinde normun saygınlığının sağlanıp sağlanamadığı sorununu ifade eden etkinlik de hukukîliğin kriteri olamaz. Zira, normun etkin olup olmadığını inceleme hukukun dışında *sosyolojik* bir incelemedir. Bu teorinin tarihsel örneğini Amerikan Realist Okulunun oluşturduğunu yukarıda söylemiştik. Bu teoriye göre, yegane hukuk, etkin olan hukuktur; yani, fiilen uyulan ve uygulanan hukuktur. Bu anlayış kanun dışında,

70. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s.70-74, dn. 48.

71. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s.55-63.

72. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s.74-75.

73. Bu bölüm, II, B, 2, a.

örf ve adete ve hakime hukukun kaynağı gözü ile bakmaktadır. Onlara göre, örf ve adet hukuku etkinlik ile geçerliliğin çatıştığı hukuktur. Ancak bu düşünceye katılmak mümkün değildir. Çünkü, örf ve adetin oluşması için, salt sürekli tekrar, diğer bir ifadeyle etkinlik yetmez. Bu davranış kuralının belli bir hukuk sisteminde de kabul edilmesi gerekir. Öte yandan, “hukukun yaratıcısı hakim figürü” de bir anlam ifade etmekten uzaktır. Bu anlayışa göre, toplumda yaşayan kurallar, hukuk kuralı olabilmesi için bunları hakimın kabul etmesi ve onlara normatif bir otorite bahşetmesi gerekir. Ancak bu demektir ki, toplumsal gerçeklikte geçerli olan bu kurallar, hakim tarafından keşfedilip onlara normatif bir otorite tanımadıkça hukuk kuralı değildirler. O halde, kanun koyucu görevi verilen hakim bu kurallar ne kadar etkin olurlarsa olsunlar, hiçbir şekilde hukuk kuralı değildirler⁷⁴.

O halde, hukukîliğin kriteri olarak geriye geçerlilik kalmaktadır. Zira, adillik sorunu, normun norm dışındaki bir değer hükmüyle değerlendirilmesini, etkinlik sorunu ise hukukun dışında sosyolojik bir incelemeyi gerektirirken geçerlilik sorunu, yine hukukun içinde kalınarak yapılan ampirik rasyonel tipte bir incelemeyi gerektirmektedir.

Böylece, hukukîliğin kriterinin geçerlilik olduğunu belirledikten sonra, şimdi geçerliliğin ne olduğunu, bir normun geçerli olup olmadığını saptamak için nelere bakmak gerektiğini araştıralım.

Bir normun geçerliliği, o normun belli bir hukuk düzeninin parçası olup olmadığı anlamına gelir. Diğer bir ifadeyle bir normun geçerliliği, o normun muhtevassından çıkarılan soyut ve kavramsal bir niteliği değil, o normun belli bir hukuk düzenine ait olup olmadığını anlatır⁷⁵.

Daha basit bir anlatımla, geçerlilik, bir normun kendisinden önceki bir norma dayanıyorsa geçerli, dayanmıyorsa geçersiz-

74. Hafızoğulları, *Ceza Normu*, s.73-74.

75. Hafızoğulları, *Ceza Normu*, s.75.

dir. Dolayısıyla hukukîlik de şöyle tanımlanabilir: Bir işlem kendisinden öne varolan bir hukuk normuna uygun olarak yapılmışsa *hukukî*dir. Yok eğer, işlem kendisinden önceki hukuk normuna uygun değilse, *hukuka aykırı*dır. Bunların dışında işlem, dayanak olarak kendisinden önce bir hukuk normu bulamıyorsa *hukuk-dışı*dır.

Şimdi bu sonuç ışığında aslî kurucu iktidarın hukukîliğini araştıralım.

Aslî kurucu iktidar yeni bir anayasa yapmaktadır. Yeni bir anayasanın yapılması ise, bu anayasadan daha eski bir kural tarafından öngörülmemiş ve düzenlenmemiştir. Diğer bir ifadeyle, yapılan yeni anayasanın dayanabileceği daha eski bir hukuk kuralı yoktur. Eroğul'un çarpıcı bir şekilde dile getirdiği gibi, "tüm gücü elinde bulunduran aslî kurucu iktidarlar, yetkilerini 'Allah'tan, 'tarih'ten, 'millet'ten ya da bir 'sınıf'tan aldıklarını ilan edebilirler. Ne var ki, yaptıkları kurallara hukukî nitelik kazandıracak daha eski bir hukuk kuralı"na sahip değildirler⁷⁶.

Sonuç olarak, biz de pozitivistlerin tezlerine ulaşıyoruz: *Aslî kurucu iktidar hukuk dışı bir iktidardır; yaptığı anayasa da hukuk-dışı bir işlemdir*⁷⁷.

76. Eroğul, s.23.

77. Ancak bununla beraber belirtelim ki, hukuk düzeninin kaynağını oluşturan anayasanın hukukîliği genellikle kabul edilmektedir. Aslında anayasanın hukukîliği bir gerçeklik değil, ama hukuk sisteminin açıklanması için kabulü zorunlu bir postüladır.

Şöyle ki, yukarıda görüldüğü gibi bir norm, kendisinden önce var olan bir hukuk normuna dayandığı için hukukîdir. Diğer bir ifadeyle bir normun geçerlilik nedeni daima başka bir normdur. Böylece, bir normun hukukîliğini açıklama için bir normdan diğerine gitmeyi gerektiren bir normlar zinciri oluşmaktadır. Bu zincir sonuna kadar uzatılamayacağından eninde sonunda bir noktada durmak zorundadır. İşte o noktayı temel norm ya da diğer bir ifadeyle anayasa oluşturmaktadır. Ancak anayasanın ötesinde, onun geçerliliğinin dayanağı olan bir norm artık bulunmamaktadır (Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s.80). Hukukçular bunun içinden çıkabilmek için temel normun geçerliliğini bir postüla olarak kabul etmek zorunda

Ayrıca şunu da belirtelim ki, Eroğul'un ettiği gibi, burada söz konusu edilen “hukuk-dışılık” bir *değer yargısı* değildir. Sadece aslî kurucu iktidarın niteliğini göstermek için kullanılmıştır. Belli bir hareket hukuk-dışı olup yine de memleket yararına olabilir⁷⁸. Burada anlatılmak istenen, sadece, aslî kurucu iktidarın hukuk kuralları dışında cereyan ettiği. Bununla biz, aslî kurucu iktidarın *hukuka aykırı*, *hukuka karşı* olduğunu, *hukuku ihlal* ettiğini söylemek istemiyoruz. Zira, anayasadan önce bir hukuk kuralı olmadığına göre, aslî kurucu iktidarın hukuka aykırı olması, onu ihlal etmesi mantıken mümkünde değildir. Söylemek istediğimiz şey, aslî kurucu iktidarın hukukla ilgisiz olduğu, hukukun dışında cereyan ettiği, deyim yerindeyse, “*hukuk-ötesi*” (meta-juridique) olduğudur.

Kemal Gözler, *Kurucu İktidar*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1998, XVI+192 s. (www.anayasa.gen.tr/kurucuiktidar.pdf) © K.Gözler. Her hakkı saklıdır.

kalmışlardır. Örneğin Kelsen, temel normun hipotez görevi gördüğünü belirtmiş; böyle bir normun geçerli olduğunun varsayımsal olarak kabulünün zorunlu olduğuna işaret etmiştir (Bkz. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Trad. Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, s.80).

Ancak bizim amacımız, hukuk düzeninin hukukîliğini açıklamak olmadığına göre, anayasanın hukukîliği gibi bir postülayı, burada kabul etmek zorunda değiliz. Bu nedenle, yukarıda vardığımız sonucu, yani aslî kurucu iktidarın hukuk-dışı bir iktidar olduğunu ve yaptığı anayasanın da hukuk-dışı bir işlem olduğunu bir kez daha tekrarlayabiliriz.

İkinci Bölüm

ASLÎ KURUCU İKTİDARIN SINIRI

Aslî kurucu iktidarın sınırlı olup olmadığı konusunda iki karşıt görüş vardır. Bir görüşe göre aslî kurucu iktidar sınırlı, diğer görüşe göre aslî kurucu iktidar sınırsız bir iktidardır.

I. ASLÎ KURUCU İKTİDARIN SINIRLI OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Aslî kurucu iktidarın sınırlı olduğunu ileri sürenler, savlarını temelde, insan hakları kuramına dayandırmaktadırlar. Onlara göre, aslî kurucu iktidar insan hakları ile sınırlı bir iktidardır. Örneğin, bu görüşü savunan *R. Château*'ya göre, demokrasilerde insan haklarına dokunan değişikliklerin engellenmesi için birçok önlem alınmıştır. Bu önlemlerden bir tanesi de kurucu iktidarın olağan yasama iktidarından ayrılmasıdır. Bu ayrım sonucudur ki, olağan yasama iktidarı anayasa değişikliği yapamaz; zira bu, kurucu iktidarın görevidir. Anayasa yapmak ve değiştirmek kurucu iktidarın görevi olmakla birlikte, yine de kurucu iktidar, keyfine göre bir anayasa yapamaz. *Anayasalar dahi, insan hakları ile sınırlıdır*. Gerçek bir demokraside, *insan hakları, her şeyin, tüm iktidarlardan, kurucu iktidarın bile üzerinde yer alır*¹.

Kurucu iktidarın insan hakları ile sınırlı olduğu görüşü, bu kavramın isimbabası olan *E. Sieyès* tarafından da savunulmuş-

1. René Château, *Introduction à la politique*, Publications Chateaubriand, Paris, Tarihsiz, s.483-84.

tur. Sieyès, 1789 Temmuz’unda Anayasa Komitesi önünde şöyle diyordu: “*Tüm sosyal birliğin ve öyleyse tüm siyasal anayasaların (teşkilatın) insan haklarını sağlamak ve göstermekten başka bir amacı olamaz*”².

Sieyès’in bu düşüncesi, 1789 *İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi*’ne de yansımıştır. Beyannamenin başlangıcında, “insan haklarının bilinmemesinin, unutulmasının veya hor görülmesinin kamunun bedbahtlıklarının ve hükümetin bozulmasının yegane sebepleri olduğu”³ ve özellikle 2’nci maddesinde “her siyasal topluluğun amacı(nın) insanın tabî ve zamanaşımına uğramaz haklarının korunması”⁴ olduğu belirtilmiştir. Diğer yandan 12’nci maddeye göre, “insan haklarının güven altına alınması bir kamu kuvvetinin varlığını gerektirir”⁵. 16’ncı maddeye göre ise, “hakların teminat altına alınması sağlanmamış ... her cemiyet asla bir kuruluşa (anayasaya) sahip değildir⁶. Özetle, beyannamenin anlayışına göre, bir anayasa insan haklarını sağlama amacına yöneliktir. O halde, anayasayı yapan iktidar olan kurucu iktidar da anayasanın bu amacıyla doğal olarak bağlıdır.

Carré de Malberg’in belirttiği gibi, 1789 ortamının düşünceleri, kurucu iktidarın kurduğu siyasal düzenin insan hakları üzerine dayalı olduğunu ve kurucuların birinci görevlerinin bu hakları belirlemek ve ilan etmek olduğunu savunmuşlardır⁷.

Ayrıca, diğer bazı yazarlarda da yer yer kurucu iktidarın başka unsurlarla sınırlandırılması çabalarına rastlanır. Örneğin

2. *Archives parlementaires*, 1re série, c.VIII. s.256’dan naklen Carré de Malberg, c.II. s.518.

3. Aydoğan Özman, *İnsan Hakları ile İlgili Temel Metinler*, Birleşmiş Milletler İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Sağlama ve Koruma Türk Grubu Yayını, Ankara, 1967, s.10.

4. Özman, s.11.

5. Özman, s.12.

6. Özman, s.13.

7. Carré de Malberg, c.II, s.518-20.

R. David'e göre, kurucu iktidar supra-pozitif bir hukukla, hukukun genel ilkeleriyle bağlıdır⁸.

Kanımca, kurucu iktidarın insan hakları ile sınırlı olduğu görüşünde isabet yoktur. Hemen belirtelim ki, kurucu iktidarın insan haklarıyla bağlı *olduğunu* söylemek başka şey, bağlı *olması gerektiğini* söylemek başka şeydir. Görünen odur ki yukarıdaki görüş, bir olması gerekeni, bir ideali yansıtmaktadır. “Olan” açısından baktığımızda ise, kurucu iktidarların pek de insan haklarıyla bağlı olmadıklarını, fırsatını yakaladıkları, imkanını buldukları ölçüde insan haklarına aykırı düzenlemeler de yapabildiklerini görüyoruz. O halde kurucu iktidarın insan haklarıyla bağlı olduğu düşüncesi gerçeği yansıtmaktan uzaktır.

Kaldı ki, bu görüşün tartıştığı şey kurucu iktidarın “*nasıl*” sınırlı olduğu değil, “*neyle*” sınırlı olduğudur. Kurucu iktidarın “*neyle*” sınırlı olduğu sorunu bir yana, bu görüş taraftarları bize, *öncelikle*, kurucu iktidarın “*neden*” ve “*nasıl*” sınırlı olduğu göstermek zorundadırlar. Eğer kurucu iktidarın “*neden*” ve “*nasıl*” sınırlı olduğunu ispatlayabilirlerse, andan sonra bu sınırı “*neyin*” oluşturduğunun tartışılmasına geçebilirler. Sonuç olarak, bu görüşün temel bir kanıtlama hatası taşıdığını söyleyebiliriz.

II. ASLÎ KURUCU İKTİDARIN SINIRSIZ OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Bizde Özbudun, Tunaya ve Kapani tarafından savunulan bu görüşe göre, yeni bir devlet kurar, yeni bir anayasa yaparken aslî kurucu iktidarı bağlayan hiçbir hukuk kuralı yoktur⁹. Zira, eski anayasa şu ya da bu şekilde ortadan kalkmıştır¹⁰. Diğer bir ifadeyle kurucu iktidar, kuracağı devletten öncedir ve onun

8. René David, *Les grands systèmes de droit contemporaine, (Droit comparé)*, Dalloz, Paris, 1969, s.149.

9. Özbudun, s.119.

10. Kapani, s.64.

dışındadır¹¹. Kurucu iktidar, kendi istekleri doğrultusunda yepyeni bir anayasa meydana getirecektir, bunu yaparken de iradesini herhangi bir şekilde bağlayan yazılı ve üstün bir hukuk kuralı yoktur. Kendisinden üstün başka iktidar da yoktur. Kısaca teorik bakımdan tamamen sınırsız bir iktidardır¹².

Aslî kurucu iktidarın hukukî bir iktidar olduğu savunan Burdeau da, bu iktidarın doğası hakkında benzer bir görüşe sahiptir. Yazara göre, aslî kurucu iktidar, *ilk* (initial), *özerk* ve *koşulsuz* bir iktidardır. O *ilktir*; çünkü, onun üstünde ne hukukî ne de siyasi açıdan hiçbir iktidar yoktur. Siyasal açıdan kurucu iktidar en üstün gücü simgeler; zira, temsil ettiği düşünce, hukuk düşüncelerinin rekabeti sonucunda baskın çıkmayı başarmış hukuk düşüncesidir. Aslî kurucu iktidar, hukukî açıdan da en üstün iktidardır; zira, bir yandan, grupta geçerli olan hukuk düşüncesini belirler, diğer yandan ise devletin hukuk düzeninin kaynağını oluşturur¹³.

Kurucu iktidarın *özerkliği*, onun ilksel karakterinin mantığı sonucudur. Hiçbir birey ve hiçbir grup, kurucu iktidara baskı yapmak için hiçbir niteliğe sahip değildir. Onun yerine geçecek hiçbir gücü yoktur. Bu anlamda denebilir ki kurucu iktidar *koşulsuzdur*. Zira, işleyişinde gerek biçimsel gerek içeriksel olarak tâbi olduğu hiçbir kural yoktur. *Biçimsel* olarak, sadece kendi belirlediği modalitelere göre iradesine açıklar. *İçeriksel* olarak ise, hiçbir mülahaza ile bağımsızlığı sınırlanamaz¹⁴.

III. GÖRÜŞÜMÜZ

Aslî kurucu iktidarın sınırlı olup olmadığı sorunu, kanımca, bu iktidarın hukukî niteliğinden hareketle çözümlenmelidir. Diğer bir ifadeyle, aslî kurucu iktidarın hukukî niteliği onun sınırı sorununa hipotez oluşturur. Zira, hukukîlik ile sınırlılık

11. Tunaya, s.123.

12. Kapani, s.64.

13. Burdeau, *Traité*, c.III, s.174.

14. Burdeau, *Traité*, c.III, s.175.

arasında mantıksal bir bağ vardır. Bir iktidar hukukî ise zorunlu olarak sınırlı olacaktır. Bu aksi düşünülemez bir şeydir. Çünkü hem hukukî olup, yani bir takım kurallara tabi olup, hem de sınırsız olduğunu söylemek mantıki bir çelişkidir. Aynı mantık hukuk-dışı bir iktidarın sınırsızlığı için de geçerlidir. O halde, aslî kurucu iktidarın sınırlılık/sınırsızlık niteliği, onun hukukîlik/hukuk-dışılık niteliğinin zorunlu sonucu olduğunu söyleyebiliriz.

Hatırlanacağı üzere önceki bölümde, aslî kurucu iktidarın hukuk-dışı bir iktidar olduğu sonucuna ulaşmıştık. O halde burada da aslî kurucu iktidarın sınırsız bir iktidar olduğu sonucunu kabul etmek durumundayız.

Başka bir anlatımla aslî kurucu iktidar, hukuk-dışı bir iktidar, yani hukuk boşluğu ortamında çalışan bir iktidardır. Hukuk boşluğu demek ise, kendisine uyulmak zorunda olunan bir kuralın olmaması demektir. Bu ise sınırsızlık anlamına gelir.

IV. ASLÎ KURUCU İKTİDARIN SOSYOLOJİK ANLAMDA SINIRLILIĞI ÜZERİNE BİR NOT¹⁵

Yukarıda kurucu iktidarın sınırı sorununa salt hukuksal açıdan yaklaşılmıştır. Bu nedenle, kurucu iktidarın sınırsızlığı da salt hukuksal bakımdan söz konusudur.

Ama, yeni bir anayasa yapar, yeni bir devlet kurarken kurucu iktidarın iradesinin gerçekten sınırsız olduğunu söyleyebilir miyiz? Kurucu iktidarın, *hukukî bakımdan* hiçbir kuralla bağlı olmaması, *fiilî bakımdan* da her türlü etkiden uzak olduğu anlamına mı gelir¹⁶

15. Giriş bölümünde açıklandığı gibi çalışmamız, bir tarih, bir sosyoloji çalışması değil, -0 da olabildiği ölçüde- bir hukuk kuramı çalışmasıdır. Bu nedenle, bu bölümde soruna hukuksal açıdan yaklaşılmıştır. Ancak bununla birlikte, bir başka bakış açısından bir başka sonuca ulaşılabileceğini göstermek için, aslî kurucu iktidarın sosyolojik anlamda sınırlılığı üzerine bir not düşülmüştür.

16. Kapani, s.65.

Bu soruya, “şüphesiz ki hayır” yanıtını verdikten sonra, açıklamalarımızı *Kapani* ve *San*’dan yararlanarak sürdürelim.

Belirtelim ki, burada bir soyutlama olarak ele alınan kurucu iktidar, gerçeklikte bir sosyal çevre içinde çalışır; sosyal çevreyi etkilediği gibi ondan etkilenir de¹⁷.

Diğer bir anlatımla, kurucu iktidarın yaptığı anayasa, toplumsal gerçeklikte, çeşitli güçlerin çarpışması ve birleşmesi ya da dengelenmesi sonucunda ortaya çıkan bir çoğunluk tarafından kabul edilir. Yani anayasa, sosyal güçlerin dengesinin ve sentezinin ifadesidir. Tüm yasalar gibi, anayasanın da asıl kaynağını toplum içindeki kişilerin ve grupların karşılıklı ilişkileri oluşturur. Bu nedenle, tamamen sınırsız olduğu söylenen kurucu iktidarın iradesi, gerçeklikte içinde belirlediği toplumun koşulları, yapısı, değerleri gibi birçok sosyolojik faktörle sınırlandırılmış olabilir. O halde belli bir toplumun durumunu göz önünde bulundurmayan, gereksinmelerine cevap veremeyen bir anayasanın ölü bir metin olarak doğduğu söylenebilir¹⁸.

Sonuç olarak, kurucu iktidarın *hukuken* yapmaya kadir olduğu şey ile *fiilen* yapabileceği şeyi birbirinden özenle ayırmak gerektiği ve hukukî bakımdan sınırsız olan kurucu iktidarı sosyolojik anlamda, toplumda egemen olan temel siyasal değer ve inançlar, o anda mevcut olan siyasal güç dengesi gibi birçok faktörle sınırlı olduğunu söyleyebiliriz¹⁹.

Ancak kurucu iktidarı sınırlandıran tüm toplumlar için geçerli sosyolojik faktörlerin neler olduğunun önceden saptanması mümkün değildir. Çünkü her toplum tamamen kendine özgü koşullar altında doğar, gelişir ve hiçbir topluma asla birbirine tıpatıp benzemez²⁰. Bu nedenle, burada bu faktörlerin neler olduğunun incelenmesine girilmeyecektir. Zira, böyle bir inceleme, hem konumuzun sınırları dışında kalır, hem de bizi muh-

17. Kapani, s.65.

18. San, s.77.

19. Özbudun, s.120.

20. San, s.77.

temel hatalara sevk eder: Konumuzun dışında kalır; çünkü, böyle bir inceleme kuramsal çerçeveyi aşır örnek olay incelemesini gerektirir. Bizi muhtemel hatalara sevk eder; çünkü, örnek olayların derinlemesine tahlilini yapmadan, üstünkörü kanılar, çoğunlukla gerçekle uyuşmayacaktır^{21,22}.

Öte yandan, kurucu iktidarın *üstünlüğü* ile onun koyduğu kuralların (anayasanın) *etkinliği* birbirine karıştırılmamalıdır. Kurucu iktidarın hiçbir kuralla bağlı olmayan en üstün, sınırsız bir iktidar olduğunu söylemek başka şey, bu iktidarın koyduğu kuralların en büyük ölçüde etkin olduğunu söylemek başka şeydir. Kurucu iktidarın koyduğu kural normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer almakla birlikte koyduğu kural etkin olmayabilir. Kapani'nin belirttiği gibi, kurucu iktidarın -sırf kurucu iktidar olduğu için- koydukları kuralların büyük bir saygı ile karşılanacakları, toplumun bu kurallara büyük ölçüde itaat göstereceği söylenemez. Örneğin, "1920'lerde ABD'de içki yasağı kurucu iktidar tarafından anayasada yapılan bir değişiklikle, anayasa kuralı olarak konmuş olduğu halde yürürlükte kaldığı sürece en az itaat gören ve en çok ihlal edilen kurallardan biri olmuştur"²³.

21. Burada bu vesileyle not edelim ki, çalışmamızda oluşturulmaya çalışılan kuramsal çerçeveye çok sık örnek gösterilmemesinde bu tür bir kaygının payı vardır.

22. Kapani bu faktörleri biraz da olsa açmayı denemiştir. Kapani'ye göre, "demokratik değerleri benimsemiş, insan haklarına saygı, hukuka bağlılık, laik ve sosyal devlet gibi kavramları özümsemiş bir toplum için kurucu iktidar tarafından hazırlanan anayasa, eğer bu ilke ve değerlere yeterince yer vermemişse er veya geç toplum tarafından reddedilmeye mahkumdur" (Kapani, s.65-66). Yazar sonra şunları ekliyor: "Nitekim, Türkiye'de 12 Eylül döneminde yapılan 1982 Anayasası, yukarıda sözü edilen ilkeleri baştaki 'Genel Esaslar' bölümünde devletin temel nitelikleri olarak kabul etmekle beraber, daha sonraki bölümlerinde onlarla çelişen ve bağdaşmayan bir takım kısıtlamalar ve yasaklar getirdiği için dir ki, daha mürekkebi kurumadan tartışılmaya başlanmıştır" (Kapani, s.66).

23. Kapani, s.66.

Üçüncü Bölüm

ASLÎ KURUCU İKTİDARIN SAHİBİ

Aslî kurucu iktidarın kime ait olduğu konusunda birçok yazar değişik görüşler ileri sürmüştür. Örneğin, Burdeau'ya göre, aslî kurucu iktidarın sahibi ancak halk olabilir. Zira kurucu iktidar, hukuk fikrine bağlıdır; bu fikrin taşıyıcısı ise doğrudan doğruya *halktır*. Ancak bununla birlikte yazar, bu iktidarın bir bireyde, hukuk fikrini kendisinde somutlaştıran bir şefte de toplanabileceğini kabul etmektedir¹.

Ulus egemenliği ya da halk egemenliği teorisyenlerine göre, kurucu iktidarın sahibi de anlayışlarına göre ulus ya da halktır. Örneğin Sieyès, kurucu iktidarın sahibi olarak ulusu düşünmektedir. Yazara göre anayasalar ulusu bağlamaz; onlar ulusun ürünüdürler; *ulusun efendiliğine tâbi bulunurlar*². Sieyès şöyle diyordu: “Hangi bakımlardan ve hangi sebeple bir ulusun bizzat kendisini bir anayasa ile bağlayabileceği bize söylensin. Bir ulus, her şeyden önce vardır ve her şeyin kaynağıdır”^{3,4}.

1. Burdeau, *Droit*, s.78-79.

2. Emmanuel Sieyès, “Tiers Etat Nedir?”, Çev. Süheyye Derbil, AÜHFD, c.VIII, 1951, s.1-2, s.185; *Qu'est-ce que le Tiers état*, Edition critique avec une introduction et des notes par Roberto Zapperi, Librairie Droz, Genève, 1970, s.180; Carré de Malberg, c.II, s.521.

3. Derbil çevirisi, AÜHFD, c.VIII, S.1-2, s.184'ten düzeltilmiş alıntı; ayrıca bkz. Zapperi metni, s.180.

Şüphesiz, bir anlayışı temel alarak, o anlayışa göre, kendi içinde tutarlı sonuçlara ulaşabiliriz. Egemenlik kuramı yazarlarının görüşlerini de bu açıdan geçerli saymak gerekir. Örneğin, kurucu iktidar sahipliğinin, diğer bir deyişle anayasa yapma yetkisinin bir monarka verilmesinin ulus egemenliği ilkesine aykırı olduğu sonucuna mantıki bakımdan ulaşabiliriz. Ancak bu durumda kurucu iktidar sahipliğinin monarka verilmesinin ulus egemenliği kuramına aykırı olduğunu söyleyebilirsek de, bunun aynı zamanda hukuka aykırı olduğunu söyleyemeyiz⁵. Zira bir işlemin ulus egemenliği ilkesine aykırı olması onun hukuka aykırı olması anlamına gelmez. Çünkü anlayışımıza göre hukukîliği, ulusal egemenlik ilkesi değil, geçerlilik tanım-lamaktadır.

Eroğul'dan⁶, esinlenerek şu örnek üzerinde duralım: Var-sayalım ki, bir toplumda küçük bir aktivist grup kurucu iktidara el koysun. Halk egemenliği ilkesine bağlı kitleler de bu aktivist gruba karşı çıkarak kurucu iktidarı tekrar ele geçirsınler. Anla-yışımıza göre, aktivist grubun kurucu iktidara el koyması nasıl hukuk-dışıysa, bu gruba karşı çıkarak iktidarı tekrar ele geçiren kitlelerin hareketi de öyle hukuk-dışıdır. Zira, aktivist grubun faaliyeti de, halk egemenliği ilkesine sahip çıkan kitlelerin faa-liyeti de hukukun dışında cereyan eden siyasi faaliyetlerdir.

Kanımca, aslî kurucu iktidarın sahibi sorunu, aslî kurucu iktidarın hukukî niteliği konusunda benimsenen anlayışla sıkı bir bağlantı içindedir. O halde aslî kurucu iktidarın sahibinin kim olduğu sorununu aslî kurucu iktidarın hukukî niteliği konu-sunda benimsediğimiz anlayışa göre çözmek durumundayız. Hatırlanacağı üzere, bu iktidarın hukukî niteliğini incelediğimiz bölümde bu iktidarın hukuk-dışı olduğu sonucuna ulaşmıştık. Bu nedenle, aslî kurucu iktidar hukuk-dışı bir iktidar olduğuna

4. Egemenlik teorileri ile kurucu iktidar arasındaki bağlantı için bkz. Carré de Malberg, c.II, s.513-38; Burdeau, *Traité*, c.III, s.218-26.

5. Eroğul, s.28.

6. Eroğul, s.28.

göre, bu iktidarın sahibinin kim olduğu sorusu da hukuk-dışı bir soru olmak gerekir⁷. Diğer bir ifadeyle, aslî kurucu iktidarın sahibinin kim olduğu sorusu hukuken cevaplandırılabilir bir soru değildir. Öte yandan aslî kurucu iktidarın muhtemel sahiplerinden hangisinin hukuka uygun, hangisinin hukuka aykırı olduğu da bilinemez. Zira, hukuk-dışı bir iktidar olan aslî kurucu iktidarın, mahiyeti gereği hukuka aykırı olması mümkün değildir. O halde, aslî kurucu iktidarın bir monarka ya da bir millete ait olması arasında hukuken hiçbir fark yoktur. Aslî kurucu iktidarın bir monarka değil de millete ait olması onu daha hukukî hale getirmez⁸.

Sonuç olarak, aslî kurucu iktidarın sahibinin kim olduğu sorusunun hukuken cevaplandırılabilir bir soru olmadığını söyleyebiliriz.

7. Bkz. Eroğul, s.27.

8. Bkz. Eroğul, s.28.

Dördüncü Bölüm

ASLÎ KURUCU İKTİDARIN ORTAYA ÇIKIŞ HALLERİ

Birinci bölümde görüldüğü gibi, aslî kurucu iktidar, hukuk-dışı bir iktidardır. Diğer bir ifadeyle, bu iktidar, “*hukuk boşluğu*” (le vide juridique) ortamında belirir.

Aslî kurucu iktidarın ortamı hukuk boşluğu olduğuna göre, bu iktidarın ortaya çıkış halleri de mantık gereği hukuk boşluğu ortamında olması gerekir. O halde bu halleri saptamak için, hukuk boşluğu ortamının hangi hallerde ortaya çıktığını saptamak gerekir.

Kanımca iki tür hukuk boşluğu olabilir. Bir hukuk boşluğu ya *baştan itibaren vardır*; ya da *sonradan yaratılmıştır*.

Baştan itibaren mevcut hukuk boşluğu ortamında beliren aslî kurucu iktidar yepyeni bir devlet kurar. Aslî kurucu iktidarın yeni kurduğu devletten önce gelen bir devlet yoktur. Bu durumda aslî kurucu iktidar, yeni bir devlet kurmak için eski bir devleti yıkmamış, zaten mevcut olan hukuk boşluğundan yararlanmıştır. Bu halde aslî kurucu iktidarın yaptığı anayasa devletin ilk anayasasıdır.

Sonradan yaratılmış hukuk boşluğu ortamında beliren aslî kurucu iktidar ise yeni bir anayasa yapmak, yeni bir hukuk düzeni kurmak için, önce mevcut anayasayı ortadan kaldırarak bir hukuk boşluğu yaratır; sonra, bu hukuk boşluğunu yeni bir anayasa yaparak, yeni bir hukuk düzeni kurarak doldurur. Bu halde

yepyeni bir devlet kurulmamakta, mevcut *devletin kuruluşu yenilenmektedir* (le renouvellement de la fondation de l'Etat)¹. Bu durumda yapılan anayasa devletin ilk anayasası değildir.

Bu ayrıma paralel olarak aslî kurucu iktidarın iki türünden söz edebiliriz: Yeni bir devlet kuran aslî kurucu iktidar ve mevcut bir devletin kuruluşunu yenileyen aslî kurucu iktidar.

I. YENİ BİR DEVLET KURAN ASLÎ KURUCU İKTİDAR

Yukarıda da belirtildiği gibi, yeni bir devlet kuran aslî kurucu iktidar, baştan itibaren mevcut olan hukuk boşluğu ortamında belirmektedir. Bu durumda aslî kurucu iktidarın kaldırmak zorunda olduğu bir anayasa yoktur. Diğer bir ifadeyle aslî kurucu iktidar *yıkamaz*; sadece *yapar*. Böyle bir aslî kurucu iktidar, doğrudan doğruya yeni bir anayasa yaparak, yeni bir hukuk düzeni oluşturarak mevcut hukuk boşluğunu doldurur. Aslî kurucu iktidarın bu şekilde kurduğu devlet, daha önceden mevcut olmayan yepyeni bir devlettir. Yapılan anayasada kurulan devletin birinci anayasasıdır.

Kanımca, bu tür aslî kurucu iktidar şu beş halde ortaya çıkmaktadır.

A. AVRUPA'DA ORTAÇAĞ FEODALİTESİNDEN MUTLAK MONARŞİLERE GEÇİŞ

Genel kabul görmüş bir görüşe göre, modern anlamda devlet yeni bir kuruluştur; ancak, 15 ve 16'ncı yüzyıllar içinde ortaya çıkmıştır. Kapani'nin not ettiği gibi, "günümüzdeki anlamıyla milli devlet, ortaçağın sonlarında ve yeniçağın başlarında Avrupa Feodalitesinin çöküşü ve kilisenin siyasal nüfusunun kırılması ile birlikte doğmuştur. Milli devlet, dağınız ve çatışan

1. Terim Hauriou, Gicquel ve Gélard'den ödünç alınmıştır. Bkz. André Hauriou, Jean Gicquel ve Patrice Gélard, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Editions Montchrestien, Paris, 1975, s.316.

otoriteler arasında bölünmüş olan insanları ülke ve millet kavramları etrafında toplayan yeni bir kuruluştur”².

Bu halde devletler, genellikle, ulusun sosyal birliğini sağlamak, daha büyük boyutlarda bir toplum gerçekleştirmek için, siyasal iktidarı ele geçiren birey ya da birey grupları tarafından kurulmuşlardır³.

Feodalite sonrası Kara Avrupası’nın mutlak monarşilerinin kurulmasında, aslî kurucu iktidarın bu tür ortaya çıkış hali söz konusudur. İtalya’nın siyasal birliğini sağlaması bu halin güzel bir örneğidir.

B. SÖMÜRGELERİN BAĞIMSIZLIĞA KAVUŞMASI

Yüzyılımızda, yeni devletlerin kurulması daha çok sömürge ülkelerin bağımsızlığa kavuşması ile olmuştur⁴.

Sömürge ülkelerin bağımsızlığa kavuşmasının da iki şekli görülmüştür.

1. Sömürge olan ülke sömürgeci ülkeye karşı *bağımsızlık savaşı* yürütür. Savaş kazanıldıktan sonra, bağımsızlık mücadelesini yürüten liderler, önceden mevcut olmayan yepyeni bir devlet kurarlar ve ülkenin birinci anayasasını kaleme alırlar⁵. Hindistan, Birmanya ve Kuzey Afrika ülkelerinin⁶ kurulması bu yolla olmuştur. Keza, ABD’nin kurulması ve 1787 Anayasası’nın yapılması da böyle bir bağımsızlık mücadelesinin ürünüdür⁷.

2. Sömürge ülkelerin bağımsızlığa kavuşmalarının ikinci şekli, sömürgeci ülkenin söz konusu ülkeler üzerindeki *ayrıca-*

2. Kapani, s.40.

3. Hauriou, Gicquel ve Gélard, s.317.

4. Chantebout, s.32.

5. Hauriou, Gicquel ve Gélard, s.317; Chantebout, s.32.

6. Kuzey Afrika ülkelerinin kurtuluş mücadeleleri için bkz. Türkkaya Ataöv, *Afrika: Ulusal Kurtuluş Mücadeleleri*, AÜSBF Yayını, Ankara, 1975, s.29-195.

7. Tunaya, s.122; Teziç, s.149; Eroğul, s.22; Kubalı, s.97.

lıklarından vazgeçmeleridir. Bu durumda sömürgeci ülke, sömürgesinin bağımsızlığını tanır. Ona çoğunlukla kendi anayasasını bırakır. Özellikle İngiltere, bu yolu izlemiştir. Örneğin, Avusturya, Yeni Zelanda Anayasaları, Britanya yasalarından kaynaklanır. Kanada Anayasası da böyledir. Bu Anayasa, 1867'de geniş yerel danışmanlardan sonra, Britanya Kuzey Amerikası için Kanun (*Act pour l'Amerique du Nord Britannique*) adı altında Westminster Parlamentosu tarafından kabul edilmiştir⁸.

C. SAVAŞ

Önceden mevcut bir devlet olmaksızın yeni bir devletin kurulması, üçüncü olarak savaş sonrası durumlarda görülmektedir. Birinci Dünya Savaşı sonrasında Avrupa'da daha önceden mevcut olmayan birçok devlet kuruldu. Örneğin, Litvanya, Lehistan, Çekoslovakya ve Yugoslavya bu şekilde kurulmuştur.

D. BAĞIMSIZ DEVLETLERİN BİRLEŞMESİ

Bazı hallerde, birden çok bağımsız devletin kendi istekleriyle birleşip, yepyeni bir devlet kurdukları görülmektedir. Bu durumda, önceden mevcut olmayan yeni bir devlet, bir federasyon ya da konfederasyon olarak ortaya çıkar. Bu devletler genellikle sonradan nitelikli bir çoğunlukla kabul edilme kaydıyla bir anayasa tasarısını hazırlama görevini bir konvansiyona verirler. 1787 ABD Federal Anayasası ve 1848 Helvetya Federal Cumhuriyetinin ilk Anayasası böyle yapılmıştır⁹.

E. BİR DEVLETİN BİRDEN ÇOK BAĞIMSIZ DEVLETE AYRILMASI

Birden fazla bağımsız devletin birleşmesi halinin karşısında, bir devletin birden çok bağımsız devlete bölünmesi hali

8. Chantebout, s.32.

9. Chantebout, s.32.

vardır. Bu durumda, önceden mevcut olmayan yeni devletler kurulur.

II. MEVCUT DEVLETİN KURULUŞUNU YENİLEYEN ASLÎ KURUCU İKTİDAR

Bölümün başında da belirtildiği gibi, mevcut bir devletin kuruluşunu yenileyen aslî kurucu iktidar, doğrudan doğruya hukuk boşluğu ortamında belirmez. Bu durumda ortada bir *anayasa*, bir hukuk düzeni *vardır*. Devrim ya da savaş sonrası gibi bir durumda ortaya çıkan kurucu iktidar, önce siyasal rejimi yıkar; “*anayasayı ilga*” (abrogation de constitution) eder¹⁰; hukuk boşluğu yaratır. Diğer bir ifadeyle “*hukukun sıfır noktası*”¹¹na inilir. Sonra bu boşluk yeni bir anayasa yaparak doldurulur. Aslî kurucu iktidar, bu halde yepyeni bir devlet kurmaz; devletin kuruluşunu yeniler; siyasal rejimi değiştirir.

İlga, anayasanın tümünden yürürlükten kaldırılması demektir. İlga edilen anayasanın hiçbir hukukî değeri kalmaz. Ancak, yazarların çoğu, buna bir *istisna* getirilmesi gerektiğinde birleşmektedirler. Biz biliyoruz ki, olağan yasaların yürürlüğü devrimlerden etkilenmez. Bir olağan yasa, devrimden sonra bir başka olağan yasa ile, açık ya da kapalı bir şekilde ilga edilmedikçe yürürlükte kalır. Yine biz biliyoruz ki, yazılı anayasalar, aslında, devletin ya da hükümetin biçimine ilişkin olmayan birçok hüküm de içerir. Örneğin, anayasalarda yer alan idare ve ceza hukuku ilkelerinin anayasanın kurduğu devlet biçimi ile doğrudan ve zorunlu bir ilgileri yoktur. Anayasanın bu hükümleri, olağan yasalar gibi devrimlerden etkilenmezler. Diğer bir anlatımla bu hükümler, devrimden sonra açık ya da kapalı bir

10. “Anayasanın ilgası” konusunda bkz. Prelot, s.180; Esmein, c.I, s.620; Julien Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Editions Domat Montchrestien, Paris, 1947, s.301; Georges Liet-Veaux, *Droit constitutionnel*, Editions Rousseau, Paris, 1949, s.169.

11. Terim için bkz. Bakır Çağlar, *Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı*, BFS Yayını, İstanbul, 1989, s.85.

şekilde *ilga edilmedikçe* yürürlükte kalırlar. Ancak devrimle birlikte bu hükümler, anayasal değerlerini yitirirler; olağan bir yasa hükmü haline dönüşürler. Yani, bunlar için artık “anayasanın üstünlüğü” ilkesi geçerli değildir. Olağan yasa koyucu bu hükümleri istediği gibi değiştirebilir. Özetle devrim bu hükümleri *ilga etmemiş*, ama bu hükümleri *anayasa hükmü olmaktan çıkarmış*, teknik terimi ile *anayasasızlaştırmıştır*. İşte buna, “devrimlerin etkisiyle anayasasızlaştırma” (la déconstitutionnalisation par l’effet des révolutions) denmektedir¹².

Örneğin Fransa’da VIII’inci yıl (1799) Anayasasının, memurların görevleri ile ilgili olarak vermiş oldukları zararlardan yargılanabilecekleri hükmü, bu anayasanın yürürlükten kaldırılmasına ve araya birçok rejimin girmesine rağmen, 1870 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır. Bu hükümle ilgili olarak Fransız Yargıtayı, 1821 yılında bu hükmün siyasi düzenle ilgili olmadığına, tamamen idari nitelikte olduğuna ve bu nedenle de her hangi bir kanun gibi yürürlükte olduğuna karar vermiştir¹³.

Devrimlerin etkisiyle anayasasızlaştırmaya bizden de güzel bir örnek verilebilir: 12 Eylül Müdahalesinden sonra, Milli Güvenlik Konseyince kabul edilen 27 Ekim 1980 tarih ve 2324 sayılı “Anayasa Düzeni Hakkında Kanun”, 1961 Anayasasının TBMM ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri, Milli Güvenlik Konseyi ve Devlet Başkanına devrediyordu (m.2). Diğer yandan Anayasanın üstünlüğüne son vererek (m.3). Konseyce kabul edilerek yayınlanan ve yayımlanacak olan kanunların, Anayasa

12. Esmein, c.I, s.620-21; Laferrière, s.303-305; Prelot, s.180-81; Liet-Veaux, s.169; Teziç, s.150.

13. *Cour de Cassation*, 30 nov. 1821, s.VI, 527’den naklen Laferrière, s.305; Teziç, s.150, Başka örnekler için bkz. Liet-Veaux, s.169; Esmein, c.I, s.620.

hükümlerine uymayanların Anayasayı değiştirmiş olarak yürürlüğe girmiş sayılacağı öngörülüyordu¹⁴.

Mevcut bir devletin kuruluşunu yenileyen, diğer bir deyişle anayasayı ilga eden ya da anayasasızlaştıran aslî kurucu iktidar şu hallerde ortaya çıkar.

A. DEVRİM YA DA HÜKÜMET DARBESİ

Bu durumda ülkenin mevcut siyasal rejimi, bir devrim ya da hükümet darbesi sonucu yıkılır. Eski rejimi yıkarak siyasal iktidarı ele geçiren ihtilalciler, darbeciler, yeni bir anayasa hazırlayarak devletin siyasal yapısını değiştirirler; kuruluşunu yenilerler¹⁵. Dikkat edilmeli ki, bu durumda önceden mevcut olmayan yepyeni bir devlet kurulmamakta, zaten mevcut olan devletin siyasal yapısı değiştirilmektedir¹⁶.

1789 Fransız, 1917 Rus ihtilalleri buna örnektir. 1961 ve 1982 Anayasaları da böyle bir durumun ürünüdürler.

B. SAVAŞ

Mevcut bir devletin kuruluşunun yenilenmesine savaş sonrası durumlarda da rastlanmaktadır. Bu halde, ülkedeki işgalci güçler yürütülen bir kurtuluş savaşı sonucunda ülkeden kovula-

14. Teziç, s.150. Kanunun metni için bkz. Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İÜHF Yayını, İstanbul, 1982, s.375-76.

15. Chantebout, s.32; Pactet, s.70.

16. Uluslararası kamu hukuku teorisyenleri siyasal rejimlerin yıkılmasıyla yeni devletlerin ortaya çıktığını pratik nedenlerle pek kabul etmiyorlar. Eğer bir devrim ya da bir hükümet darbesi sonucunda, bir devlet yok olursa, yok olan bu devletle sözleşme yapan devletlerin çıkarları ağır ve haksız bir şekilde tehlikeye uğrar. Bu nedenle uluslararası kamu hukuku yazarlarına göre, “bir devlet hiçbir zaman ortadan kalkmaz”. Gerçekten de, bir devrim sonrasında, eski devletin uluslararası yükümlülükleri ancak bu tip bir formülle çözümlenebilir (Chantebout, s.31-32). Ayrıca bkz. Yavuz Abadan, *İnkılap Tarihine Giriş*, Ajans-Türk Yayınları, Ankara, 1962, s.20-22.

rak yeni bir anayasa yapılmakta, devletin kuruluşu yenilenmektedir. Örneğin, İkinci Dünya Savaşı sırasında ülkeleri Almanlar tarafından işgal edilen birçok Avrupa ülkesinin kurtuluştan sonra yeni anayasa yaptıkları görülmüştür.

Bu hale Türkiye'yi de örnek gösterebiliriz. Birinci Dünya Savaşı sonrasında ülkesi işgal edilen Türkiye, işgalci güçlere karşı yürüttüğü Kurtuluş Savaşında başarıya ulaştıktan sonra, yeni bir anayasa ile kuruluşunu tümenden yenilemiş ve monarşiden cumhuriyete geçmiştir.

Ayrıca belirtelim ki, bir *devletin* bir savaştan sonra geçici bir süreyle ortadan kaybolup sonra tekrar belirmesi, deyim yerindeyse, *öldükten sonra dirilmesi* (résurrection de l'Etat) mümkündür. Örneğin İkinci Dünya Savaşı sonunda kısa bir süre ortadan kaybolan Almanya 23 Mayıs 1949 Anayasasıyla tekrar belirmiştir¹⁷.

Son olarak, aslî kurucu iktidarın yukarıda açıklanmaya çalışılan ortaya çıkış hallerinin saf tipler olmadığını not edelim. Mevcut tarihsel örnekler, bu tiplerden yalnızca birine değil, bir kaçına birden girebilir. Örneğin 1787 Amerikan örneği, hem bağımsızlık savaşı sonrası hale, hem de birden fazla bağımsız devleti birleşmesi haline örnek gösterilebilir. Keza, Türkiye örneğinde de hem bir bağımsızlık savaşı sonrası durum, hem de bir devrim sonrası durum vardır. Zira, ülkedeki işgalci güçlerin kovulmasıyla yetinilmemiş, devletin siyasal kuruluşu da tümenden yenilenmiş, eski devletin ideolojisi ile bağdaşmayacak bir siyasal rejim kurulmuştur.

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz: Aslî kurucu iktidar olayları hangi hale girerse girsin, hepsinde ortak özellik, önce, bir hukuk boşluğunun söz konusu olması; sonra, bu boşluğun yeni bir anayasa yapılarak doldurulmuş olmasıdır.

17. Pactet, s.70.

Beşinci Bölüm

ASLÎ KURUCU İKTİDARIN BİÇİMLERİ: ANAYASA YAPMA USÛLLERİ

Aslî kurucu iktidarın biçimleri nelerdir? Diğer bir deyişle, aslî kurucu iktidarın uyacağı usûller, yöntemler, teknikler var mıdır? Varsa, bunlar nelerdir? Bu bölümde bu soruların cevaplarını araştıracağız.

Herhangi bir Türk ya da Fransız anayasa hukuku manueline bakılırsa, anayasa yapma usûlleri hakkında yeterli bilgi bulunabilir. Hatta diyebiliriz ki, aslî kurucu iktidar konusunun en çok işlenme şansına ulaşmış kısmı, bu iktidarın biçimleri, yani anayasa yapma usûlleridir. Tüm anayasa hukuku kitapları, anayasa yapma usûllerini birbirine benzer şekilde saptamışlar; aşağı yukarı aynı açılım içinde incelemişlerdir. Bu gözlem bizi kolaylıkla aslî kurucu iktidarın biçimlerinin saptanabileceği kanısına götürebilir.

Ancak, böyle bir kanı yanlışır. Her ne kadar böyle bir ayırım yapılması gelenekselleşmişse de, çalışmamızın başında benimsemiş olduğumuz hipotez gereği, bu iktidarın biçimlerinin saptanabileceğini kabul etmemiz mümkün değildir. Zira, hatırlanacağı üzere çalışmamızda hipotez olarak, aslî kurucu iktidarın hukuk-dışı bir iktidar olduğu varsayımını kabul etmiştik. Keza yukarıdaki bölümlerde de karşılaştığımız sorunları, bu hipotezi esas alarak çözmüştük. Burada da aynı yolu izleyebiliriz: Aslî kurucu iktidar, hukuk-dışı bir iktidar olduğuna göre, bu

iktidarın bürüneceği biçim, hukuk-dışı bir biçim; izleyeceği usûl de hukuk-dışı bir usûl olacaktır.

O halde aslî kurucu iktidarın anayasa yaparken uyacağı usûlün hukuken belirlenemeyeceğini söyleyebiliriz¹.

Bununla birlikte, aslî kurucu iktidarların şimdiye kadar kullandıkları usûlleri saptayıp, bunları bir tasnif noktası açısından sınıflandırmaya tabi tutabiliriz. İşte aşağıda böyle bir sınıflandırma yapılmaya çalışılacaktır. Ancak unutulmamalıdır ki, aşağıda incelenecek olan usûllerle aslî kurucu iktidar bağlı değildir; bu usûllerden birini kullanabileceği gibi, bir kaçının bir karmasını da kullanabilir veya ya şimdiye kadar görülmemiş yeni bir usûle de başvurabilir.

I. USÛLLERİN AÇIKLANMASI

Anayasayı, hangi organın, hangi usûlle yapacağı sorusunun cevabı; egemenliğin kimde olduğu sorusunun cevabına göre değişir. Zira, egemenlik kimde ise, anayasayı yapacak olan da odur. Egemenlik hükümdardaysa anayasa, hükümdarın bahsettiği bir *ferman*, hükümdar ile parlamento arasında bölüşülmüşse bunların anlaşmasını yansıtan bir *misak* şeklinde olacaktır². Bunlar anayasa yapmanın *monokratik usûlleridir*. Anayasa yapmanın bir de *demokratik usûlleri* vardır. Zira demokrasilerde

-
1. Bu sonucu kurucu iktidarın isim babalığını yapmış olan Sieyès de değişik bir temelde teyid etmektedir. Yazar, aslî kurucu iktidarın belli bir biçiminin olmadığı sonucuna, bu iktidarın sahibi konusunda benimsemiş olduğu anlayıştan hareketle varmaktadır. Sieyès'e göre, aslî kurucu iktidarın sahibi ulustur. Ulus ise, hiçbir şekle bağlı değildir.

Sieyès, "Qu'est-ce que le Tiers état" adlı broşürünün beşinci bölümünde şöyle yazıyordu: "Ulus, önceden belirlenmiş *hiçbir şekille bağlı olmaksızın*, kurucu iktidarını istediği gibi kullanabilir... Ulusların iradeleri hürdür ve hiçbir medenî şekle bağlı değildir.... Bir ulus hangi tarzda irade ederse etsin, irade etmesi kafidir. "*İradesinin bütün şekilleri geçerlidir*" (abç) (Derbil çevirisi, *AÜHFD*, c.VIII, S.1-2, s.186. Ayrıca bkz. Zapperi metni, s.183).

2. Bülent Nuri Esen, *Anayasa Hukuku: Genel Esaslar*, Ankara, 1970, s.48; A. Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, S Yayınları, Ankara, 1986, s.7.

egemenlik bir kişiye değil halka ya da ulusa aittir. Egemenlik ulusa aitse anayasa *kurucu meclis*, halka aitse *kurucu referandum* usûlüyle yapılacaktır.

A. MONOKRATİK USÛLLER

Monokratik usûller, hükümdarın en üstün güç sayıldığı ülkelerde ve dönemlerde uygulanmıştır. Bu durumda, aslî kurucu iktidar, ya yalnız hükümdara aittir; ya da hükümdar iktidarını meclisler ile paylaşmıştır. Birinci durumda *fermandan*, ikinci durumda ise *misaktan* bahsedilir³.

1. Ferman

Ferman (*octroi*) biçimindeki anayasalar, hükümdarın tek taraflı iradesinin ürünüdür. Hükümdar tebaasına bir anayasa vermeye karar verinceye kadar tam anlamıyla mutlak ve sınırsız bir iktidara sahiptir. Bu durumda bulunan hükümdar, tek başına ve kendi isteğiyle, kendi iktidarını sınırlayan ve düzenleyen bir belge yayımlar. Böylece hükümdar, şimdiye kadar kendi malı saydığı devleti kurumsallaştırmak yolunda önemli bir adım atmış olur⁴.

Mutlak monarşilerde hükümdar, diğer yasalarda olduğu gibi, halkına bir anayasa da bahşedebilir⁵. Ancak bu durumda halkın bütün katılımı dışlanır⁶. Özetle ferman, hükümdarın *tek taraflı bir işlemi, bir ihsanı, bir lütfudur*⁷. Fransızca karşılığı olan “octroi” kelimesi, fermanın bu özelliğini çok iyi anlatmak-

3. Laferrière, s.274.

4. Laferrière, s.275; Prelot, s.203; Celier, s.275; Teziç, s.151; Tunaya, s.127; A. de Lapradelle, *Cours de droit constitutionnel*, A. Pedone, Paris, 1912, s.101. İlhan Arsel, *Anayasa Hukuku (Demokrasi)*, İstanbul, 1968, s.237.

5. Lapradelle, s.101.

6. Pactet, s.70.

7. Chantebout, s.33.

tadır. Söz konusu kelime “vermek, bahşetmek, ihsan etmek, lütfetmek” anlamına gelen⁸ “octroyer” fiilinden gelmektedir.

Fermanın bu özelliği, ferman şeklindeki anayasalarda da çarpıcı bir şekilde vurgulanmıştır. Örneğin, Fransa’da 1814 *Charte* (hatt) ının “Başlangıç”ında, XVIII. Louis alçak gönüllü bir yücelikle şöyle diyordu: “*Biz kendi isteğimizle ve krallık otoritemizin serbest kullanımı ile, bizim için olduğu kadar haleflerimiz için de, her zaman, bu Anayasayı tebaamıza bahşediyor; ihsan ediyor, devir ve ferağ ediyoruz*”⁹. Fermanın bu özelliği 1931 Etiyopya Anayasası’nda da çok güzel dile getirilmiştir. İmparator Anayasa’da şöyle diyordu: “*Hiç kimse bizden istemeden, kendi iyi niyetimizle bu Anayasayı bahşediyoruz*”¹⁰.

Bu cümlelerden, bir ifade tatlılığı bir yüce gönüllülük sezilmektedir. Gerçekte ise bunun tersi söz konusudur. Hükümdar tebaasına bir anayasa bahşederken, anayasada ifade ettiğinin aksine hiç de memnun değildir; zira, hükümdarın kendi iradesini sınırlaması, bir anayasa bahşetmesi, durup dururken olmamıştır. Herhangi bir zamanda değil de belirli bir dönemde hükümdarların anayasa bahşetmeleri siyasal konjonktürün sonucudur. Kısaca, *sosyolojik anlamda* birçok siyasal ve sosyal etken, hükümdarı bir anayasa bahşetmeye zorlamıştır. Fakat, *hukukî anlamda* anayasa, münhasıran hükümdarın iradesinin ürünüdür¹¹.

Ferman tipi anayasaların yukarıda bahsedilen Fransız 1814 *Charte*’ı ve 1931 Etiyopya Anayasası dışında daha birçok örneği vardır. Örnek olayların incelenmesi konumuzun dışında kalmakla birlikte, hemen bir kaç örneği zikrederim: 1848 İtalyan

8. Tahsin Saraç, *Fransızca-Türkçe Büyük Sözlük*, Türk Dil Kurumu Yayını, Ankar, 1976, c.II.

9. Nakledenler: Burdeau, Droit, s.81; Chantebout, s.33; Laferrière, s.275; Lapradelle, s.101; Pactet, s.70; Claude Leclercq, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, libraires techniques, Paris, 1981, s.87.

10. Aktaran: Laferrière, s.275.

11. Burdeau, Droit, s.81.

Anayasası, 1889 Japon Anayasası, 1911 Monoko Anayasası¹²; biz de 1876 Kanunu Esasisi ferman usûlü anayasaya örnek gösterilebilir¹³.

Ferman usûlü anayasa, tarihsel olarak, mutlak monarşilerden sınırlı monarşilere geçişi ifade eder¹⁴. Böylece, hükümdarın kendi iradesiyle az çok demokratik ve liberal bir anayasa kabul edilir. Avrupa’da XIX’uncu yüzyılda birçok liberal rejim bu usûlle kurulmuştur¹⁵.

Ferman şeklindeki anayasalar dini hukuka da uygundur. Providansiyel doktrine göre, hükümdarlar tebaalarına iyi niyetlerinin bir ifadesi olarak, kanun bahşedebileceği gibi bir anayasa da bahşedebilir¹⁶.

Ne var ki, bu usûlle anayasa yapmanın “küçük” bir kusuru vardır: Gerçekte halka *ait olan* hakların, onlara *bahşedilmesi* yurttaşların saygınlığını lekeler¹⁷.

Son olarak fermanla ilgili bir sorunu tartışmamız gerekiyor: O da *fermanın bağlayıcılığı* sorunudur. Acaba, hükümdarın tek taraflı iradesinin ürünü olan ferman, hükümdarı ne derece bağlar? Hükümdar, istediğinde fermandan dönebilir mi?

Restorasyon döneminde savunulan müfrit bir teze göre, ferman hükümdarı bağlar. Tebaasına bir anayasa bahşeden hükümdar bundan vazgeçmekte serbest değildir. Ferman tek taraflı bir taahhüt olsa da, taahhüt edenin iradesini bağlamaya yeterlidir. Eğer, hükümdarın sözlerinin bağlayıcılığı yoksa, böyle bir ferman, “anayasa” isminin alçaltılmasından başka bir şey değildir¹⁸. Bu görüşte olanlar tezlerini desteklemek için 1814 *Charte*’ından -yukarıda bizim de aldığımız- şu alıntıyı nakletmektedirler: “Biz kendi *isteğimizle* ve krallık otoritemizin ser-

12. Laferrière, s.275.

13. Tunaya, s.127.

14. Laferrière, s.275.

15. Cadart, c.I, s.118.

16. Liet-Veaux, s.142.

17. Lapradelle, s.102.

18. Lapradelle, s.102.

best kullanımıyla, bizim için olduğu kadar haleflerimiz için de, *her zaman* (abç), bu Anayasayı tebaamıza bahşediyor...”. Onlara göre, açıkça görüldüğü gibi, hükümdar “*her zaman*” bağlı kalacağını taahhüt etmektedir¹⁹.

Kanımca bir kere bu, tüm fermanlar için genelleştirilemeyecek bir örnekten ibarettir. Sonra, bu örnek dahi lafzî bir yoruma dayanmaktadır; özü değerlendirmekten uzaktır. Kaldı ki, bu cümleden gramatikal yorumla da bir şey çıkarılamaz. Laferrière’in belirttiği gibi, cümlede “*her zaman*” dense de aynı cümlede bir de “*isteyerek*” denmektedir. “*Her zaman*” ile “*isteyerek*” kelimeleri arasında çelişki vardır²⁰.

Benim de doğruluğuna katıldığım ikinci bir görüşe göre ise, hükümdarın fermanla bağlı olduğu tezi kabul edilemez. Hukukî olarak, tek taraflı bir taahhüt, geri alınmadıkça, yalnızca taahhüt edeni bağlar. Zira, hukukun genel ilke göre, bir işlemi yapan kişi, onu değiştirmeye ve geri kalmaya da ehildir²¹.

Bir hükümdarın anayasaya saygılı olacağını ilan etmesi, diğer bir ifadeyle kendi iktidarını sınırlaması ve düzenlemesi şüphesiz iyi bir şeydir. Ancak kendi iktidarını kendisi sınırlayan hükümdar, bu sınırı yine kendisi değiştirebilir. Diğer yandan hükümdar, buna zorunlu da olabilir: Kriz zamanlarında hükümdarlar, iradelerini işletebilmek için çoğunlukla anayasaya bağlı kalmamaya zorlanırlar. Keza, X’uncu Charles, hükümdarın bir fermanla halkın nankörlüğü yüzünden cayabileceğini ileri sürüyordu. Bu hukukî motifin Fransa’da 1830 Ordonansını haklı çıkarmak için kullanıldığını belirterek açıklamalarımıza son verelim²².

19. Aktaran: Laferrière, s.275.

20. Laferrière, s.275.

21. Laferrière, s.275.

22. Lapradelle, s.102; Laferrière, s.275.

2. Misak

Misak (sözleşme, *pacte*) usûlünde, ferman usûlünün aksine, hükümdarın iradesinin karşısında ona kendisini kabul ettirebilen bir temsili organ ya da meclis vardır. Kısaca artık, monarkın iradesine eklenen bir başka irade söz konusudur²³. Burada, hükümdarla onun karşısında olanlar arasında bir *uzlaşma*, bir *işbirliği* vardır. Bu nedenle misak, hükümdarın tek yanlı bir işlemi değil, iki yanlı bir işlemidir. Özetle, misak hükümdar ile karşındakiler arasında yapılan bir *anlaşma*, bir *sözleşme*, bir *akittir*²⁴.

Bu *sözleşmenin taraflarından birinin hükümdar olduğu* açıktır. Ancak, *karşı tarafın* kim olduğu kesin olarak belirlenemez. Karşı taraf tarihte görüldüğü gibi çoğunlukla feodal beylerdir. Halkın da devrimler sonrasında, meclisler aracılığıyla taraf olduğu görülmüştür. Zaten, hükümdarın karşısında beylelerin bulunması da zamanla aynı sonuca yol açmıştır. Yani hükümdardan alınan imtiyazlar, zamanla, tüm ülke halkına yayılmıştır. Ancak Tunaya'nın not ettiği gibi, bu genel bir kural değildir²⁵.

Sözleşmede *tarafların güçleri* hemen hemen birbirine eşittir. Anayasa yapılması ortak bir işittir. Ancak, bazı üstünlükler, hâlâ krala aittir. Bununla beraber, tahtın boş bulunması halinde, tahtı doldurma iktidarı da parlamentoya aittir. Parlamento da ancak kendi şartlarını kabul eden bir egemeni tahta çıkarır²⁶. Diğer bir anlatımla, parlamento kralı, egemen olarak tanımak için, ona kendi koşullarını dikte eder²⁷.

23. Teziç, s.121-22.

24. Burdeau, s.81; Cadart, c.I, s.122; Lapradelle, s.103; Laferrière, s.276; Liet-Veaux, s.143; Prélôt, s.203; Vedel, s.114; M. de Laubadère, *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, Les cours de droit, Paris, 1955-56, s.111.

25. Tunaya, s.127.

26. Laferrière, s.276.

27. Burdeau, *Droit*, s.81; Laubadère, s.111.

Bu noktadan hareketle, hükümdarla karşısındakiler arasında yapılan *sözleşmenin konusunu* da ortaya çıkarabiliriz. Sözleşmenin konusu kısaca şudur: Hükümdar bir takım hak ve yetkilerinden vazgeçmekte, karşısındakiler de kendisine itaat vaad etmektedirler²⁸. Böylece hükümdar tahtını sağlamlaştıırken karşısındakiler de kendilerini güvence altına almaktadırlar.

Misak, tarihsel açıdan bir geçiş usûlüdür: Monarşi zayıflamış; ulusun gücü ise artmaya başlamıştır; ancak, gelişme bütünüyle de tamamlanmamıştır²⁹. Misak usûlü Cadart'ın not ettiği gibi, liberal ve demokrasiye yaklaşan bir *nitelik* taşır: *Liberaldir*; çünkü, meclis ile hükümdar arasında yapılan işbirliği gerçek bir diyalogun oluşmasını sağlar. Neticede bu usûlle büyük ölçüde liberal bir sistem kurulur. *Demokrasiye yaklaşır*; çünkü, hükümdarın halkın temsilcisi olan parlamentoyla zorunlu olarak uzlaşmasını gerektirir. bu uzlaşma sonucu itibarıyla, pekala demokratik bir sisteme yol açabilir³⁰. Özetle, misak usûlünün, monarşileri liberalleştiren ve demokratikleştiren bir usûl olduğunu söyleyebiliriz.

Hükümdar ile parlamento arasında bir uzlaşmayı yansıtan bu teknik, XIX'uncu yüzyılda Avrupa'da özellikle, Merkezi ve Doğu Avrupa'da yer alan birçok devlette, bir yandan devleti modernleştirmek, diğer yandan kendi tahtını sağlamlaştırmak isteyen hükümdarlar tarafından bol bol kullanılmıştır. Örneğin, 1850 Prusya Anayasası böyledir³¹.

Bu usûle, başkaca İngiltere'den 1215 *Magna Carta Libertatum* ve 1689 *Bill of Rights*; Fransa'dan 1830 *Charte*'i³² ve bizden 1808 tarihli Sened-i İttifak örnek gösterilebilir³³.

Son olarak belirtelim ki, misak, fermanın aksine, bağlayıcıdır. Fermanan hükümdar istediği zaman dönebilirken, misak-

28. Tunaya, s.128.

29. Laferrière, s.276.

30. Cadart, c.I, s.122.

31. Cadart, c.I, s.122.

32. Laferrière, s.276.

33. Tunaya, s.127.

tan dönemez. Zira sözleşmenin mahiyeti gereği, sözleşmeden ancak sözleşenlerin ortak rızası ile dönülebilir³⁴.

B. DEMOKRATİK USÛLLER

Demokrasilerde kurucu iktidar, artık, kaynağını bir kişinin iradesinden alamaz. Demokratik bir sistemde kurucu iktidar, ancak *ulusa* ya da *halka* ait olabilir³⁵. O halde demokratik sistemlerde anayasayı, hangi organın, hangi usûlle hazırlayacağı sorusunun, *milli egemenlik* ve *halk egemenliği* anlayışlarına bağlı iki değişik cevabı olabilir.

1. Bilindiği gibi, *milli egemenlik teorisine* göre, egemenlik millete aittir. Millet ise, kendisini oluşturan bireylerden ayrı bir hukukî kişiliktir³⁶. Egemenliğin sahibi “*millet*” olduğuna göre, yurttaşlar egemenliğin kendileri tarafından kullanılması gerektiğini ileri süremezler³⁷. Başka bir anlatımla, “fizik varlığı olmayan milletin, kendi adına konuşacak sözcülere, *temsilcilere* ihtiyacı vardır”³⁸. Böylece milli egemenlik teorisi, zorunlu olarak *temsili sisteme* yol açmıştır³⁹. Bu teoriye göre, temsili sistem, olağan yasaların yapılmasında olduğu gibi, anayasaların yapılmasında da uygulanmalıdır. Temsili sistemin anayasaların yapılmasına uygulanması ise “*kurucu meclis*” usûlünü ortaya çıkarmıştır.

2. *Halk egemenliği teorisine* göre ise, egemenlik halka aittir. Halk, “somut olarak belli bir zamanda milli topluluğu meydana getiren vatandaşlar kitlesi”dir⁴⁰. O halde anayasa yapma yetkisi de halka, yani “vatandaşlar kitlesi”ne ait olmalıdır. Peki

34. Vedel, s.114.

35. Laubadère, s.112; Burdeau, *Droit*, s.81; Chantebout, s.33; Laferrière, s.277; Leclercq, s.87; Prelot, s.201.

36. Vedel, s.130.

37. Teziç, s.190.

38. Kapani, s.74.

39. Kapani, s.74.

40. Kapani, s.73.

ama, halk anayasayı nasıl yapacak; bu yetkiyi nasıl kullanacaktır? Bu soruya cevap vermeden önce, halk egemenliği teorisini biraz daha yakından tanıyalım.

Halk egemenliği teorisi, *Rousseau*'nun “*sosyal sözleşme*” doktrinine ve özellikle orada savunduğu “*egemenliğin devredilmezliği*” kuramına dayandırılmaktadır. *Rousseau*'ya göre, egemenlik halktadır ve başkasına da devredilemez. Ayrıca, halkın iradesi temsil de edilemez. “Milletvekilleri, milletin temsilcisi değildirler ve olamazlar. Olsa olsa geçici işlerinin görevlileri olabilirler; hiçbir kesin karara da varamazlar. *Halkın onanmadığı hiçbir yasa geçerli değildir, yasa sayılmaz* (abç)”⁴¹. Görüldüğü gibi, halkın egemenliği teorisi, temsili sistemi reddeder; onun yerine “*doğrudan demokrasi*” ya da hiç olmazsa “*yarı-doğrudan doğruya demokrasi*” sistemini benimser⁴²,

Şimdi yukarıdaki soruyu cevaplandırmaya geçebiliriz. Halk anayasayı doğrudan demokrasi ya da yarı-doğrudan doğruya demokrasi yöntemleriyle yapacaktır. Günümüzde, tüm ülkenin halkını bir meydana toplamak, fiziksel olarak mümkün olmadığından, artık doğrudan demokrasi yöntemiyle anayasa yapmak olanaksızdır⁴³. O halde geriye, yarı-doğrudan doğruya demokrasi teknikleri kalmaktadır. Bu teknikler ise temelde halkoylamalarıdır.

Sonuç olarak, halk egemenliği teorisine göre, anayasanın “halkoylaması” yoluyla kabul edilmesi gerektiğini söyleyebiliriz. Halkoylaması ile anayasanın kabulüne ise, “*kurucu referandum*” usûlü denmektedir.

Ayrıca belirtelim ki, anayasa yapmanın bu iki ayrı demokratik usûlü, iki ayrı anayasa anlayışına tekabül eder: Yukarıda açıklandığı gibi, halk egemenliği anlayışı *Rousseau*'nun sosyal sözleşme doktrininin kaynaklanmıştır. Bu doktrine göre ise

41. *Rousseau Toplum Sözleşmesi* iii. 15 (Çev. Günyol, s.109).

42. Bkz. Kapani, s.74.

43. Bkz. Prelot, s.202.

anayasa, bireyler arasında yapılan sosyal sözleşmenin bir *kopyasından*, bir *tekrarından* başka bir şey değildir⁴⁴.

Milli egemenlik teorisine göre ise *anayasa*, bir sözleşme niteliğinde değil, milletin tek taraflı iradesinin ifadesi olan bir *temel kanun* niteliğindedir.

Böylece anayasanın iki ayrı tipi, temellendirilmiş olmaktadır: Sosyal sözleşme tipi anayasa ve temel kanun tipi anayasa.

Bu açıklamalarımızı şöyle şemalaştırabiliriz:

1. Milli Egemenlik Teorisi → Temsili Sistem → Kurucu Meclis Usûlü → Temel Kanun Tipi Anayasa
2. Halk Egemenliği Teorisi → Yarı-Doğrudan Doğruya Demokrasi Sistemi → Kurucu Referandum Usûlü → Sosyal Sözleşme Tipi Anayasa

1. Kurucu Meclis

Yukarıda belirttiğimiz gibi, kurucu meclis, teorik olarak, milli egemenlik ilkesine dayanır; ve temsili demokrasi ilkesinin anayasaların hazırlanmasına uygulanması anlamına gelir.

Konvansiyon ya da kurucu meclis (*assemblée constituante*), anayasayı yapmak için halk tarafından seçilmiş özel bir meclis demektir⁴⁵.

“*Convention*” kelimesi ve kurumu Amerikan kökenlidir. Birleşik Devletlerin anayasa dilinde “*convention*”, kurucu iktidarı kullanmak için seçilen özel bir meclis demektir. Amerika’da 1776’dan başlayarak ayaklanan kolonilerin çoğu, kendi anayasalarını konvansiyon usûlü ile yaptılar; ve nihayet 1787 tarihli Federal Anayasa, Filadelfiya Konvansiyonunun ürünüdür⁴⁶.

44. Laubadère, s.112; Kubalı, s.97.

45. Burdeau, *Droit*, s.81; Chantebout, s.33; Laferrière, s.277; Leclercq, s.87; Vedel, s.115.

46. Laferrière, s.277; Burdeau, *Traité*, c.III, s.226; *Droit*, s.81; Liet-Veaux, s.144.

Fransız devriminden sonra, konvansiyon usûlü Fransa'ya geçmiştir. Yalnızca, “convention” kelimesi yerine “*assemblée constituante*” kelimesi kullanılarak. Fransa'da 1791, 1848 ve 1875 Anayasaları bu usûlle yapılmıştır⁴⁷.

Kurucu meclisler, genel olarak, kendi usûllerini kendileri belirler. Zira, hipotez olarak, aslî kurucu iktidarı kullanan bu meclisler, kendilerinden önce var olan hiçbir normla bağlı değildirler⁴⁸.

Görevleri bakımından kurucu meclislerin iki tipi vardır: Fransız ve Amerikan tipi. *Fransız tipi kurucu meclislerin* çifte görevi vardır. Bu tip kurucu meclisler; anayasanın hazırlanması ve kabulüyle yetinmezler; aynı zamanda, olağan yasama organının rolünü de üstlenirler. Bir yandan anayasa hazırlarken, diğer yandan hükümeti denetlemek, yasa yapmak gibi bir parlamentonun olağan yasama işlerini de yürütürler⁴⁹. Hatta, Vedel'in dediği gibi, devrim sonrasında bir anayasa yapmak için seçilmiş bulunan bu meclis, devletin tüm iktidarlarını (kurulmuş iktidarlar dahil) elinde bulundurur; sadece kurucu iktidara değil, yasama ve yürütme iktidarına da sahiptir⁵⁰. Bu tip kurucu meclislerin ikinci işlerinin asıl işleri olan anayasa hazırlama görevini aksatma sakıncasını taşıdığını söyleyebiliriz⁵¹.

Amerikan tipi kurucu meclisin yetkisi ise, sadece anayasayı hazırlamaktan ibarettir. Bu tip meclis aynı zamanda olağan yasama işlerini yapamaz⁵².

Kurucu meclisler, yapılarında bir *tehlike* de barındırırlar. Bu tehlike kurucu meclisin milletvekillerinin, kendi hazırlayacakları anayasa tarafından kurulacak olan gelecekteki meclislerde, tekrar milletvekilliği yapmaya heveslenmeleridir⁵³.

47. Burdeau, *Droit*, s.81

48. Pactet, s.71.

49. Pactet, s.71; Leclercq, s.87.

50. Vedel, s.115.

51. Pactet, s.71.

52. Esen, s.48; Gözübüyük, s.7; Celier, s.275.

53. Chantebout, s.33.

Kurucu meclisler, geçici meclislerdir; anayasanın hazırlanması ve kabulüyle görevleri sona erer⁵⁴. Bu nedenle, bu meclislerin geçici olarak öngörülmeleri ve üyelerinin bu geçiciliği kabullenmeleri çok önemlidir.

Kurucu meclisler ile olağan yasama meclisleri arasında ne fark vardır? Pratikte, her iki meclisin de yapısı özdeştir. Her iki meclis de doğrudan ve genel oyla seçilir. Gerçeklikte ise, kurucu meclisler ile olağan meclisler, seçimleri esnasında kendilerine verilen güvenin kapsamıyla birbirinden ayrılırlar⁵⁵. Kurucu meclis seçimlerinde seçmen, milletvekillerine anayasa yapma konusunda güven verir; diğer bir ifadeyle kurucu iktidarını onlara devreder. Oysa olağan meclis seçimlerinde seçmenler, milletvekillerine olağan yasa yapma konusunda bir vekalet verirler; ama, kurucu iktidatlarını kendilerinde saklarlar.

İleride daha geniş bir şekilde inceleyeceğimiz üzere, hemen belirtelim ki, kurucu meclis usûlü hayli demokratik bir usûldür. Bir kere, ilke olarak, demokratik bir ilkeye, milli egemenlik ilkesine dayanır. Diğer yandan, doğrudan, genel ve eşit oydan çıkar. Ayrıca anayasal tartışmalar konusunda bu meclislerde geniş tartışmalar yapılması mümkündür⁵⁶. Bu tür meclisler genellikle, demokratik nitelikli devrimlerden sonra ortaya çıkar. Yukarıdaki nitelikleri taşıyan bir seçimle, halkın katılımı mümkün kılınır⁵⁷.

Kurucu meclisler yukarıda da belirtildiği gibi, milli egemenlik ilkesine dayanırlar ve temsili demokrasi ilkesinin anayasaların yapılması alanına uygulanmasından başka bir şey değildirler. Bu nedenle kurucu meclislerde temsilciler, halkın delegeleri ya da vekilleri değil, bizzat halkın yerine geçen ve kendi kendilerine hareket eden kimselerdir. Diğer bir ifadeyle kurucu meclis ulus için irade eder; iradesi hukuken ulusun iradesi ola-

54. Pactet, s.71; Chantebout, s.33.

55. Laubadère, s.114.

56. Chantebout, s.33; Prelot, s.202.

57. Vedel, s.115.

rak kabul edilir. Öyleyse aldığı kararlarda halkın onamasına tabi olmamalıdır⁵⁸. Kısacası kurucu meclisler hazırladıkları anayasa tasarılarını halkoyuna sunmazlar; bizzat kendileri kabul ederler. Örneğin 1789 Amerika Birleşik Devletleri ve 1791 Fransız Anayasaları bu şekilde kabul edilmiştir⁵⁹.

2. Kurucu Referandum

Yukarıda belirtildiği gibi bu kurumun teorik temelini halk egemenliği ilkesi oluşturmaktadır. Kurum pratikte, yarı-doğrudan doğruya demokrasi araçlarından biri olan referandumun anayasaların kabulüne uygulanması görünümündedir.

Bu usûl, kurucu meclis usûlünün demokratikliğinden zamanla kuşkuya düşülmesi ve eleştirilmesi sonucu ortaya çıkmıştır. Bu eleştirileri yöneltenlere göre, dolambaçtan kaçınmak gerekir. Bu durumda halkın egemenliği “nominal” bir egemenliğe indirgenmektedir⁶⁰. Bu teorik eleştiri bir yana, aslında demokratik bir ilkeye dayanan kurucu meclis usûlü, giderek birçok memlekette yetersiz bir usûl olarak görülmeye başlandı. Anayasa kabul edilirken, imkan olmasına rağmen, halkın rızasını almaktan özellikle kaçınan bir usûl olarak görülmeye başlandı⁶¹.

Böylece demokratik düşüncelerdeki gelişme, halkın anayasa yapılmasına doğrudan katılması gerektiği düşüncesini ortaya çıkardı.

Bu düşüncede olanlara göre, halk, kurucu egemenliğini bizzat kendisi kullanmalıdır. Zira halk, temsilcilerine sadece kurulu egemenliğinin kullanımını devretmiş; ama kurucu egemenliğinin kullanımını kendisinde saklamıştır⁶².

58. Burdeau, *Traité*, s.228.

59. Burdeau, *Traité*, s.226.

60. Burdeau, *Traité*, s.228.

61. Burdeau, *Traité*, s.228.

62. Carré de Malberg, c.II, s.536.

Kurucu referandum usûlü, halk tarafından kabul edilmeyen metnin, anayasa olamayacağı düşüncesine dayanır⁶³. Burdeau, bu durumu, halkın “*nominal egemenliği*” ve “*reel egemenliği*” kavramlarıyla açıklıyor. Yazara göre, kurucu meclis usûlünde halkın *nominal* kurucu referandum usûlünde ise *reel* egemenliği söz konusudur. O halde, kurucu referandum usûlünün, halkın “nominal” egemenliğini “reel”leştirdiğini söyleyebiliriz⁶⁴.

Kurucu referandum usûlünde anayasa, halkın seçtiği meclis tarafından hazırlanır. Ancak meclis, hazırladığı anayasa tasarı-sını kendi kabul etmez. Kabul için mutlaka halkoyuna sunulma-lıdır. Halkoylaması ile kabul edilmiş anayasa, hukukî gücünü, meclisten değil, halkoylamasından alır⁶⁵.

3. Kurucu Referandumdan Bir Sapma: Kurucu Plebisit

Burdeau, *Traité*'de plebisitin açıklanmasına şu cümlelerle giriyor: Demokratik rejimlerin kendiliğinden değeri, sosyolog-lar ve tarihçiler tarafından ortaya konulmaktadır. Demokratik düşünce, tüm sosyal güçlerin sübjektif yorumunun dışında açık-lanmalıdır. Oysa, konuyla ilgisi sınırlı olan birçok filozof, “gerçek” demokrasinin, bireyci demokrasiye karşı kitlelerin demok-rasisi; siyasal demokrasiye karşı sosyal demokrasi olduğunu ileri sürmektedir. Bu şekilde demokrasi kelimesi, “kuvvet şuru-bu” görevi gören bir erdem haline getirilip sömürülmek isten-mektedir. XIX'uncu yüzyılın Sezaryan ve XX'nci yüz otoriter rejimleri bu yolu izlemişler; “demokrasi” kelimesinin “*baştan çıkarıcılığı*”ndan yararlanmasını bilmişler; ve demokrasi ilkesi-ni lafzî yorumlayarak, kendi iktidarlarının kaynağında halkın yer aldığını ileri sürebilmek için *kurucu plebisit*ler düzenlemişlerdir⁶⁶.

63. Burdeau, *Droit*, s.82; Chantebout, s.34; Laferrière, s.279; Laubadère, s.113; Vedel s.115.

64. Burdeau, *Traité*, s.229.

65. Vedel, s.115; Burdeau, *Droit*, s.82; Chantebout, s.34; Laubadère, s.113.

66. Burdeau, *Traité*, c.III, s.230.

Giriş niteliğindeki bu açıklamadan sonra, plebisiti tanımlamaya çalışalım. Plebisit, belli bir dönemde iktidarı fiilen ellerinde bulunduranların, hazırladıkları anayasa taslağını, bir tartışma ortamı yaratmaksızın, blok halinde “evet” ya da “hayır” ile sonuçlanabilecek bir halkoylamasına sunmalarıdır⁶⁷.

Görüldüğü gibi plebisit, temelinde bir halkoylamasıdır. Bu nedenle, plebisit ile referandumun birbirinden özenle ayrılması gerekir. Referandum ile plebisit arasında, genellikle kabul edildiği üzere şu farklar vardır: Referandumda bir “sorun”, plebisitte ise bir “adam” söz konusudur. Birincisinde bir *metin* oylanır; ikincisinde ise bir *isim*⁶⁸.

Referandum ile plebisit arasında bir diğer fark ise, demokratiklik bakımından ortaya çıkmaktadır. Referandum, demokratik bir usûldür: Halk etkindir, öznedir; karar alma sürecinin başına, ortasına ve sonuna katılır. Plebisit ise, anti-demokratik bir usûldür: Halk edilgendir, nesnedir; karar alma sürecinin sadece sonuna katılır. Referandumun yapılmasını isteyen, halkın seçtiği temsilcilerdir. Oylanan şey ise, halkın temsilcilerinin hazırladığı metindir. Oysa, plebisite başvurular, fiilî iktidar sahipleridir. Oylanan şey ise, halkın katılımı olmadan hazırlanan metinler; fiilî yönetimlerin oldubittileri, karar ve eylemleridir. Kısaca plebisit, diktatörlerin, anti-demokratik yöneticilerin kendilerine meşruluk kazandırmak için başvurdukları bir halkoylamasıdır⁶⁹.

Görüldüğü gibi plebisit, referandumdan bir *sapma*, onun sezarizm anlamında, *bozulması*, *kötüye kullanılması*dır⁷⁰. Plebi-

67. Teziç, s.252; Chantebout, s.33; Vedel, s.115; Burdeau, *Droit*, s.82.

68. Maurice Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, PUF, Paris, 1962, s.229; Jacques Robert, “L’aventure référendaire”, *Recueil Dalloz Sirey*, 1984, 41^e cahier, *Cronique XL*, s.245; Kemal Gözler, “Halkoylamasının Değeri”, *AÜHFD*, c.XL, 1988, S.1-4, s.98-99.

69. Gözler, *AÜHFD*, c.XL, s.1-4, s.99; Bu konuda özellikle bkz. Taha Parla, “İki Tür Halkoylaması: Referandum ve Plebisit”, *Cumhuriyet*, 18 Şubat 1986.

70. Burdeau, *Droit*, s.82; Vedel, s.115.

sit, referandumun “ikiyüzlü” bir biçimi⁷¹, demokrasi alanında sezarizmin bir *ustalığı*, bir *oyunudur*⁷². Özetle, temelinde demokratik bir usûl olan referandumun anti-demokratik hale getirilmesidir. Plebisit, Prelot’nun deyimiyle “*mono-demokratik bir kombinezon*”⁷³, Burdeau’nun deyimiyle “*demokrasinin baştan çıkarılması*”dır⁷⁴.

Ayrıca belirtmeli ki, referandum, kolayca plesibite dönüştürülmeye elverişli bir usûldür. Referandum, bir “kuvvetli adam” heveslisinin elinde kolayca amacından saptırılabilir⁷⁵. Bu durumda halk, bir metni onayladığını sanarken, gerçekte bir adama sınırsız bir iktidar verir. Plebisit, bir kuvvetli adam heveslisinin kendisine karşı çıkabilecek hiçbir muhalifi olmadan, rakiplerine propaganda özgürlüğü tanımadan, kendi iktidarını halka onaylatmasıdır. Plebisit, muhalefetsiz seçim; rakipsiz yarışır⁷⁶.

Plebisit usûlünde anayasa tasarısı, halkın dışında ve onun hiçbir katılımı olmaksızın hazırlanır. Bu hazırlama görevi genellikle, fiilî iktidarı elinde bulunduranlar tarafından atanan bir komisyona verilir⁷⁷.

Hazırlanan anayasa tasarısı dar bir özgürlük ortamında halkoyuna sunulur. Tasarı üzerinde herhangi bir tartışmaya, özellikle, aleyhte eleştiriye izin verilmez. Halk baskı altında tutulur; şiddet uzaktan ya da gerektiğinde yakından hissettirilir; özetle, oylama esnasında bir “*korku atmosferi*” hakimdir⁷⁸.

Ancak, plebisitin salt korkuya dayandığını söylemek, her zaman gerçeklerle bağdaşmaz. Şüphesiz, plebisitin birinci tekniği şiddettir; ama, XX’nci yüzyılın totaliter rejimlerinde uygu-

71. Pactet, s.71.

72. Prelot, s.203.

73. Prelot, s.203.

74. Burdeau, *Traité*, c.III, s.230.

75. Münici Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, AÜHF Yayını, Ankara, 1981, s.300.

76. Cadart, c.I, s.189; Gözler, AÜHFD, c.XL, S.1-4, s.102.

77. Chantebout, s.33; Pactet, s.71; Prelot, s.203.

78. Chantebout, s.33; Pactet, s.71; Prelot, s.203.

lanan mobilizasyon teknikleri, bize şiddetin, plebisitin tek tekniği olmadığını göstermiştir. Plebisit, şiddetin yanında halkın duyarlılığının sömürüsü üzerine kuruludur: Önce halkın duyarlılığı, kendisinden geçinceye dek yükseltilir; neticede halk, kendisine sunulan metni, sadece *korkuyla* değil, *coşkuyla*, *hayranlıkla*, *vecdle*, *kendisinden geçercesine* kabul eder. Özetle plebisit, gerek korkuyla, gerek coşkuyla *halkın egemenliğinden vazgeçirtilmesidir*. Burdeau'nun deyiimiyle plebisit, “*ele geçirilmiş egemenlik*”tir⁷⁹

Bu şekilde hazırlanan ve oylamaya sunulan tasarı, bir de *blok halinde* oylanmak zorundadır. Yani halk, tasarıyı ya *bütünüyle* kabul etmeye ya da reddetmeye zorlanır. Bu, oylamanın *serbest* olmadığını gösterir. Zira, yurttaşların alternatifi yoktur. Bazı noktalardan memnun olmayan yurttaş, tasarıyı ya tümüyle benimsemek ya da reddetmek zorundadır⁸⁰.

Plebisitlerden her zaman “evet” sonucunun çıktığı görülmüştür. Üstelik, bu “evet” yüzde 90'ları geçen bir çoğunluğu yansıtır. Aslında, yukarıda açıklamaya çalıştığımız, plebisitin hazırlama yöntemi, halka sunulurken yaratılan psikolojik ortam ve blok halinde oylama zorunluluğu göz önüne alınırsa, bu sonuç hiçbir sürpriz değildir. Ne var ki, oylamada ezici bir çoğunlukla evet oyu çıkması, halkın o anayasayı benimsediği anlamına gelmez. Tam tersine, yurttaşların, siyasal düzensizliğin artması ve belirsizliğin sürmesi ile sunulan metnin onaylanması arasında bir tercih yapmaya zorlandığını ve ikincisine halkın boyun eğdiğini gösterir^{81, 82}.

79. Burdeau, *Traité*, c.III, s.230.

80. Burdeau, *Traité*, c.III, s.231.

81. Burdeau, *Traité*, c.III, s.231.

82. Buna örnek olarak belirtelim ki, 1982 Anayasasının kabulü için yapılan oylamanın bir referandum değil; bir plebisit olduğu ileri sürülmüştür. Çünkü, bir kere bu oylamada hayır oylarının çok çıkması halinde ne yapılacağı belirtilmemiş; yani, vatandaşlar, 1982 Anayasası ile bir “kaos” arasında tercih yapmak zorunda bırakılmıştır. Diğer yandan partiler kapatılmış; “evet” oyu için devlet propagandası yapılmış; ama, hayır oyu içinse

Tüm bu nedenlerden dolayı plebisit, halk egemenliğinin kullanılmasının bir “*parodi*”si, bir adamın halktan meşruluğu “müsadere etmesi” ya da en azından halkın “*iradesinin fesada uğratılması*”⁸³ olarak görülebilir. Özetle plebisit, *çok ağır kusurlarla* lekelidir⁸⁴.

Plebisitin en güzel örneği olarak, Fransa’da VIII. yılda (1799) Napoleon Bonaparte’ın halka kabul ettirdiği Anayasa gösterilebilir. Napoleon, kendisine karşı oldukça saygılı davranan bir komisyon tarafından hazırlanan anayasayı, üzerinde hiçbir tartışma yapılmasına müsaade etmeksizin halkoyuna sunmuştur⁸⁵. Bu nedenle, bu tür anayasa yapıcılığına “*Bonapartist Anayasacılık*” denmektedir⁸⁶.

Daha sonraları, otoriter rejimlerin hemen hemen hepsi, kendilerini demokratik bir kılıf altında gizleyebilmek için bu yola başvurmuşlardır. Genelleştirilerek denebilir ki, plebisit otoriter anayasa yapmanın normal tarzıdır. Otoriterler, plebisite demokratik bir anlam atfederler. Böylece kendilerini meşrulaştırdıklarına inanırlar. XX’nci yüzyılın Faşist rejimleri, daha da ağırlaştırılmış koşullarda bu usûlü sıkça kullanmışlardır⁸⁷.

Belirtelim ki, fiilî bir yönetimde, plebisite başvurmakla başvurmamak arasında küçük de olsa bir fark vardır. Plebisit iktidarın kurumsallaştırılmasına yardımcı olur. Plebisitten önce, tamamen fiilî iktidar sahiplerinin elleri arasında bulunan iktidar, plebisitten sonra, az çok kurumsallaşmış olur⁸⁸. Ancak unutmamak gerekir ki, plebisit esnasında yukarıda bahsettiğimiz

propaganda yasaklanmıştır (Bkz. Bülent Tanör, *İki Anayasa: 1961-1982*, İstanbul, 1986, s.105-107; *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yayınları, İstanbul, 1990, s.311-14; Gözler, *AÜHF*, c.XL, S.1-4, s.108).

83. Kıyas caizse, plebisit, medeni hukuktaki iradeyi fesada uğratan hallere benzetilebilir.

84. Burdeau, *Traité*, c.III, s.231.

85. Burdeau, *Traité*, c.III, s.231.

86. Teziç, s.156.

87. Cantebout, s.33; Burdeau, *Droit*, s.82; Pactet, s.71.

88. Chantebout, s.33.

olumsuzluklar nedeniyle iktidar yine anayasayı hazırlayanların elinde kalabilir⁸⁹.

Plebisitin normal şekli, yukarıda açıklandığı gibi, hazırlanan anayasa metninin halkoyuna sunulmasıdır. Ancak plebisitin daha da anti-demokratik *ikinci bir şekli* daha vardır. Bu tür plebisitte halka onay için bir metin sunulmaz. Sadece ileride yapılacak anayasa için bir takım anayasal ilkeler bildirilir. Halktan bu reform ilkelerini oylaması istenir. Sonra, bu ilkeler doğrultusunda, halkın katılımı olmadan bir anayasa hazırlanır. Ancak bu anayasa, artık plebisite bile sunulmadan kabul edilir. Fransa’da 1852 Anayasa’sı böyle bir usûlle yapılmıştır⁹⁰.

Plebisitin bu şeklinin, öncekinden daha da anti-demokratik olduğu ortadadır. Bu usûlde, halk, geleceğin anayasasını yapmaları için fiilî yöneticilere yetki verir; adeta, “*açığa imza*” atar. Bu usûl bir “*beyaza imza*”, bir “*açık bono*”dur⁹¹.

II. HANGİ USÛL DAHA DEMOKRATİK?

Yukarıda, ferman, misak, kurucu meclis, kurucu referandum gibi çeşitli anayasa yapma usûlleri açıklandı. Burada ise, bu usûllerden hangisinin demokratik bir anayasa yapmaya daha elverişli olduğu araştırılacaktır.

Hatırlanacağı üzere, bölümün başında, anayasa yapma usûllerinin hukuken belirlenemeyeceğini, dolayısıyla hangi usûlün daha hukukî olduğu sorusuna cevap verilemeyeceğini söylemiştik. Buna göre, bir anayasa demokratik usûllerle yapılabileceği gibi, monokratik usûllerle de yapılabilir. Diğer bir anlatımla, bir anayasanın ferman yerine referandum usûlüyle yapılması onu daha *hukukî* hale getirmez; ama belki, daha *demokratik* hale getirir. İşte, burada, hangi usûlün daha *hukukî* olduğu değil, daha *demokratik* olduğu saptanmaya çalışılacaktır.

89. Teziç, s.153.

90. Burdeau, *Traité*, c.III, s.232; Tunaya, s.128.

91. Burdeau, *Droit*, s.82; Pactet, s.71; Tunaya, s.128.

Yukarıdan da anlaşılacağı gibi, hangi usûlün daha demokratik olduğu sorusu cevaplanamayacak bir soru olmasına rağmen, hangi usûlün daha demokratik olduğu sorusu cevaplandırılabilir bir sorudur. Zira, birinci sorunun cevaplanamamasının nedeni, aslî kurucu iktidarın *hukuk-dışı* olduğu varsayımının kabul edilmesidir. Oysa, çalışmamızda aslî kurucu iktidarın *demokrasi-dışı* bir sorun olduğu gibi bir hipotez yoktur. Dolayısıyla, demokratiklik açısından aslî kurucu iktidarın anayasa yapma usûlleri bir değerlendirmeye tabi tutulabilir. İşte burada bunu yapmaya çalışacağız.

Öncelikle, *ferman* ve *misak* usûllerinin demokratik usûller olduğunu söylemenin mantıken mümkün olmadığını belirtelim. Zira, bu usûller adı üstünde monokratik usûllerdir. Bu nedenle bu usûllerin demokratikliğinin tartışılmasını *a priori* olarak bir yana bırakıyoruz.

Diğer yandan, *plebisit*in de anti-demokratik bir usûl olduğundan kuşku yoktur. Zira, bu usûl, yukarıda da açıklamaya çalıştığımız gibi, demokrasi açısından çok ağır kusurlarla lekelidir. Bu nedenle, burada bu usûlün demokratikliğini, bir kez daha tartışmayı gerekli görmüyoruz.

Ferman, misak ve plebisiti böylece tartışma dışı bıraktıktan sonra, geriye kurucu meclis ile kurucu referandumun demokratikliğinin tartışılması kalmaktadır.

Kanımca, kurucu meclis ile kurucu referandum, *iki bakımdan* değerlendirmeye tabi tutulabilir. Birincisi, *ilke değerlendirmesidir*. Bu iki kurumu ele alıp, hangisinin demokratik ilkeye daha uygun olduğunu saptamaya çalışabiliriz. İkincisi ise, *işlev değerlendirmesidir*. İlkeleri bir yana atıp, bu iki kurumun uygulamada görülen yarar ve sakıncalarını, demokratik rejim üzerindeki etkisini inceleyebiliriz.

A. İLKE DEĞERLENDİRMESİ

Bir kurum hakkında ilke değerlendirmesi yapabilmek için, öncelikle o kurumun düşünsel temelini, dayandığı ilkeleri ortaya koymak gerekir.

1. Milli Egemenlik ve Halk Egemenliği İlkeleri

Yukarıda da açıklandığı gibi kurucu meclis yöntemi *milli egemenlik*, kurucu referandum yöntemi ise *halk egemenliği* ilkesine dayanır. O halde, kurucu meclis ile kurucu referandum arasındaki tercih sorunu, milli egemenlik ile halk egemenliği ilkeleri arasındaki bir tarih sorununa indirgenmektedir. Fransız kamu hukukçuları, milli egemenlik ve halk egemenliği ilkelerinin farklılığı ve bu farklılıktan çıkan sonuçlar üzerinde uzun uzun durmaktadırlar⁹². Ancak bu tartışmalara burada girmek konumuzun dışında kalır. Bununla birlikte belirtelim ki, bu tartışmalar, kesin bir sonuca ulaşmadan demode olmuştur. Günümüzde artık, egemenlik kavramının anlam ve önemini büyük ölçüde yitirdiği söylenmektedir⁹³. Sonuç olarak, milli egemenlik ile halk egemenliği ilkelerinden hangisinin daha demokratik olduğu henüz belirlenmemiştir ve görünen odur ki belirlenmekten de artık vazgeçilmiştir.

Kaldı ki, milli egemenlik ile halk egemenliği teorileri arasında *ilke* olarak bir tercih yapmak mantıken de mümkün değildir. Zira, milli egemenlik teorisi de halk egemenliği teorisi de, demokratik teorilerdir; bu itibarla, aynı demokratik değere sahiptirler. O halde, milli egemenlik ilkesine dayanan kurucu meclis usûlü ile halk egemenliği ilkesine dayanan kurucu referandum usûlü arasında *demokratik ilke* bakımından bir fark yoktur; her ikisi de aynı derecede demokratiktir.

92. Not eden Kapani, s.73-74. Fransız kamu hukukçularının bu incelemeleri için örneğin bkz. Vedel, s.131 vd.; Carré de Malberg, c.II, s.149 vd.

93. Bkz. Kapani, s.59-62, 66.

2. Temsili Demokrasi ve Yarı-Doğrudan Doğruya Demokrasi İlkeleri

İlke değerlendirmesi ikinci olarak, temsili demokrasi ve yarı-doğrudan doğruya demokrasi ilkeleri arasında yapılabilir. Zira, bu bölümün başında belirttiğimiz gibi, kurucu meclis *temsili demokrasi*, kurucu referandum ise *yarı-doğrudan doğruya demokrasi* ilkelerinin anayasaların yapılması alanına uygulanmasından ibarettir. O halde, kurucu meclis ile kurucu referandum arasındaki tercih sorunu, ikinci olarak, temsili demokrasi ile yarı-doğrudan doğruya demokrasi ilkeleri arasında bir tercih sorununa indirgenmektedir.

Bu sorunda, egemenlik teorileri gibi hayli tartışılmış bir sorundur. Birçok yazar, temsili demokrasi ile yarı-doğrudan doğruya demokrasi sistemlerinin yarar ve sakıncaları üzerinde hararetli tartışmalara girişmişlerdir⁹⁴. Bu hayli tartışmalı soruna burada girmek konumuzun dışında kalır. Ancak kısaca bu konuda şu kanımızı söyleyebiliriz: Yarı-doğrudan doğruya demokrasi de temsili demokrasi de, egemenliğin kullanımı bakımından demokrasinin bir uygulama biçimidir. Bu itibarla, her iki kurum da, demokratik ilkeye uygunluk bakımından aynı değere sahiptir. O halde, temsili demokrasi ilkesine dayanan kurucu meclis ile yarı-doğrudan doğruya demokrasi ilkesine dayanan kurucu referandumun demokratiklik bakımından değeri birbirine eşittir⁹⁵.

İlke değerlendirmesinin genel sonucu olarak şunu söyleyebiliriz: Kurucu meclis ile kurucu referandum aynı demokratik

94. Bu tartışmalar için örneğin bkz. Joseph-Barthélemy ve Paul Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Librairie Dalloz, Paris, 1933, s.123-32; Michel-Henry Fabre, *Principes républicaines de droit constitutionnel*, L.G.D.J., Paris, 1970, s.226-28; Maurice Battelli, *Les institutions de démocratie directe en droit suisse et comparé moderne*, Recueil Sirey, Paris, 1933, s.163 vd.

95. Bir yarı-doğrudan doğruya demokrasi kurumu olan halkoylamanının demokratiklik açısından değerlendirilmesi için bkz. Gözler, *AÜHFD*, c.XL, S.1-4, s.99-102.

değere sahip iki usûldür; aralarında demokratik ilkeye uygunluk bakımından bir tercih yapılamaz. O halde geriye işlev değerlendirilmesi yapmaktan başka bir şey kalmıyor.

B. İŞLEV DEĞERLENDİRMESİ

Bu başlık altında, kurucu meclis ve kurucu referandum usûllerinin, demokrasi, rejim ve özgürlükler üzerindeki etkisi, yarar ve sakıncaları incelenmeye çalışılacaktır. Burada her iki kurum ayrı ayrı incelenmektense, birbiriyle ilişkilendirilerek ve özellikle referandum odak noktası alınarak değerlendirilmeye çalışılmıştır.

1. Kurucu Referandumun Sakıncaları ya da Kurucu Meclisin Gerekliği

Kanımca, referandum usûlü anayasaların yapılmasında tek başına kullanılamaz. Diğer bir ifadeyle, referandum tek başına anayasayı demokratik hale getirmeye yeterli değildir. Zira, referandum usûlünün bir takım *sakıncaları* vardır:

a) *Bir kere* referandum, yapısında demokrasi için büyük bir tehlike barındırır. Bu *referandumun kolaylıkla plebisite dönüş-türülebilmesi ihtimalidir*⁹⁶. Bonapartist yöntemlerle referandum kolaylıkla amacından saptırılabilir⁹⁷. Aslında bu doğal bir durumdur. Zira her referandum, mahiyeti gereği plebisiter bir anlam taşır. Çünkü referandum, özünde bir onama, beşeri teşebbüsün bir onamasıdır⁹⁸.

Plebisiter bir anlama bürünmüş bir referandumunda kullanılan oylar, anayasanın içeriğinin kabul edilmesinden çok, anayasayı hazırlayan ihtilalci güçlerin eylemlerinin onaylanması anlamına gelebilir; veya bu oylar, bir an önce anayasalı bir ha-

96. Gözler, *AÜHFD*, c.XL, s.1-4, s.102.

97. Burdeau, *Traité*, c.III, s.229.

98. Liet-Veaux, s.146.

yata geçilmesi isteğinin bir göstergesi olarak yorumlanabilir⁹⁹. Her iki halde de referandumun gerçek anlamından sapma vardır.

b) Referandumun *ikinci sakıncası* olarak, bu usûlde seçmenin kendisine sunulan metni değiştirme imkanına sahip olmaması ileri sürülmüştür. Seçmen metni ya aynen kabul etmek ya da toptan reddetmek zorundadır¹⁰⁰. Diğer bir ifadeyle, referandumlar halkın gerçek duygusunun tanınmasına imkan vermez. Bir anayasa metninin 100 ya da 200 maddesine blok halinde evet ya da hayır denmesi, ne derece halkın gerçek duygusunu yansıtır¹⁰¹?

Kaldı ki, bir referandumda anayasanın blok halinde oylanması zorunluluğu, karşıt görüşler arasında uzlaşma imkanını da ortadan kaldırır. Oysa, kurucu meclis usûlünde anayasalar açık tartışma usûlleriyle hazırlanır; böylece karşıt görüşler arasında uzlaşma imkanı ortaya çıkar.

c) Referandum usûlüne karşı *üçüncü bir itiraz* da anti-demokratik düşüncelerden ilham alarak ileri sürülmüştür. Bu görüşte olanlara göre, kurucu referandum, halkın anayasaları çok iyi anladığı gibi “*saf*”, “*bön*” bir düşünce üzerine dayanır. Gerçekte ise halk, anayasaların ince dengelerini ve ayrıntılarını pek anlamaz¹⁰². Sıradan vatandaşlar pek çetin sorunlar hakkında düzenleme getiren anayasaları doğru olarak değerlendiremezler. Halkın kanaatleri objektif bir akıl yürütmeye değil, tek taraflı ve subjektif yargılara dayanır. Kanaatlerini okudukları tek bir gazeteye ya da çoğunlukla iktidarın denetimi altında olan televizyona göre oluştururlar. Özetle seçmenler, ne pek eğitilmiş

99. Teziç, s.155.

100. *Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsünün Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkındaki Görüşü*, AÜSBF Yayını, Ankara, 1960, s.4-5 (Bundan sonra “SBF Anayasa Tasarısı” olarak kısaltılacaktır).

101. Liet-Veaux, s.147.

102. Aktaran: Cadart, c.I, s.121.

ne de pek zeki kimselerdir. Yasaları anlamak için gerekli anlayış gücünden yoksundurlar¹⁰³.

Oysa kurucu meclisin üyelerinin, halka göre daha bilgili kişilerden oluştuğu ve anayasayı daha iyi yapabilecekleri söylenebilir.

Anti-demokratik düşüncelerden ilham alan bu sonuncu görüşü bir yana bırakırsak, ilk iki itirazı önemsemek gerekir. Zira, tek başına uygulanan referandum usûlünde halk, önüne gelen metni beğenmese de, bir an önce fiilî yönetimden kurtulmak endişesi gibi bir manevi baskı altında kendisine sunulan metni kabul edebilecektir. Oysa *demokrasi, sadece belli bir karara oy vermeyi değil, aynı zamanda o kararın içeriği üzerinde de tasarruf edebilmeyi gerektirir*. Bu nedenle, bir anayasanın kabulünün demokratik olabilmesi için sadece son şeklinin demokratik bir usûlle onanmış olması yetmez, ama içeriğinin de demokratik bir tarzda saptanmış olması gerekir¹⁰⁴.

İşte bu nedenlerden dolayı, kurucu referandum usûlünün tek başına uygulanması, demokratikliği sağlamada yeterli değildir. Bu usûlün kurucu meclis usûlüyle birleştirilmesi gerekir.

2. Kurucu Meclisin Demokratikliğinin Koşulları

Yukarıda da belirtildiği gibi, anayasanın demokratik olarak hazırlandığını söyleyebilmek için, metnin son aşamada halkoylamasına sunulmasından çok daha önemli olan şey, içeriğinin de demokratik bir şekilde oluşturulmasıdır. Bunun içinse anayasanın *şu nitelikleri taşıyan* bir kurucu meclisçe hazırlanması gerekir.

a) Öncelikle, bu meclisin halk tarafından seçilmesi gerekir. Seçimin yerini tutabilecek başka bir mekanizma yoktur. Anket ve benzeri yollarla ilgililerin görüşlerinin alınması demokratikliği sağlayamaz¹⁰⁵.

103. Aktaran: Gözler, *AÜHFD*, c.XL, s.1-4, s.101.

104. *SBF Anayasa Tasarısı*, s.5.

105. *SBF Anayasa Tasarısı*, s.6.

b) Sonra bu seçim demokratik bir seçim olmalıdır. Yani seçimler, serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre yargı yönetimi ve denetimi altında yapılmalıdır¹⁰⁶.

c) Diğer yandan seçim serbestliğinin bir anlam ifade edebilmesi için, seçmenlerin önünde anlamlı alternatifler olması gerekir. Demokrasilerde alternatifler siyasi partiler tarafından oluşturulur¹⁰⁷. Bu nedenle, kurucu meclis seçimlerinin demokratik olduğunu söyleyebilmek için ülkedeki bütün partilerin bu seçimlere katılabilmesi gerekir.

Kaldı ki hazırlanan anayasanın, toplumun siyasal yapısına uygunluğunu ve ihtiyaçlarına cevap verip veremeyeceğini en iyi bilebilecek durumda olanlar siyasal partilerdir. Üstelik, anayasanın çizdiği sınırlar içinde hareket edecek olan da onlardır. Anayasa geleceğin siyasal yaşamının çerçevesini oluşturacak belgedir. Siyasal hayatın devamlılığının sağlanabilmesi ise siyasal partilere bağlıdır. O halde, anayasayı hazırlayacak mecliste siyasal partilerin varlığı, demokratik rejim içinde ortak uzlaşma zemini bulma açısından en isabetli yoldur¹⁰⁸.

Deyim yerindeyse denilebilir ki, anayasa, siyasal oyunun kurallarını saptayan bir belgedir. Demokratik mantık, oyunun kurallarının oyuncular tarafından saptanmasını gerektirir. Demokrasilerde ise oyuncular siyasal partilerdir.

Benzetme mümkünse yine denilebilir ki, anayasa siyasal bir elbisedir. Bu siyasal elbiseyi giyecek olan ise, baskı grupları, siyasal partiler gibi siyasal güçlerdir. O halde siyasal partilerin kurucu meclise katılarak, hazırlanacak elbise için kendi ölçülerini açıklamaları gerekir.

d) Kurucu meclis seçiminin demokratikliği için *son bir şart* daha vardır: Ülkede temel kamu hakları tanınmış ve güvence

106. Bu niteliklerin burada ayrıca incelenmesi konumuzun dışında kalır. Bunların açıklanması için bkz. Özbudun, s.70-73.

107. Özbudun, s.73.

108. Teziç, s.155, Ayrıca bkz. *SBF Anayasa Tasarısı*, s.6.

altına alınmış olmalıdır. Aksi halde, yarışmaya birden fazla siyasal partinin katılmasının bir anlamı kalmaz.

Yukarıdaki koşullarda oluşturulan kurucu meclisin, ayrıca, tüm baskılardan uzak ve açık bir tartışma ortamında çalışması gerekir¹⁰⁹.

Belirtelim ki, demokratik bir anayasa yapma işi *bilimsel* değil, *siyasal* nitelikte bir iştir. Bu nedenle anayasayı hazırlama içi bilim adamlarının değil, siyasetçilerin işidir. Ancak bu durum anayasanın hazırlanmasında bilim adamlarının ve uzmanların görüşlerinden yararlanılmasına engel değildir¹¹⁰.

Kanımca, böyle bir kurucu mecliste siyasal partilerin uzlaşma olasılığı hayli fazladır. Zira, siyasal partiler bir an önce, siyasal oyunu oynamaya başlamak isteyeceklerinden oyunun kurallarını saptamakta uzlaşacaklardır. Teziç'in not ettiği gibi burada uzlaşmaya yardımcı bir faktör daha vardır: "Kurucu meclis, belli bir amaç ile nispeten kısa sayılabilecek belli bir süre ile görevli olacağından siyasi partiler bu meclise aday belirlerken ister istemez belli konularda birikimi ve deneyimi olanları tercih edeceklerinden farklı eğilimler arasında uzlaşma zemini sağlanması zor olmayacaktır"¹¹¹.

Ancak, uzlaşma ihtimali yüksek olmakla birlikte pekala gerçekleşmeyebilir de. Aslında bu görüldüğü kadar büyük bir sorun değildir. Zira, kurucu mecliste partiler yeni bir anayasa üzerinde anlaşamıyorlarsa, zaten demokratik bir anayasa yapma hazırlığı da *kendiliğinden anlamsızlaşır*¹¹². Diğer bir ifadeyle partiler arasında bir uzlaşma sağlanamaması, anayasa yapma sürecini bir çıkmaza sokmaz. Zira, hukuk boşluğu durumu uzun süre devam edemeyeceğinden anayasa demokratik bir usûlle yapılmaktan vazgeçilerek başka bir usûlle yapılacaktır. Kaldı ki anayasa yapmanın tek usûlü de demokratik usûl değildir. Başka

109. Teziç, s.155.

110. Teziç, s.156; *SBF Anayasa Tasarısı*, s.6.

111. Teziç, s.156.

112. Teziç, s.156.

usûllerle de en az demokratik usûlde olduğu kadar “*hukukî*” bir anayasa yapılabilir.

3. Sonuç: Kurucu Meclis ve Kurucu Referandum Usûllerinin Birleştirilmesi

Acaba anayasa yapılmasında kurucu meclis usûlü tek başına yeterli midir? Halk tarafından demokratik bir şekilde seçilen kurucu meclisin hazırladığı anayasanın bir de halk oyuna sunulmasına gerek var mıdır?

Bu soruya Teziç şu cevabı veriyor: “Seçmenler tarafından seçilen ve siyasi parti temsilcilerinin katılması ile oluşacak bir kurucu meclisin kabul edeceği bir anayasanın, sonradan ayrıca halk oyuna sunulmasına gerek kalmaz. Çünkü halkın seçtiği temsilcilerin hazırladığı anayasa metni bir tür ön halk oylaması niteliğindedir. Bu bakımdan seçilmiş kurucu meclis mi? halk oylaması mı? Sorularına verilecek cevap, yeni bir anayasanın hazırlanmasında ‘halk tarafından seçilen kurucu meclis’ olarak tek aşamada sonuçlanmış olur”¹¹³.

SBF Anayasa Tasarısında da aynı görüşe yer verilmiştir. “Demokratik anlayış açısından yeni anayasa metninin milletçe seçilen bir meclis tarafından tespiti gerekli olduğuna göre bu meclisin yapacağı metnin ayrıca halkoyuna sunulmasına lüzum yoktur”¹¹⁴.

Kanımca, kurucu meclisin hazırladığı anayasanın bir kez de halkoyuna sunulmasını gereksiz gören bu görüşlerde isabet yoktur. Bu görüşün temel argümanı şudur: Anayasa kurucu mecliste zaten demokratik bir şekilde hazırlanmıştır. Zaten demokratik olan anayasanın, demokratikliğini sağlamak için bir kez daha halkoyuna sunulmasına gerek yoktur. Anayasanın kurucu mecliste zaten demokratik bir şekilde hazırlandığı ar-

113. Teziç, s.156.

114. SBF Anayasa Tasarısı, s.5.

gümanı, evet doğrudur; ama, bu görüşte olanlar, bundan başka, bize daha *şu üç hususu da ispatlamaları gerekir*:

- a) Kurucu meclis usûlünü yeterli gördükleri için *bu usûlün hiçbir sakıncası olmadığını*;
- b) Kurucu meclisin hazırladığı anayasa tasarısının halkoyuna sunulması imkanı varken, bu metni halkoylamasına sunmaktan kaçındıklarına göre, *halkoylamasına başvurulmakta ne gibi sakıncalar olduğunu*;
- c) *Ve halkoylaması usûlünün hiçbir yararı olmadığını*.

Onlar, bu hususları tartışmadıklarına göre, biz bu savların aksini ispatlayalım.

a. Kurucu Meclis Usûlünün Sakıncaları

Kurucu meclis tarafından hazırlanan anayasanın imkan olmasına rağmen halkoyuna sunulmadan kabul edilmesinde bir takım sakıncalar olabilir.

Kurucu meclis her ne kadar halk tarafından seçilmiş ise de, bundan sonra da mutlaka halkın iradesine göre hareket edeceği ileri sürülemez. Aksi halde halkın, kuruculuk gibi önemli bir konuda, “*beyaza imza*” attığının, temsilcilerine “*açık bono*” verdiğinin kabul edilmesi gerekir.

Sonra, yukarıda da belirtildiği gibi, kurucu referandum usûlü, tarihsel olarak, kurucu meclis usûlünün demokratikliğinden kuşkuya düşülmesi sonucu ortaya çıkmıştır. Örneğin kurucu meclis usûlü Burdeau tarafından “*dolambaçlı*” bir usûl olduğu, halkın “*reel*” egemenliğini “*nominal*” bir egemenliğe dönüştürdüğü yolunda eleştirilmiştir¹¹⁵. Bu teorik eleştiri bir yana, aslında demokratik bir temele dayanan bu usûl zamanla birçok memlekette yetersiz olarak görülmeye başlandı. Anayasa kabul edilirken, halkın referandum aracılığıyla rızasını almaktan, imkan varken, özellikle kaçınan bir usûl olarak yorumlandı; ve netice-

115. Burdeau, *Traité*, c.III, s.228.

de kurucu meclislerce hazırlanan anayasalar, onay için referanduma sunulmaya başlandı¹¹⁶.

b. Kurucu Meclis Usûlüyle Birleşen Kurucu Referandumun Sakıncasızlığı

Yukarıda referandumun plebisite dönüşebilme ihtimali ve blok halinde oylanmasından kaynaklanan iki temel sakıncası üzerinde duruldu. Ancak kanımca, referandumun bu sakıncaları, kurucu meclis usûlüyle birleşince ortadan kalkmaktadır. Şöyle ki, bir kere, kurucu meclisten sonra referanduma gidildiğinde referandumun plebisite dönüşme tehlikesi ortadan kalkmaktadır. Zira, bu durumda halk, sadece sürecin *sonuna* değil, kurucu meclise seçtiği temsilciler aracılığıyla, sürecin *başına* da katılmış olmaktadır. İkinci olarak blok halinde oylanmaktan kaynaklanan halkın metni değiştirme imkanına sahip olmaması sakıncası da ortadan kalkmaktadır. Zira, halkoylamasına sunulan metin, onun temsilcileri tarafından kurucu mecliste açık tartışma usûlleri sonucu hazırlanmıştır.

Görüldüğü gibi bir anayasa metninin kurucu meclisçe hazırlandıktan sonra, kurucu referanduma sunulmasında herhangi bir sakınca yoktur.

c. Kurucu Referandumun Yararları

Referandumun, şüphesiz bir takım yararları da vardır¹¹⁷. Bu yararları burada uzun uzun anlatmayı gereksiz görmekle birlikte not edelim ki, referanduma şiddetli eleştiriler yönelten yazarlar bile, bu kurumun, keyfi düzenlemelere karşı önemli bir güvence oluşturduğunu kabul etmektedirler¹¹⁸.

116. Cadart, c.I, s.121.

117. Referandumun yararları konusunda bkz. Gözler, *AÜHFD*, c.XL, S.1-4, s.97-113.

118. Cadart, c.I, s.121.

Ayrıca, halkoylamasında halkın doğrudan katılımı söz konusu olduğundan, psikolojik olarak daha meşru bir usûl olarak algılanır; ve halkoylaması ile kabul edilen bir metnin kendisine daha çok saygınlık sağladığı varsayılır.

Tüm bu nedenlerden dolayı denilebilir ki, halkoylamasına başvurmadan tek başına kurucu meclis yöntemiyle yetinilmesinin bir takım sakıncaları vardır. Ancak, anayasa tasarısını kurucu meclis hazırladıktan sonra, halkoyuna sunulmasında herhangi bir sakınca yoktur; tersine yarar vardır.

O halde şu sonuca ulaşabiliriz. Anayasa hazırlamanın demokratik yolu, *kurucu meclis ve kurucu referandum usûllerinin birleştirilmesidir*. Yani, halk tarafından seçilen kurucu meclis tarafından hazırlanan anayasa, halkoylaması ile kabul edilmelidir. Bu en demokratik usûldür. Zira burada halk, iki defa katılmaktadır. Bir kurucu meclis üyelerini seçerek, ikinci olarak bu meclisin hazırladığı tasarıyı oylayarak.

C. DEMOKRATİKLİK ÜZERİNE BİR NOT

Görüldüğü gibi demokratik bir anayasa hazırlamak pek kolay bir iş değildir. Hatta, bir devrimle ya da bir hükümet darbesi ile iktidarı ele geçiren, böylesine sınırsız ve hukuk-dışı olan bir yönetimin demokratik bir anayasa hazırlaması imkansız denecek derecede zordur. Ancak bu zorluk, bir çıkmaz anlamına da gelmez; bunun bir de kolaylığı vardır. Bu kolaylık, aslî kurucu iktidarın demokratik bir yol izlemeye mecbur olmamasında yatmaktadır: Aslî kurucu iktidar, demokratik olabileceği gibi, pekala anti-demokratik de olabilir. Hatta, anti-demokratik olma olasılığının daha fazladır.

Ne var ki kurucu iktidarlar, gerçekte anti-demokratik olsalar da, kendilerini demokratik ilan etmekte ve “görünüşte” halkoylaması gibi demokratik kurumlara başvurmakta; böylece “demokrasi” sözcüğünün “*dayanılmaz çekiciliği*”nden, “*baştan çıkarıcılığı*”ndan yararlanmakta, adeta onu sömürmektedirler.

Kurucu iktidar sahiplerinin “demokrasi” kelimesini sömürmelerine engel olmak, ya da hiç olmazsa bu sömürüye zemin hazırlamamak için, şunu açık yüreklilikle kabul etmek gerekir ki, kurucu iktidarlar çoğunlukla demokratik değildirler; daha da önemlisi, demokratik olma zorunlulukları da yoktur.

Kaldı ki, demokratik usûllerle hazırlanan bir anayasanın demokratik bir rejime, anti-demokratik usûllerle hazırlanan bir anayasanın anti-demokratik bir rejime yol açacağı söylenemez. Zira, bir anayasanın yapılma usûlü ile bu anayasanın kurduğu siyasal rejim birbirinden ayrı şeylerdir. Kanımca bu konuda kesin bir kural konulamaz: Demokratik usûllerle hazırlanan bir anayasa, demokratik bir rejime yol açabileceği gibi anti-demokratik bir rejime de yol açabilir. Keza anti-demokratik usûlle hazırlanan bir anayasa anti-demokratik bir rejime yol açabileceği gibi demokratik bir rejime de yol açabilir¹¹⁹.

119. Bu kanımızın ampirisize edilmeye ihtiyacı vardır. Bu amaçla önce mevcut Dünya anayasalarının hangi usûllerle yapıldığı ve bu anayasaların kurduğu rejimlerin demokratikliği teker teker saptanmalı, sonra bu ikisi arasındaki ilişki ortaya konulmalıdır. Biz böyle bir çalışmaya girişmemize rağmen, bunda başarılı olamadık. Başarısızlığımızın belli başlı *iki nedeni* var: *İlki*, kişisel bir neden; açıkçası bir imkansızlık: Bu konuda yeni tarihli bir Dünya anayasaları derlemesine ulaşamadık. Örneğin Kütüphanemizde Dünya anayasalarıyla ilgili mevcut derlemeler şunlardır: Türkçe: F.R. Dareste, *Avrupa - Amerika - Afrika - Asya - Okyanusya Devletlerinin Esas Teşkilat Kanunları*, Çev. E. Menemencioğlu, 5 Cilt, Türk Hukuk Kurumu Yayını, Ankara, 1944; İlhan Lütem, *Yeni Anayasalar*, 4 Cilt, Türk Hukuk Kurumu Yayını, Ankara, 1953 (yukarıdaki esere ek). Fransızca: F.R. Dareste, *Les constitutions modernes*, 6 Volumes, Recueil Sirey, Paris, 1931-33; D.G. Lavroff ve G. Peiser, *Les constitutions Africanies*, Editions A. Pedone, Paris, Tome I, 1961; Tome II, 1964; Maurice Duverger, *Constitutions et documents politiques*, PUF, Paris, 1964. İngilizce: Amos J. Peaslee, *Constitutions of Nations*, 4 Volumes, The Hague, Martinus Nijhoff, 1965-70; A.P. Blaustein ve G.H. Flanz (Ed.), *Constitutions of the Countries of the World*, Oveana Publications, İne Dobbs Ferry, New York, 1971 (Permanent Editions) (Kütüphanemizde en son 1977 ekleri gelmiş). Bu eski tarihli kaynaklara güvenilerek ampirik bir araştırma yapılamayacağı ortadadır. Yeni tarihli kaynaklara ulaştığımızı varsaysak bile karşımıza *ikinci* ve çok önemli bir engel daha

Bu kanımızı ispatlamak mümkündür. Dikkat edilirse yukarıda dört ayrı iddia vardır. Bu iddiaları önermeler mantığında şu şekilde ifade edebiliriz:

1. Bazı demokratik rejimlerin anayasası demokratik usûlle hazırlanmıştır.
2. Bazı anti-demokratik rejimlerin anayasası demokratik bir usûlle hazırlanmıştır.
3. Bazı anti-demokratik rejimlerin anayasası anti-demokratik usûlle hazırlanmıştır.
4. Bazı demokratik rejimlerin anayasası anti-demokratik usûlle hazırlanmıştır.

Görüldüğü gibi bu önermeler niceleme mantığına ait önermelerdir. Bunlar *tümel önermeler* değil, *tikel (varlıksal) önermeler*dir. Diğer bir ifadeyle buradaki önermelerde *tümel niceleyici* (Her: $\forall$) değil, *tikel (varlıksal) niceleyici* (Bazı: $\exists$) kullanılmıştır¹²⁰.

Tümel önermelerin doğruluğunun kanıtlanması için verilen *bütün örnek önermelerin doğru olması* gerekirken, tikel önermelerin doğruluğunun kanıtlanması için *sadece bir örnek öner-*

çıkılmaktadır. Bu bizden değil, konunun kendisinden kaynaklanan bir engel. Bu anayasaların metnine bakarak onların yapılış usûllerinin saptanmasının mümkün olmamasıdır. Zira anayasalar, değiştiriliş usûlünü metinlerinde genellikle belirtmekle birlikte, yapılış usûllerini belirtmemektedirler. Zaten çalışmamızda da açıklamaya çalıştığımız gibi, anayasaların yapılması hukuk-dışı bir sorundur ve anayasalar tarafından düzenlenmesi mümkün değildir.

Biz de, bu nedenlerden dolayı, bu kanımızı ampirisize etmekten vazgeçtik. Onun yerine kanımızı önermeler mantığından hareketle ispatlamaya çalıştık.

120. Söz konusu kavramlar hakkında bkz. Hüseyin Batuhan ve Teo Grünberg, *Modern Mantık*, ODTÜ Yayın, Ankara, 1984, s.172-73; Cermal Yıldırım, *Mantık: Doğru Düşünme Yöntemi*, V Yayınları, Ankara, 1987, s.110.

*menin doğru olması yeterlidir*¹²¹. O halde yukarıdaki tikel önermelerin doğruluğunun kanıtlanabilmesi için her birine sadece bir örnek göstermek yeterlidir. Şimdi bunu yapalım:

Birinci önermeye, 1787 Amerikan Anayasasını örnek gösterebiliriz. Bu anayasa kurucu meclis (*Philadelphia Convention*'u) usûlüyle yapılmış demokratik bir anayasadır. Demokratik bir usûlle yapılan bu anayasa demokratik¹²² bir rejime yol açmıştır. 1947 İtalyan Anayasasını da bu önermeye örnek gösterebiliriz.

İkinci önermenin kanıtlayıcı örneği olarak Weimar Anayasasını gösterebiliriz. Hayli demokratik bir ruh taşıyan bu Anayasa, 1919'da kurucu meclis usûlüyle demokratik bir şekilde yapılmıştır. Ancak bu anayasanın uygulanması döneminde Nazi rejimi görülmüştür¹²³.

Üçüncü önermeye birçok örnek gösterilebilir. Zira, anti-demokratik rejimlerin anayasaları genellikle anti-demokratik usûllerle yapılır. Örneğin 1936 Sovyet Anayasası anti-demokratik bir usûlle yapılmış¹²⁴ ve anti-demokratik bir rejime yol açmıştır.

121. Batuhan ve Grünberg, s.172-73.

122. Aslında burada doğal olarak, hangi rejimin demokratik hangisinin anti-demokratik olduğu tartışılabilir. Böyle bir tartışma tezimizin konusu dışında kaldığından biz burada A. Lijphart'ın demokratik olarak kabul ettiği 21 rejimi demokratik olarak kabul ettik. Yazar ideal anlamda demokrasileri değil, bu ideale az çok yaklaşan gerçek demokrasileri, demokratik bir rejim olarak kabul etmektedir. Yazar, demokratiklik için ikinci bir ölçü daha arıyor: Demokrasi kesintiye uğramadan uzun bir zaman boyunca (İkinci Dünya Savaşından bu yana) uygulanabilmiş olmasıdır. Bkz. Arend Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler*, Çev. E. Özbudun ve E. Onulduran, Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasi İlimler Derneği Ortak Yayın, Ankara, Tarihsiz (1988).

123. Esat Çam, *Devlet Sistemleri*, İÜİF Yayını, İstanbul, 1976, s.263-65.

124. Tunaya, s.565.

Dördüncü önermeye ise 1958 Fransız Anayasası örnek gösterilebilir. Bu anayasayı, de Gaulle plebisitle kabul ettirmiştir. Ancak bu anayasa demokratik bir rejime vücut vermiştir¹²⁵.

Demokratik olmayan usûllerle hazırlanan bir anayasanın demokratik bir rejime vücut verebileceği önermesine İngiltere de örnek gösterilebilir. İngiltere’de bilindiği gibi bir yazılı anayasa yoktur. Ancak, *Magna Carta Libertatum*’dan bu yana bir takım anayasal belgeler vardır. Bu belgeler daha önce de belirtildiği gibi bir “misak” mahiyetindedir; yani monokratik bir usûldür. Ama bu monokratik belgeler, dünyanın en köklü demokrasilerinden birine vücut vermiştir.

Kemal Gözler, *Kurucu İktidar*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1998, XVI+192 s. (www.anayasa.gen.tr/kurucuiktidar.pdf) © K.Gözler. Her hakkı saklıdır.

125. Teziç, s.153; Burdeau, *Droit*, s.83. Bu arada not edelim ki, 1946 Fransız Anayasası, halefinin aksine fevkalade demokratik bir usûlle yapılmıştır. Önce 21 Ekim 1945 günü kurucu meclis için seçimler yapılmış; sonra bu kurucu meclisin hazırladığı anayasa tasarısı 5 Mayıs 1946’da halkoylamasına sunulmuş, fakat oylamada reddedilmiştir. Bunun üzerine 2 Haziran 1946 günü yeni bir kurucu meclis seçilmiş ve nihayet bu meclisin hazırladığı tasarı 13 Ekim 1946 günü halkoylaması ile kabul edilmiştir (Teziç, s.153-54). Ancak böylesine demokratik bir şekilde yapılan anayasanın ömrü çok kısa olmuştur.

Üçüncü Kısım

TALİ KURUCU İKTİDAR

Hatırlanacağı üzere birinci kısımda tali kurucu iktidarı, bir anayasayı yine o anayasada öngörölmüş usûllerle değıştirme iktidarı olarak tanımlamıştık.

Burada ise tali kurucu iktidarı daha yakından göreceğiz. Bu kısım altı bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde tali kurucu iktidara niçin gerek olduğunu, diğer bir ifadeyle anayasa değışikliğinin gerekliliğini inceleyeceğiz. İkinci Bölümde tali kurucu iktidarın hukukî niteliğı, Üçüncü Bölümde sahibi, Dördüncü Bölümde yeri, Beşinci Bölümde sınırlılığı ve nihayet Altıncı Bölümde ise bu iktidarın biçimleri yani anayasayı değıştirme usûlleri incelenecektir.

Birinci Bölüm

TALİ KURUCU İKTİDARA NİÇİN GEREK VARDIR? (ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN GEREKLİLİĞİ)

“Her hukukî kurum gibi anayasalar da ‘ebedi’ (ölmez) değildir. Bu bakımdan yüzyılları gelecek kuşakları bağlayan anayasadan söz edilemez. Anayasaları tarih içinde bir kez saptayıp onlara değişmezlik tanımak onları fosilleştirmek olur. Şu halde anayasalar da değişecektir. Değişmelidir (de)”¹. Tunaya anayasayı değiştirme konusuna bu cümlelerle giriyor. İfade edildiği gibi anayasa değişikliği kaçınılmazdır. Ancak bununla birlikte, anayasa değişikliğine karşı görüşler de ileri sürülmüştür. Önce bu görüşleri görelim.

I. ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ ALEYHİNDEKİ GÖRÜŞLER

Anayasa değişikliği aleyhindeki düşünceler temelde tabii hukuk yazarları tarafından savunulmuştur. Bu yazarlara göre anayasa *akdi* karakterdedir. Anayasa siyasal toplumu oluşturan bireyler arasında yapılmış bir “*sosyal sözleşme*”dir. Bu sözleşme bütün bireylerin oy birliğiyle yapılmıştır. O halde bu sözleşmenin değiştirilmesi için de bütün ulusun ortak rızası gerekir. Bu görüşün pratik sonucu ise, anayasanın değişmezliğidir. Zira,

1. Tunaya, s.130.

toplumu oluşturan tüm bireylerin herhangi bir konuda birleşmeleri pratikte mümkün değildir².

Anayasanın değişmezliğini savunan bu mantık çelişkilerle doludur. Bir kere, şu soruya kolaylıkla cevap verilemez: Değişiklik için birleşemeyen bireyler, nasıl olupta anayasanın kabülünde birleşmişlerdir? Kaldı ki, böyle bir sözleşmenin varlığını kanıtlamak da mümkün değildir³.

Bu tutarsızlığına rağmen anayasa değişikliği aleyhindeki bu düşünceler, zaman zaman uygulamayı da etkilemiştir. Nitekim 1789 Fransız ihtilalinden sonra oluşturulan Kurucu Meclis üyelerinin azımsanamayacak bir bölümü, 1791 Anayasasına değişiklikle ilgili hükümlerin alınmasına karşı çıkmışlardır. Bu karşı çıkışlarının gerekçesi olarak ise, adalete uygun olan ve rasyonel bir şekilde hazırlanan anayasanın sonsuza kadar mükemmelliğini koruyacağı düşüncesini ileri sürmüşlerdir⁴. Hatta Kurucu Meclis üyesi Phlippe Delville, anayasa değişikliği teklif edenlere ölüm cezası verilmesini önermiş, ancak bu görüş taraftar toplayamamıştır⁵.

II. ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ LEHİNDEKİ GÖRÜŞLER

Anayasa değişikliği lehinde bir çok görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşleri şöyle özetleyebiliriz.

Bir kere, anayasa ile sosyal gerçeklik arasında doğal bir açıklık vardır. Zira, sosyal gerçeklik dinamik, anayasa kuralları ise statik niteliktedir⁶. Sosyal yaşam öyle bir hızla değişmekte-

2. Aktaranlar: Laferrière, s.287; Barthélemy ve Duez, s.228-29; Arsel, s.239; San, s.52.

3. San, s.52.

4. San, s.53.

5. Delville'in önerisinin metni için bkz. Séance du 24 thermidor an III, *Réimpression du Moniteur*, tome XXV, s.495'ten naklen Laferrière, s.288-89, dn. 1.

6. San, s.54-55.

dir ki, anayasaların bu değişmeye ayak uydurabilmeleri için değiştirilmeleri gerekmektedir⁷.

Anayasa, belirli bir zamanda mevcut sosyal ve siyasal verilere göre, devlet organizasyonunu belirleyen bir belgedir. Bu veriler değişmeye mahkum olduğuna göre, devletin organizasyonunu, her zaman için geçerli bir şekilde belirleyen bir formül de olamaz⁸. Bu nedenle anayasanın değişmezliğini savunmak bir “siyasal saçmalık”tır.

Anayasa değişikliği lehine ileri sürülen *ikinci* bir görüş de Jefferson’un, “*yeni kuşaklar teorisi*”ne dayandırılmaktadır. Bu teoriye göre eski kuşakların iradesi yeni kuşakları bağlamaz. Zira, dünya nimetlerinden ölümler değil, yaşayanlar yararlanabilir. O halde yeni kuşakların, önceki kuşakların yaptığı anayasaları değiştirebilmeleri gerekir⁹.

Üçüncü olarak belirtelim ki, bizzat anayasa kavramı da değiştirilme kavramını içerir. Zira, bir anayasa hukukî olarak en nihayet bir kanundur. Öyleyse, bir kanun olmak itibarıyla değiştirilebilir bir işlemdir¹⁰.

Dördüncü olarak, anayasanın değişmezliği *ulusal egemenlik ilkesi* ile de uzlaşmaz. Anayasanın değiştirilmesini yasaklamak ulusun bir kısmının egemenliğinden vazgeçmesi demektir. Fransız devrimi sonrasında yapılan 1791 Anayasası (VII. Başlık, 1. madde) bu düşüncüyü çok iyi bir şekilde ifade etmiştir: “Ulusal Kurucu meclis beyan eder ki, ulus, anayasayı değiştirme zamanaşımına uğramaz hakkına sahiptir”. Diğer yandan 1793 Haklar Beyannamesi de bunu teyid eder niteliktedir: “Bir

7. İlginç bir örnek olarak 1933 Portekiz Anayasasını gösterebiliriz. Bu anayasa, her on yılda bir değiştirilmesini bizzat kendisi öngörüyordu (Bkz. Eroğul, s.46, dn. 27). Diğer ilginç bir örnek ise, 1960 Moğol Anayasasıdır. Gerçekten bu anayasa, devlet fonksiyonlarının azalmasına paralel olarak kendisinin de daralacağını ve nihayet devlet ile birlikte ortadan kalkacağını hükme bağlıyordu (Bkz. Eroğul, s.50, dn. 33, s.235).

8. Laferrière, s.287.

9. San, s.55-56.

10. Laferrière, s.287.

halk, her zaman anayasayı değiştirme, yenileştirme ve gözden geçirme hakkına sahiptir. Bir kuşak, gelecek kuşakları kendi kanunlarına tabi tutamaz”¹¹.

Beşinci olarak, anayasa yapılması bir bakıma *geleceğin planlanması* anlamına gelir. Ne var ki, günümüzde, geleceğin uzun vadeli ve derinlemesine planlanmasının imkansız olduğu görüşü ağırlık kazanmaktadır¹². Bu nedenle bir planlama belgesi olarak anayasaların da başarısızlığa uğraması ihtimali hayli fazladır.

Nihayet anayasanın hiçbir şekilde değiştirilemeyeceğinin hükme bağlanmasının herhangi bir değeri yoktur. Çünkü, bir anayasa zorunluluk ortaya çıkınca şu ya da bu şekilde değişmeye mahkumdur. Bu değişikliğin hukukî yollarla olması yasaklanırsa, devrim gibi, hükümet darbesi gibi hukuk-dışı yollarla olması kaçınılmazdır¹³.

Yukarıdaki teorik kanıtlar bir yana bırakılsa bile anayasa değişikliğinin gerekliliği *ampirik* olarak da ortaya konabilir. Zira, bütün anayasalar, değiştirilebileceklerini yine kendi öngörmüş, değiştirilme usûlünü yine kendileri düzenlemiştir. Dünyamızın modern anlamda ilk anayasaları olan 1787¹⁴ ABD ile 1791 Fransız Anayasaları değiştirilebileceklerini öngörmüşlerdir. Demek ki, anayasa değişikliği kavramı, anayasa kavramı ile aynı zamanda ortaya çıkmıştır. Dünyamızda daha sonra yapılan tüm anayasalar da değiştirilebilir anayasalar olmuşlardır¹⁵. Eroğul’un incelediği 125 anayasadan sadece 3’ü değiştirilme

11. Laferrière, s.287.

12. Bu görüşe örnek olarak bkz. Karl R. Popper, *Tarihselciliğin Sefaleti*, Çev. Sabri Orman, İnsan Yayınları, İstanbul, 1985, s.126-29.

13. Laferrière, s.287; Arsel, s.239.

14. Arsel (s.238) ve ondan naklen San (s.54), ABD Anayasasının tarihini yanlış yere 1789 olarak vermektedirler.

15. Dünya anayasaları içinde sadece, 1919 Finlandiya Anayasası, hangi konularda olduğunu belirtmediği bir takım “istisnalar” dışında, kendisini “*değişmez*”, “*resmen yorumlanamaz*” ve “*kaldırılamaz*” olduğunu ilan etmektedir (Bkz. Eroğul, s.50).

usûllerini düzenlememişlerdir. Ancak bu düzenlemeyişleri de bu anayasaların değiştirilemeyecek oldukları anlamına gelmemektedir¹⁶.

III. İSTİKRAR GEREĞİ

Yukarıda açıklandığı gibi, anayasa değişikliğinin gerekliliğini kabul etmek gerekir. Ancak bununla beraber *anayasanın istikrarı* gereklidir. Yani anayasa ikide bir uluorta değiştirilmemelidir¹⁷. Zira anayasa, devletin temel kuruluşu ile, hukukî ve siyasal statüsü ile ilgilidir. Ama, siyasal yaşam statik olmadığı için anayasaya da “mutlak” bir istikrar tanınamaz. Bu itibarla, *değişme gerekliliği* ile *istikrar ihtiyacını* uzlaştırmak, deyim yerindeyse bir “*nisbî istikrar*” sağlamak gerekir¹⁸.

16. Eroğul, s.33.

17. Örneğin 1959 Küba Anayasası çok sık değiştirilmiştir. 1 Ocak 1959 ila 23 Ağustos 1961 tarihleri arasında bu Anayasada tam 22 değişiklik yapılmıştır. Buna göre bu Anayasa, ortalama olarak 46 günde 1 kere değiştirilmiştir (Bkz. Eroğul, s.56).

18. Kubalı, s.102-103.

İkinci Bölüm

TALİ KURUCU İKTİDARIN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Yukarıda (*İkinci Kısım, Birinci Bölüm*) aslî kurucu iktidarın hukukî niteliğinin hayli tartışmalı olduğunu gördük. Çalışmamızın, hacim bakımından büyük bir kısmını da bu tartışmalar oluşturdu.

Aslî kurucu iktidarın hukukî niteliği konusundaki bu tartışmalara karşın tali kurucu iktidarın hukukî niteliği konusu tartışmasızdır. Tüm yazarlar bu iktidarın hukukî bir iktidar olduğu konusunda uzlaşmaktadır¹.

Kanımca da, tali kurucu iktidar hukukî bir iktidardır. Zira hatırlanacağı üzere, yukarıda, hukukîliği geçerlilik ölçütü ile belirlemiştik. Buna göre, bir norm kendisinden önceki bir norma dayanıyorsa geçerli, dolayısıyla hukukîdir. Tali kurucu iktidarın bir norm koyması da, bu normdan önceki bir norma, anayasa dayanmaktadır. Diğer bir anlatımla, tali kurucu iktidar, anayasada öngörülen kurallar içinde çalışan bir iktidardır. Bu nedenle de hukukî bir iktidardır.

1. Örneğin bkz. Kubalı, s.100-101; Teziç, s.162; Özbudun, s.120; Eroğul, s.25.

Üçüncü Bölüm

TALİ KURUCU İKTİDARIN SAHİBİ

Tali kurucu iktidarın sahibi kimdir? Diğer bir ifadeyle anayasayı değiştirme yetkisi hangi organ ya da makama aittir?

Hatırlanacağı gibi, aslî kurucu iktidarın sahibinin kim olduğu sorusunu bu iktidarın hukukî niteliğinden hareketle cevaplamıştır: Aslî kurucu iktidar, hukuk-dışı bir iktidar olduğuna göre bu iktidarın sahibinin kim olduğu sorusu da hukuk-dışı bir sorudur. Aynı mantığı tali kurucu iktidarın sahibi için de kullanabiliriz: Tali kurucu iktidar, hukukî bir iktidar olduğuna göre bu iktidarın sahibinin kim olacağı sorusu da hukukî bir sorudur.

Tali kurucu iktidarın sahibinin kim olduğu, diğer bir ifadeyle anayasayı değiştirme yetkesinin hangi organa ait olduğu yine anayasalarda belirtilmektedir. Aşağı yukarı tüm anayasalar nasıl değiştirileceklerini yine kendileri belirlemişlerdir. Değiştirme işini anayasalar, kendi kurduğu organlardan birine vermektedirler. Ancak bir anayasanın değiştirme işi için, şu ya da bu organı tercih etmesinin bir hukukî zorunluluğu yoktur. Bir anayasa, değiştirme yetkisini yasama organına verebileceği gibi, hükümete, halka ya da bunların dışında bir organa, hatta bir kişiye dahi verebilir. Anayasayı değiştirme yetkisinin şu ya da bu organa verilemeyeceği yolunda bir genel hukuk kuralı yok-

tur¹. Zira anayasayı değiştirme usûlünü, onu yapan aslî kurucu iktidar belirlemektedir. Aslî kurucu iktidar da hukuk-dışı bir iktidar olduğuna göre, tali kurucu iktidarın sahibini de *istediği gibi* belirleyebilir.

Fakat yine de Eroğul, burada bir sınırlamanın olabileceğini belirtiyor. “O da hukukun tutarlı olma zorunluluğundan doğmaktadır. Örneğin, bir anayasa, ‘egemenlik kayıtsız şartsız milletindir’ dedikten sonra, ‘anayasayı değiştirme yetkisi falanca hanedanın tekelindedir’ diye bir hüküm getirirse, bu anayasa hukuken sakattır. Bunun sebebi, tayin edilen değiştirme organının başta ilan edilen ilke ile çelişmesi, yani hukukun varlık şartlarından birine, kendi içinde tutarlı olma şartına uyulmamış olmasıdır”².

Şüphesiz, milli egemenlik ilkesini benimseyen bir anayasanın değişiklik yetkisini bir hanedana vermesi bir çelişki, bir iç tutarsızlıktır. Ancak kanımca, yine de bu tutarsızlık, bu anayasayı değiştirme yetkisinin bir hanedana verilemeyeceği anlamına gelmez. Belki de, anayasanın başta benimsediği milli egemenlik ilkesinin “sözde” kalması anlamına gelir.

1. Eroğul, s.29. Ayrıca bu iktidarın sahibi konusunda bkz. Burdeau, *Traité*, c.III, s.232-33.

2. Eroğul, s.29, dn. 25.

Dördüncü Bölüm

TALİ KURUCU İKTİDARIN YERİ

Tali kurucu iktidarın yerini saptamadan önce, bir ayrımdan, aslî kurucu organ-tali kurucu organ ayrımından kısaca bahsedelim: Yeni bir anayasa yapan, yani aslî kurucu iktidarı kullanan organ “*aslî kurucu organ*” dır. Bu organ, tek kişi olabileceği gibi, beş kişi de veya bir meclis de olabilir. Önemli olan bu organın anayasa yapma iktidarını *kendi kendinden* almasıdır. Buna karşılık, anayasayı değiştiren organ, yani tali kurucu iktidarı kullanan organ, “*tali kurucu organ*”dır. Bu organ ise anayasayı değiştirme yetkisini, kendisinden değil, *anayasadan* almaktadır¹.

Bu ayrımı yaptıktan sonra, şimdi, “tali kurucu organın yeri nedir” sorusunu cevaplamaya geçebiliriz. Tali kurucu organın yerini iki ayrı açıdan saptamak mümkündür. Birinci olarak tali kurucu organın aslî kurucu organ karşısındaki durumunu, sonra tali kurucu organın diğer anayasal organlar karşısındaki konumunu saptayabiliriz.

1. Eroğul, s.27.

I. TALİ KURUCU ORGANIN ASLÎ KURUCU ORGAN KARŞISINDAKİ DURUMU

Bunu da iki ayrı açıdan ele almak mümkündür. Tali kurucu organın aslî kurucu organ karşısındaki durumu, bir kere *hukukî statüleri* (nitelikleri, kaynakları), sonra *fonksiyonları* bakımından inceleyebiliriz.

A. HUKUKÎ STATÜLERİ BAKIMINDAN

Tali kurucu iktidar nasıl hukukî bir iktidarsa, tali kurucu organ da, öyle bir *hukukî organdır*. Oysa aslî kurucu organ, hukuk-dışı bir organdır².

Aslî kurucu organ gerçek anlamıyla “*kurucu*” bir organdır. Kendisinden önce dayanabileceği herhangi bir organ yoktur. Tali kurucu organ ise, gerçekte “*kurulmuş*” bir organdır. Üstelik, aslî kurucu organın *kurduğu* bir organ. Yani, hukukî statüsü bakımından tali kurucu organ, aslî kurucu organın altında yer alır; ondan kaynaklanır³.

Ancak unutulmamalıdır ki, bu ayrım *fonksiyonları* bakımından değil, *hukukî statüleri*, *kaynakları* bakımındandır. *Fonksiyonları* bakımından durum başkadır. Şimdi bunu görelim.

B. FONKSİYONLARI BAKIMINDAN

Yukarıda da belirtildiği gibi, tali kurucu organın aslî kurucu organ karşısındaki yerini *fonksiyonları* bakımından da saptayabiliriz. Acaba tali kurucu organın fonksiyonu ile aslî kurucu organın fonksiyonu arasında nasıl bir ilişki vardır? Sanıldığı gibi, aslî kurucu organın fonksiyonu tali kurucu organın fonksiyonundan üstün nitelikte midir?

2. Eroğul, s.28.

3. Eroğul, s.27.

Fonksiyonları bakımından tali kurucu organ ile aslî kurucu organ aynı hukukî değere sahiptir. Yani aslî kurucu organın koyduğu kural ile tali kurucu organın koyduğu kural arasında bir hiyerarşi yoktur. Tali kurucu organın aslî kurucu organdan türemiş olması, aslî kurucu organın belirlediği kurallara göre çalışması, onun koyduğu kuralların aslî kurucu organın koyduğu kurallardan aşağı olmasını gerektirmez. Zira bir kere, tali kurucu iktidarın ayırıcı özelliği, *üstün* bir kurala değil, *önceki* bir kurala dayanmasıdır. Kaldı ki, bu sonuca, anayasa kuralları arasında hiyerarşi olmamasından da ulaşabiliriz⁴.

Diğer yandan, aslî kurucu organın belirlediği anayasayı değiştirme kuralları ile tali kurucu organın bu kurallara uyarak koyduğu kurallar arasında bir fark yoktur. Diğer bir ifadeyle “*şart koyan kural*” ile “*şarta uyularak yapılan kural*” eşit hukukî değere sahiptir. Bu eşitliği sağlayan şey, kuralların içerikleri değil, biçimleridir. Biçim olarak her iki kural da aynı anayasanın kurallarıdır⁵.

II. TALİ KURUCU ORGANIN DİĞER ANAYASAL ORGANLAR KARŞISINDAKİ DURUMU

Tali kurucu organın diğer anayasal organlar karşısındaki durumu nedir? Bu soruya da yukarıdaki gibi, bu organların *hukukî statüleri* ve *fonksiyonlarını* temel alarak iki değişik açıdan yaklaşabiliriz.

A. HUKUKÎ STATÜLERİ BAKIMINDAN

Hukukî statüsü bakımından tali kurucu organ, yukarıda açıklandığı gibi bir “kurulmuş” organdır. Kurulmuş olması itibarıyla da diğer anayasal organlardan farksızdır. Diğer bir anlamıyla, tali kurucu organ dayandığı hukukî temel bakımından diğer anayasal organlarla aynı hukukî değere sahiptir. Örneğin

4. Eroğul, s.25-26.

5. Eroğul, s.25-26.

anayasayı değiştiren yasama organı (tali kurucu organ) olağan bir yasa kabul eden yasama organına (kurulmuş organ) göre üstün değildir. Bunlar sadece farklı fonksiyonlardır⁶.

Özetle, tali kurucu organ hukukî niteliği bakımından anayasanın öngördüğü diğer kurulmuş organlardan farksızdır. Onlardan farklı bir fonksiyon görmesi, onlardan üstün olduğu anlamına gelmez. Yaptığı işi, tıpkı diğerlerinin yaptığı işler gibi yürürlükteki hukuk düzenine göre olmaktadır⁷.

B. FONKSİYONLARI BAKIMINDAN

Tali kurucu organın fonksiyonu ile diğer anayasal organların fonksiyonları arasında bir hiyerarşi vardır. Aslında kendisi de bir anayasal organ olan tali kurucu organ, diğer anayasal organların kaderini belirleyebilmektedir. Yani tali kurucu organ, fonksiyonu bakımından diğer devlet organlarının *üzerinde* yer alan “kuruculuk” yetkisine sahip bir organdır⁸.

6. Eroğul, s.30. Ayrıca bkz. Burdeau, *Traité*, c.III, s.233.

7. Eroğul, s.30.

8. Eroğul, s.29.

Beşinci Bölüm

TALİ KURUCU İKTİDARIN SINIRI SORUNU

Yukarıda gördüğümüz gibi, aslî kurucu iktidar sınırsızdır; hiçbir hukuk kuralı ile bağlı değildir. Burada ise, tali kurucu iktidarın sınırlılığı, yani bir hukuk kuralı ile bağlı olup olmadığı üzerinde durulacaktır.

Tali kurucu iktidarın sınırlılığı sorunu *şeklî ve maddî* olmak üzere iki ayrı açıdan incelenebilir.

I. ŞEKLÎ YÖNDEN

Tali kurucu iktidarın şeklî yönden sınırlılığı sorunu bu iktidarın anayasayı değiştirirken anayasada öngörülen şekil ve usûl kurallarına uyma zorunluluğunun olup/olmadığı anlamına gelir.

Hemen belirtelim ki, tali kurucu iktidar şeklî yönden sınırlı bir iktidardır. Yani tali kurucu iktidar anayasayı değiştirirken anayasada belirtilen şekil ve usûl kurallarına uymak zorundadır. Zira, herşeyden önce tali kurucu iktidar, tanımı gereği, anayasayı anayasanın öngördüğü usûlle değiştirmek iktidarıdır.

Anayasa değişiklikleri anayasada öngörülen şekil ve usûl kurallarına aykırı olarak yapılması, ortada geçerli olarak belirtilmiş bir tali kurucu iktidar iradesinin olmaması anlamına gelir. Aslî kurucu iktidar, anayasayı değiştirme usûlünü biçim bakımından belirlemekle tali kurucu iktidarı da biçim bakımından

sınırlandırmış olmaktadır. Diğer bir ifadeyle tali kurucu iktidar, ancak bu şartlara uymak kaydıyla anayasayı değiştirebilir¹.

Özetle tali kurucu iktidar, şeklî yönden sınırlı bir iktidardır. Bu sınırı anayasada belirtilen anayasayı değiştirme kuralları oluşturur.

Peki ama, tali kurucu iktidarın bu sınırının *müeyyidesi* nedir? Diğer bir ifadeyle tali kurucu iktidar, anayasayı anayasanın öngördüğü usûl dışında değiştirmeye yeltenirse ne gibi bir müeyyide ile karşılaşacaktır? Bu soru çok önemlidir. Zira, herhangi bir müeyyidesi yoksa sınırlılığın ne gibi bir anlamı olabilir?

Kanımca tali kurucu iktidarın sınırlılığının *iki tür müeyyidesi* olabilir.

Birincisi, *cezaî müeyyidedir*. Bazı ceza kanunları, kurulmuş iktidarların kurucu iktidar olmasını yasaklamaktadırlar. Örneğin Türk Ceza Kanununun 141, 142 ve 146'ncı maddelerinin böyle bir yasak getirdikleri söylenebilir². Bu müeyyidenin gerçek bir sınır oluşturup oluşturmadığı tartışmasına uzmanlık alanımızı aşması nedeniyle girmiyor; sadece, bu tür cezaî hükümlerin, tali kurucu iktidarın sınırının muhtemel bir müeyyidesi olabileceğini belirtmekle yetiniyoruz.

İkinci ve bizim için asıl önemli müeyyideyi, anayasa yargısı oluşturur. Esasen, tali kurucu iktidarın şeklî yönden sınırlılığının bir anlam ifade edebilmesi doğrudan doğruya anayasa yargısına bağlıdır. Diğer bir ifadeyle, anayasa değişikliklerinin anayasada öngörülen biçim kurallarına uygunluğunun denetimi yapılabiliriyorsa, bu kuralların bir önemi vardır. Yok eğer böyle bir denetim yapılamıyorsa, bu iktidarın teorik olarak sınırlı olmasının pratikte hiçbir yararı yoktur.

Hemen belirtelim ki, anayasa değişikliklerinin şeklî yönden anayasaya uygunluğunun denetimi yapılabilir. Özbudun'un

1. Özbudun, s.126. Aynı yönde bkz. Eroğul, s.164.

2. Zeki Hafizoğulları, "TCK'nun 142. maddesinin Türk/İtalyan Hukuk Düzeninde Anlamı, Kapsamı ve Sınırları", *Ankara Barosu Dergisi*, S.1989/6, s.1055-56.

belirttiği gibi “kanunların anayasa uygunluğunun yargısal denetimi sistemini kabul etmiş bir ülkede, anayasa değişikliklerinin şekil yönünden anayasaya uygunluğunun denetiminde yadırganacak bir yön yoktur. Çünkü nihayet anayasa değişiklikleri de, biçimsel olarak birer kanundur. Bunlar, “kanun” adını taşımakta kanunlar gibi numara almaktadırlar. Bu nedenle, “kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli olan yüksek mahkeme, anayasada açık bir hüküm olmasa bile, anayasa değişikliklerinin anayasada belirtilen usûl ve şekil şartlarına uygunluğunu denetleme yetkisini kendinde görebilir”³⁴.

Peki ama, tüm bu müeyyidelere rağmen, anayasa değişikliği anayasanın öngördüğü usûlün dışına çıkılarak gerçekleştirilmiş ve müeyyideler de uygulanamamışsa ne olacak?

Belki böyle bir değişikliğin *yokluk* ile malul olacağı ileri sürülebilir⁵. Ancak kanımca, burada bir yokluk müeyyidesinin olduğu tartışmalıdır. Çünkü her şeyden önce yokluk müeyyidesi kurulmuş iktidarların işlemlerine karşı ortaya atılmış bir kurumdur. Oysa burada bir kurulmuş iktidarın, bir tali kurucu iktidarın varlığı tartışmalıdır. Zira anayasa, anayasanın öngördüğü usûl *dışında* değiştirilmiştir. Kaldı ki yokluk müeyyidesi, mahiyeti gereği anayasa hukukuna pek uygun düşmez. Bilindiği gibi yokluk, çok ağır ve açık sakatlıkların müeyyidesidir. Oysa anayasa hukukundaki sakatlıklar, açık ve ağır sakatlıklar değil, hayli sofistike tartışmalar gerektiren sakatlıklardır. Sonra, yokluğu her mahkeme saptayabileceğinden hukuk güvenliği sarsılabilir. Başkaca yokluk saptamasının bir süre ile bağlı olmamasının da bir takım sakıncaları vardır⁶.

3. Özbudun, s.126.

4. Belirtelim ki, zaten bizim 1982 Anayasamız (m. 148/2), Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliklerini şekil bakımından denetleme yetkisini açıkça vermiştir.

5. Örneğin Kubalı, s.101.

6. Yokluğun benzeri sakıncaları için bkz. Yıldızhan Yayla, “Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü”, *Hıfzı Timur’un Anısına Armağan*, İÜHF Yayını, İstanbul, 1979, s.985-90.

Şimdi sorunu varsayımlara dayanarak daha yakından inceleyelim.

A. BİRİNCİ VARSAYIM

Anayasa, anayasanın öngörmediği bir organ tarafından değiştirilmiştir. Örneğin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, genel kurmay başkanı ve kuvvet komutanları tarafından değiştirilmeye girişildiğini varsayalım. Bu değişiklik girişimi ya başarıya ulaşacak ya da teşebbüs safhasında kalacaktır. Eğer, teşebbüs safhasında kalırsa, bunun müeyyidesi Türk Ceza Kanunun 146'ncı maddesidir. Yok eğer, değişiklik hareketi başarıya ulaşmışsa, yani 146'ncı madde uygulanmamış ya da uygulanmamışsa, bu değişikliği geçersiz saymaya, yoklukla malul görmeye imkan yoktur. Zira artık burada bir tali kurucu iktidar olayı değil, bir aslî kurucu iktidar olayı vardır; keza, bu değişikliği denetlemek aynı nedenden dolayı anayasa mahkemesinin yetkisi dışında kalır.

B. İKİNCİ VARSAYIM

Anayasa değişikliği anayasada öngörülen organ tarafından yapılmıştır. Ama öngörülen usûl kurallarına uyulmamıştır. Örneğin, 2/3 çoğunluk gerekirken, değişiklik 1/2 çoğunluk ile yapılmıştır; veya değişiklik, öngörülmediği halde, halkoylamasına sunulmak suretiyle gerçekleştirilmiştir. Bu durum, Fransa pratiğinde yaşanmıştır. De Gaulle, 1962 yılında, 1958 Anayasasındaki değiştirme usûlüne tamamen aykırı olarak, bir anayasa değişikliği tasarısını halkoylamasına sunmuştur. Tasarı halkoylamasında kabul edilmiştir. Bunun üzerine Senato Başkanı değişikliğin iptali için Anayasa Konseyine başvurmuştur. Konsey ise, halkoylaması sonucu kabul edilen metni denetleme yetkisini kendisinde görmeyerek başvuruyu reddetmiştir⁷.

7. Teziç, s.176.

İşte burada böyle bir değişikliğin geçerliliği tartışılacaktır. Diğer bir ifadeyle burada tali kurucu iktidarın durumu nedir? Sınırlılığı hâlâ devam etmekte midir? Yoksa, sınırsız bir iktidar haline mi dönüşmüştür?

İlk önce önümüze çıkabilecek ihtimallerin bir sıralamasını yapalım: *Bir kere* sorun, ülkede anayasaya uygunluk denetiminin bulunup bulunmamasına göre farklı sonuçlar doğurabilir. *İkinci olarak*, ülkede anayasaya uygunluk denetimi yapılıyorsa, sorunun bu denetimi yapmakla görevli organın önüne götürülüp götürülmemesine göre farklı sonuçlara varılabilir. *Üçüncü olarak* değişiklik anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli organın önüne götürülmüşse, bu organın denetim yetkisini kendisinde görüp görmemesine göre farklı sonuçlar ortaya çıkabilir. *Dördüncü olarak*, sorun, anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli organın denetleme yetkisini kendisinde gördükten sonra değişikliği iptal etmesi ya da başvuruyu reddetmesine göre değişir.

Bu ihtimalleri bir şema halinde göstermekte yarar vardır.

Ülkede anayasaya uygunluk denetimi

Yoktur.

Vardır.

Değişiklik, anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli organın önüne

Götürülmemiştir.

Götürülmüştür.

Anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli organ bu değişikliği denetleme yetkisini kendisinde

Görmemiştir.

Görmüştür.

Bu organ

Başvuruyu reddetmiştir.

Değişikliği iptal etmiştir.

Bu şemadaki ayrımlar, sırasıyla ele alınıp tartışılabilir. Ancak gereksiz tekrarlardan kaçınmak için biz bu yolu seçmiyoruz. Burada şemanın temel olarak içerdiği dört ihtimal üzerinde duracağız.

1. Birinci İhtimal

Anayasayı değiştirme usûlüne aykırı olarak yapılan değişiklik, anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli organa götürülmüş, söz konusu organ da denetleme yetkisini kendisinde görmüş ve değişikliği iptal etmiştir.

Bu durumda yapılan değişiklik geçersiz olur, ortadan kalkar. Böylece tali kurucu iktidarın sınırı belirlenmiş, bu sınırın aşılması müeyyidelendirilmiş olur. Özetle bu durumda ortaya bir sorun çıkmaz; tali kurucu iktidarın sınırlılık niteliği, iptal kararı ile teyid edilmiş olur.

2. İkinci İhtimal

Anayasayı değiştirme kurallarına aykırı olarak yapılan değişiklik, anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli organa götürülmüş, söz konusu organ ise, değişikliği denetleme yetkisini kendisinde görmeyerek ya da denetleme yetkisini kendisinden görmekle birlikte, değişikliğin anayasaya uygun olduğu kanaatine vararak başvuruyu reddetmiştir.

Kanımca bu durumda, değişiklik anayasa ne kadar açık bir şekilde aykırı olsa da (örneğin, 2/3 çoğunluk yerine 1/2 çoğunluk ile değişiklik yapılmışsa) anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli olan organ, bunu iptal etmedikçe, yapılacak bir şey yoktur. Değişiklik geçerlidir.

Ancak mesele sanıldığı kadar basit değildir. burada şu iki sorunu da tartışmakta yarar var.

Bir kere, ortada bir tali kurucu iktidar var mıdır? Anayasa, anayasanın öngördüğü usûlün dışına çıkılarak değiştirildiğine göre, burada bir tali kurucu iktidardan söz etmek hayli güçtür.

Zira, tali kurucu iktidar, tanım gereği anayasayı anayasanın öngördüğü usûl içinde değiştirme iktidarıdır. Bu usûlün dışına çıkan bir iktidar, tali kurucu iktidar olamaz.

Sonra, ortada bir tali kurucu iktidar olmadığına göre, acaba bir aslî kurucu iktidar mı vardır? Diğer bir anlatımla tali kurucu iktidar, aslî kurucu iktidara mı dönüşmüştür? Anayasa, anayasanın öngörmediği bir usûlle değiştirildiğine göre, bir aslî kurucu iktidarın ortaya çıktığı düşünülebilir mi?

Kanımca tüm bu sorulara “hayır” yanıtını vermek gerekir. Çünkü, anayasada belirtilen usûle aykırılık varsa da, burada gerçek anlamda bir hukuk boşluğundan, bir hukuk-dışılıktan söz etmek mümkün değildir. Zira, değişiklik anayasada belirtilen kurala aykırı olmakla birlikte, anayasanın öngördüğü hukuk sistemi içinde yürütülmüştür. Örneğin değişiklik hakkında anayasaya uygunluk denetimi yapan organa başvurulmuş, bu organ değişikliğin denetimi bakımından kendini yetkili görmüş, denetimi yapmış ama değişikliği iptal etmemiştir. Ancak değişikliği iptal etmemiş olması, burada tali kurucu iktidarın *sınırsız* olduğu anlamına gelmez. Zira, iptal etmemesi gibi pekala iptal de edebilirdi. Çünkü denetleme yetkisini söz konusu organ elinde bulundurmaktadır. Önemli olan budur. Kaldı ki bu organın değişikliği denetleme yetkisini kendisinde görmemesi dahi tali kurucu iktidarı sınırsız hale getirmez. Zira, söz konusu organ, denetleme yetkisini pekala kendisinde görebilirdi. Önemli olan sorunun bu organın önüne gelmesi ve bu organın kararında bağımsız olmasıdır. Bu nedenle burada da bir *sınırsızlıktan* bahsedilemez. Dolayısıyla buradaki iktidar, *hukuk-dışı* ve *sınırsız* olmaması nedeniyle bir aslî kurucu iktidar da değildir.

Demek ki, buradaki kurucu iktidar, ne aslî ne de tali bir iktidardır. Peki ama, öyleyse nedir? *Yeni üçüncü bir tür kurucu iktidarla mı karşı karşıyayız?*

Hemen belirtelim ki bu keşif, sorunu yanlış anlamaktan kaynaklanan bir “*sahte keşif*” tir.

Kanımca ortada bir sorun yoktur. Çünkü bu durumda (2/3 çoğunluk gerekirken değişikliğin 1/2 çoğunluk ile yapılmış olması ya da öngörülmediği halde halkoylamasına başvurulması durumunda) yapılan anayasa değişikliğinin anayasaya aykırı olduğu söylenmektedir. Ancak hukuken bizim için önemli olan bu söylenti; hatta, öngörülen 2/3 çoğunluğa uyulmamış olması *vaktası* değildir. Bizim için önemli olan, değişikliğin anayasaya aykırı olduğunu alelade söylenmesi değil, *hukuk sistemi içinde söylenmesi*, yani *anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli organca söylenmesidir*. Yetkili organ değişikliğin anayasaya aykırı olduğunu söylemiyorsa, değişikliğin anayasaya aykırılığı apaçık ortada da olsa, bu hukuk sistemi içinde tespit edilmedikçe yapılacak bir şey yoktur; değişiklik geçerlidir.

Şimdi yukarıdaki soruların doğru cevabını verebiliriz. Ortada ne üçüncü bir tür kurucu iktidar, ne de aslî kurucu iktidar vardır. Ortada bir güzel, tali kurucu iktidar vardır. Anayasa değişikliklerini denetlemeye yetkili organın bu iktidarın işlemlerini iptal etmemesi ya da bunları denetleme yetkisini kendisinde görmemesi, bu iktidarın sınırsız olduğu, hukuk-dışı olduğu anlamına değil, tam tersine sınırlı olduğu ve öngörülen hukuk sistemi içinde çalıştığı yani tali kurucu iktidar olduğu anlamına gelir.

Ayrıca belirtelim ki, ulaştığımız bu çözüm tarzında korkulacak, yadırganacak bir yan da yoktur. Değişikliğin anayasanın biçim kurallarına aykırılığı, 2/3 çoğunluğa uyulmaması örneğinde olduğu gibi, her zaman basit ve açık değildir. Şekil sakatlıkları basit ve açık sakıtlıklar olmakla birlikte, bunlar anayasa hukuku alanına geçince hayli sofistike bir hal almaktadırlar. Örneğin, değişikliğin öngörülmediği halde, halkoylamasına sunulmasında durum böyledir. Burada anayasaya uygunluk denetimi yapan organ, anayasadaki biçim kuralları ile halkın doğrudan doğruya ifade ettiği iradesi arasında rafine bir tercih yapmak zorunda kalmaktadır. Örneğin, yukarıda da bahsedildiği gibi, Fransız Anayasa Konseyi böyle bir tercih yapmakla karşı

karşıya kalmış ve tercihini halkın egemenliğinin doğrudan ifadesi olan halkoylaması lehine yapmıştır.

Görüldüğü gibi, anayasa hukukunun bu “*inceliği*” nedeniyle şekil sakatlıklarında bile sorunun çözümünü yetkili organlara bırakmaktan başka çare yoktur. Ayrıca belirtelim ki, bu durum, anayasa uygunluk denetimi yapmakla görevli organların kararlarının eleştirilmemesi anlamına gelmez. Bu organın kararlarını doğruluğu da şüphesiz eleştirilecektir ve eleştirilmelidir de. Ancak bu, söz konusu organın kararlarının geçersiz olduğu anlamına gelmez. Diğer yandan şu da unutulmamalıdır ki, onların kararlarının bizim kararlarımıza göre yanlış olduklarının kanıtlanması mümkün değildir. Zira, gerek onların kararları gerek bizim kararlarımız birer “görüş”tür; ve bu itibarla aynı değere sahiptirler. Sorun, nihayet eninde sonunda çözümlenmek zorundadır, çözümünün anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli organa bırakılması da bir “*hal tarzı*”dır.

3. Üçüncü İhtimal

Anayasayı değiştirme usûlüne aykırı olarak yapılan değişiklik, anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli organın önüne hiç getirilmemiştir. Örneğin anayasa 2/3 çoğunluk ile değiştirilmesi gerekirken 1/2 çoğunluk ile değiştirilmiş, ancak bu değişiklik aleyhine, anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli organa başvurulmamıştır.

Kanımca bu durumda yapılacak hiçbir şey yoktur. Aykırılık her ne kadar apaçık ortada ise de bunu saptayacak organ bunu saptamadan, değişikliğin anayasaya aykırı olduğunu ve dolayısıyla geçersiz olduğunu söylemeye hukuken imkan yoktur.

Burada ikinci ihtimale benzer bir durum vardır. Anayasa kurallarına bir vakıa olarak aykırılıktan söz edilebilirse de bir hukuk-dışılık yoktur. Öngörülen hukuk sistemi dışına çıkılmamıştır. Değişikliğin iptalini istemeye yetkili güçlerin harekete geçmemesi bu değişikliği yapan iktidarın sınırsız olduğu anlamına gelmez. Pekala, değişikliğin iptali için anayasaya uygun-

luk denetimi yapmaya yetkili organa da başvurabilirlerdi. Başvurmadıklarına göre, hukuk sistemi içinde belirlenmiş bir anayasaya aykırılık yoktur. O halde buradaki iktidar, sınırlı ve hukukîdir; yani tali kurucu iktidardır.

Ancak yukarıdaki açıklamalar hukuk çerçevesi içinde kalmadığı varsayımı ile yapılmaktadır. Örneğin, yapılan değişikliği anayasaya uygunluk denetimi yapan organa götürmeye yetkili kişi ve kurumların bu değişikliği söz konusu organa götürmelerini kendi bağımsız iradeleriyle değil de bir takım *fiili* güçlerin baskısı sonucu olmuşsa yani hukuk çerçevesinin dışına çıkılarak gerçekleştirilmişse, burada artık, bir tali kurucu iktidar olayı değil, bir aslî kurucu iktidar olayı vardır. Bu iktidarın ise denetime tabi tutulamayacağı ortadadır.

4. Dördüncü İhtimal

Anayasa, anayasanın öngördüğü usûlün dışında değiştirilmiştir. Ancak ülkede bir anayasaya uygunluk denetimi bulunmamaktadır.

Öncelikle şunu belirtelim ki, şekil denetimi sadece özel bir mahkemenin yapabileceği şey değildir. Her yargı yeri mahiyeti gereği şekil denetimi yapabilir. Zira uygulayacağı kuralların mevcut olup olmadığını araştırmak her yargı yerinin ilkel (*originare*) yetkileri arasındadır. Mahkeme, uygulayacağı kuralın mevcut olmadığı kanaatine varırsa, *yokluğun saptanması* kararı verir. Bu nedenle ülkede anayasaya uygunluk denetimi gelişmemiş de olsa, herhangi bir mahkeme, sorun önüne geldiğinde, söz konusu anayasa değişikliğinin yokluğunun saptanmasına karar verebilir. İşte bu takdirde, anayasayı değiştiren tali kurucu iktidar, ülkedeki hukuk sistemi içinde sınırlanmış olur.

Tali kurucu iktidarın sınırını belirleyen evrensel kural ve mekanizmalar yoktur. Sınır, her ülkenin kendi hukuk sistemi içinde belirlenir. Kimisinde bu sınırı, bir anayasa mahkemesi, kimisinde ise bir aslîye hukuk mahkemesi belirler. Önemli olan

belirleyen organ değil, belirlemenin hukuk sistemi içinde olmasıdır.

Ancak bu ihtimalde dahi, anayasaya aykırı anayasa değişikliğinin yokluğu saptanmazsa, yukarıdaki ihtimallerde olduğu gibi yapılabilecek bir şey yoktur. Değişikliği geçerli saymak gerekir.

Tali kurucu iktidarın şekil açısından sınırlılığı konusunda sonuç olarak şunu söyleyebiliriz: Tali kurucu iktidar, yürürlükteki hukuk çerçevesi dışına çıkan fiili durumlar olmadıkça, her ihtimalde şekil bakımından sınırlı bir iktidardır.

II. MADDÎ YÖNDEN

Yukarıda da açıklandığı gibi, tali kurucu iktidar şeklî yönden sınırlı bir iktidardır. Anayasayı değiştirirken, anayasada öngörülen değiştirme usûlüyle bağlıdır. Ancak, tali kurucu iktidarın maddî yönden sınırlı olup olmadığı yani anayasayı değiştirirken anayasanın içeriğiyle bağlı olup olmadığı hayli tartışmalıdır. Bu sorun kısaca tali kurucu iktidarın anayasada istediği herhangi bir maddeyi değiştirip değiştiremeyeceği anlamına gelir.

İşte burada bu sorunu tartışmaya çalışacağız. Önce, soruna genel olarak, sonra bazı özel durumlar açısından yaklaşacağız.

A. GENEL OLARAK

Açıkça belirtmek gerekir ki bu sorunun pratik önemi, anayasa değişikliklerinin denetlenip denetlenemeyeceği noktasında toplanır. Anayasa değişikliklerinin maddî yönden anayasaya uygunluğunun denetlenebileceği görüşü ile tali kurucu iktidarın maddî bakımdan sınırlı olduğu görüşü arasında sıkı bir bağlantı vardır. Keza aynı bağlantı, bu değişikliklerin denetlenemeyeceği görüşü ile bu iktidarın sınırsız olduğu görüşü arasında da vardır.

1. Tali Kurucu İktidarın Maddî Yönden Sınırlı Olduğu Görüşü

a. Açıklama

Doktrinde, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun denetlenebileceğini savunan yazarlar vardır. Bu görüş yanlılarının ileri sürdükleri iki temel argüman şunlardır:

Birinci argüman, Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilmiştir. Mahkemeye göre, anayasanın üstünde yer alan bir takım hukuk normları bulunmaktadır. Bu normlara “*süpra-pozitif temel normlar*”, “*tabîi adalet*”, “*objektif ahlak normları*” gibi çeşitli isimler verilmektedir⁸. Tali kurucu iktidarın yaptığı değişiklikler bu “*anayasa-üstü normlar*”a uygun olmalıdır. Böylece bu normlar, tali kurucu iktidarın sınırını oluşturur.

İkincisi ise, “*anayasa-îçi hiyerarşi*” görüşüdür. Bu yazarlara göre pozitif anayasa normlarının değeri birbirine eşit değildir. Bu normların arasında bir hiyerarşi bir derecelenme bulunmaktadır⁹. Anayasanın bir takım normları diğerlerinden daha önemlidir. Önemli olan ve diğerlerinden üstün olan kurallar, iktidarın temelini, özünü meydana getiren kurallardır. Bu tür kurallar, anayasanın diğer alelade kurallarından üstündürler¹⁰. Örneğin, bu görüşe göre, anayasanın cumhuriyetin niteliklerini belirten maddesi ile ormanları korunmasını düzenleyen maddesi arasında büyük bir fark vardır¹¹.

İşte bu nedenle tali kurucu iktidar, anayasayı değiştirirken, anayasanın bu üstün kurallarını aykırı düzenleme yapamaz;

8. Aktaranlar: Metin Kıratlı, *Alman Federal Anayasa Mahkemesi*, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1963, s.54; Özbudun, s.126; Mehmet Turhan, “Anayasa Aykırı Anayasa Değişiklikleri”, *AÜHFD*, c.XXXIII, 1976, S.1-4, s.75.

9. Aktaran: Özbudun, s.126.

10. Yayla, *Hıfzı Timur’un Anısına Armağan*, s.1033.

11. Aktaran: Turhan, *AÜHFD*, c.XXXIII, 1976, S.1-4, s.68.

yaparsa, bu anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli organca, bu değişiklik iptal edilmelidir.

b. Eleştiri

Kanımca, bu görüşler kabul edilemez görüşlerdir. *Bir kere*, “anayasa-üstü normlar” görüşü tamamen yanlış bir varsayımdır. Bu anayasa-üstü normların neler olduğu ve nasıl saptanacağı ve bunlara nasıl bağlayıcılık atfedilebileceği sorularını sormadan, bu konunun bizi içinden çıkılmaz tabiî hukuk tartışmalarına sürükleyeceğini belirterek bu konuyu geçelim.

İkinci olarak “anayasa-içi hiyerarşi” görüşü de tamamen yanlış bir görüştür. Zira anayasa normları arasında bir hiyerarşi yoktur. Usûlüne göre gerçekleştirilen bir anayasa değişikliği ile anayasanın diğer normları aynı değerdedir¹². Çünkü yazılı anayasa teorisinde, anayasanın kendisi ayrıca ve açıkça bazı maddelerinin diğerlerinden üstün olduğunu belirtmedikçe, anayasa kuralları arasında herhangi bir hiyerarşi yaratılması mümkün değildir. Örneğin, cumhuriyetin niteliklerini belirten madde ile - bu maddenin değiştirilemeyeceği ayrıca ve açıkça belirtilmedikçe- ormanları düzenleyen madde arasında hukukî değer bakımından hiçbir fark yoktur. Zira yazılı anayasa teorisinde *içerik* değil, *biçim* önemlidir. Anayasada yer alan her kural, aynı anayasada bulunması itibarıyla aynı hukukî değere sahiptir.

2. Benimsediğimiz Görüş: Tali Kurucu İktidar Maddî Yönden Sınırsızdır

Benimsediğimiz, görüşe göre, tali kurucu iktidar, kural olarak *maddî bakımdan sınırsız bir iktidardır*.

Bu görüşü savunanlara göre, anayasa normları arasında bir hiyerarşi yoktur. Anayasada belirtilen değiştirme usûlüne uygun olarak gerçekleştirilmiş bir anayasa değişikliği geçerli bir anayasa normudur. Bu itibarla, anayasa değişikliği sonucu kabul

12. Özbudun, s.126.

edilen norm ile anayasanın mevcut diğer normları aynı hukukî değere sahiptir. Kaldı ki, böyle bir normun anayasanın diğer normlara uygun olma zorunluluğu olmadığı gibi bu normun anayasaya uygunluğunun denetlenmesine de imkan yoktur. Zira, Özbudun'un not ettiği gibi, "böyle bir norm, hangi kritere göre, anayasaya uygun ya da aykırı sayılacaktır. Hukuk normları hiyerarşisinde bir norm, ancak kendisinden üstün düzeyde başka bir norma aykırı düştüğü takdirde geçersiz sayılabilir. Kendi düzeyindeki normlar arasında ise astlık-üstlük ilişkisi değil, ancak zaman yönünden öncelik sonralık; konu yönünden de genellik özellik ilişkisi söz konusu olabilir. Bu açıdan usûlüne uygun olarak meydana getirilmiş bir anayasa normunun kendisiyle eşdeğerli olan başka bir anayasa normuna uygun olup olmadığını denetlemek mantiken mümkün görünmemektedir"¹³.

Bu görüşü biz de başka bir açıdan doğrulayabiliriz. Hatırlanacağı üzere yukarıda "Tali Kurucu İktidarın Yeri" bölümünde, bu iktidarın *fonksiyonu* bakımından aslî kurucu iktidarla aynı hukukî değere sahip olduğunu söylemiştik. Yani aslî kurucu organ ile tali kurucu organın koyduğu kurallar arasında hiyerarşi yoktur. Tali kurucu iktidarın aslî kurucu iktidardan türemiş olması, aslî kurucu iktidarın belirlediği koşullara göre çalışması, onun koyduğu kuralların aslî kurucu iktidarın koyduğu kurallardan aşağı olmasını gerektirmez. Zira, tali kurucu iktidarın ayırıcı özelliği *üstün* bir kurala değil, daha *önceki* bir kurala dayanmasıdır. O halde fonksiyonu bakımından aslî kurucu iktidara benzeyen tali kurucu iktidar, maddî bakımdan onun gibi sınırsızdır.

Sonuç olarak, tali kurucu iktidarın kural olarak, anayasayı değiştirirken, onun içeriğiyle bağlı olmadığını, yani maddî bakımdan sınırsız olduğunu söyleyebiliriz.

Ancak sorun bu kadar basit değildir. Bu konuda bazı özel durumlar vardır. Bunların da ayrıca tartışılması gerekir.

13. Özbudun, s.126.

B. ÖZEL DURUMLAR

Tali kurucu iktidarın *kural olarak*, maddî yönden sınırsız bir iktidar olduğunu söylemekle birlikte, az önce de işaret edildiği gibi, şu *özel durumları* da ayrıca tartışmak gerekir.

1. Tali kurucu iktidar anayasanın değiştirilemeyecek hükümlerini değiştirebilir mi?
2. Tali kurucu iktidar anayasayı, değiştirilmesi yasaklanan süre içinde değiştirebilir mi?
3. Tali kurucu iktidar anayasayı bütünüyle değiştirebilir mi?
4. Tali kurucu iktidar anayasadaki değiştirme usûlünü değiştirebilir mi?
5. Tali kurucu iktidar anayasanın ruhunu değiştirebilir mi?

1. Tali Kurucu İktidar Anayasanın Değiştirilemeyecek Hükümlerini Değiştirebilir mi?

Anayasal metinler incelendiğinde görülmektedir ki, kimi anayasalar bazı maddelerinin değiştirilmesini yasaklamaktadırlar. Başka bir anlatımla, aslî kurucu iktidar tali kurucu iktidarın bazı konularda değişiklik yapmasını istememektedir. Bu tür sınırlandırmalarla, kurulan rejimin belkemiği olan ilkeleri güvence altına almak, anayasaya kısmen de olsa belirli bir istikrar sağlamak amaçlanmaktadır. Böyle anayasanın bazı maddelerinin değiştirilmesinin ayrıca ve açıkça yasaklanması durumuna “*kısmi değişmezlik*” (immutabilité partielle) ya da “*içeriksel sınırlama*” denmektedir¹⁴.

Bu tür yasaklamalara bir çok anayasada rastlanmaktadır. Eroğul’un incelediği 125 anayasanın 39’unda böyle sınırlamalar

14. Teziç, s.170; Tunaya, s.133; Burdeau, *Droit*, s.84; *Traité*, c.III, s.253; Chantebout, s.39; Barthélemy ve Duez, s.231; Laferrière, s.289; Liet-Veaux, s.162; Prelot, s.217; Vedel, s.117.

vardır¹⁵. Bu sınırlanmalar, genellikle *rejimin değiştirilmesini yasaklamak* şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu tür sınırlandırmayı kendi içinde ikiye ayırabiliriz. Bir kısım anayasa, *cumhuriyet şeklinin değişmezliğini* ilan etmektedir. Bunlara örnek olarak, 1958 Fransız, 1958 Gine, 1947 İtalyan, 1963 Kongo, 1959 Madagaskar, 1963 Senegal, 1959 Tunus, 1961 Türk, 1949 Federal Alman, 1967 Brezilya, 1967 Ekvador, 1965 Guatemala, 1965 Honduras Anayasalarını gösterebiliriz. Bunun yanında daha bir çok anayasa da, devlet şeklinin cumhuriyet olduğu hükmüne değişmezlik tanımakla yetinmemekte, *toprak bütünlüğü, devletin varlığı, insan haklarına saygı, hukuk devleti ve demokratiklik gibi bir takım ilkeleri de* değişmezlik kapsamına almaktadırlar. Örneğin, 1961 Moritanya, 1962 Ruanda, 1960 Somali, 1959 Merkezi Afrika Cumhuriyeti, 1961 Kamerun ve 1982 Türk Anayasaları böyledir.

Görüldüğü gibi, Fransa, Almanya, İtalya gibi Avrupa ülkeleri de içeriksel sınırlama getirmekle birlikte, bu usûlün en yaygın olarak kullanıldığı ülkeler Afrika ülkeleridir. Eroğul'un tespitine göre, 36 Afrika ülkesinin 20'sinin anayasalarında şu ya da bu şekilde bir kısmi değişmezlik vardır¹⁶.

Diğer yandan içeriksel sınırlandırma usûlü, tutucu gayretlere de araçlık etmektedir. Bir grup anayasa da yukarıda ki anayasaların tam aksine, *monarşinin değiştirilmesini yasaklamışlardır*. Buna 1964 Afganistan, 1962 Fas, 1906 İran, 1947 Kamboçya, 1962 Kuveyt, 1947 Laos ve 1952 Yunanistan Anayasaları örnek gösterilebilir¹⁷.

Bu arada belirtelim ki, bazı anayasalar *değiştirilmezlik kapsamını çok genişletmiştir*. Örneğin 1960 Kıbrıs Anayasası, "Temel Maddeler" adı altındaki hükümleri "hiçbir surette değişmez" ilan etmiştir. Daha uç bir örnek, 1919 Finlandiya Ana-

15. Eroğul, s.52.

16. Eroğul, s.48.

17. Eroğul, s.49.

yasasıdır. Bu anayasa kendisinin değişmez olduğunu açıkça ilan ediyordu¹⁸.

Başkaca, federal devletlerde, federalizmin mahiyetinden kaynaklanan bir yasağa, *federal yapının değiştirilmesi yasağına* rastlanmaktadır. Örneğin, 1787 ABD Anayasası, Federe Devletlerin rızası olmadan Senatoda eşit temsil edilme ilkesinin değiştirilmesini yasaklamaktadır. Keza 1874 İsviçre ve 1949 Federal Alman Anayasaları da federal devletin yapısının değiştirilmesini yasaklamaktadır¹⁹.

Görüldüğü gibi sorun, anayasaların bazı maddelerinin değiştirilmesinin yasaklanıp yasaklanamayacağı değildir. Zira, Dünya anayasalarının bir çoğu, bu yasaklamayı yaygın olarak kullanmaktadır. Sorun, bu yasaklamaların hukukî değerinin olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Şimdi bu sorunu inceleyelim.

a. İçeriksel Sınırlamaların Hukukî Değerden Yoksun Olduğu Görüşü

aa. Açıklama

Görebildiğimiz kadarıyla, aşağı yukarı bütün kamu hukukçuları, bu yasaklamaların bir hukukî değeri olmadığı konusunda birleşmektedirler. Bu yazarlara göre, böyle sınırlandırmaların *hukukî değil, tarihî ve siyasî bir değeri* vardır. Bunlar, rejimi kuranların politik ideallerini yansıtan birer *temenniden* ibarettirler; hiçbir bağlayıcılıkları yoktur. Bu yasaklar, tali kurucu iktidarlar karşısında, birer “*kağıttan engel*” (*barrière de papier*) dirler²⁰.

18. Eroğul, s.50.

19. Teziç, s.170.

20. Bu görüş için örneğin bkz. Burdeau, *Droit*, s.84; *Traité*, c.III, s.255; Chantebout, s.39; Barthélemy ve Duez, s.231; Laferrière, s.289; Liet-Veaux, s.163; Pactet, s.289; Prelot, s.217; Vedel, s.117; Özbudun, s.132; Teziç, s.171; Tunaya, s.134.

Bu yazarların kullandıkları temel argümanlar şunlardır:

Bir kere, belirli bir dönemin kurucu iktidarı, geleceğin kurucu iktidarından üstün değildir. Bu bakımdan bir kuşak, gelecek kuşakları bağlayamaz; onları kendi değişmez ilkeleri içine hapsedemez²¹.

İkinci olarak, şu ileri sürülmüştür: Tali kurucu iktidarlar önce, değiştirme usûlüne uygun olarak, değiştirme yasağı getiren maddeyi değiştirip, sonra değiştirilmesi yasaklanan maddeyi değiştirebilirler. Buna hiçbir hukukî engel yoktur²².

Üçüncü argüman ise hukukî olmaktan çok sosyolojiktir. Bu görüşte olanlara göre, aslî kurucu iktidar, anayasadaki bazı hükümlerin değiştirilmesini ne kadar yasaklarsa yasaklasın toplumda değişiklik eğilimi arttıkça ve buna cesaret bulundukça bu kurallar eninde sonunda, şu ya da bu şekilde değiştirilecektir. Zira, devrimler ve hükümet darbeleri önlenemez şeylerdir. Eğer devletin hukuksal yapısında, hukuksal yollardan değişiklik yapılması engellenirse, bu değişiklik ister istemez hukukun dışına çıkılarak yapılacaktır. Hukukun dışına çıkmaktansa bu hükümlerin hukukun içinde değiştirilebileceğini kabul etmek gerekir²³.

Dördüncü ve son argüman ise, yasakların çiğnenmesinin hiçbir pratik müeyyidesinin olmamasıdır. Onlara göre, değiştirelemeyecek hükümlerin teorik değeri olsa bile değiştirildiklerinde pratik olarak yapılacak hiçbir şey yoktur. Zira, Anayasa değişikliklerine karşı hiçbir başvuru yolu öngörülmemiştir²⁴.

bb. Eleştiri

Bu konuda kendi görüşümüzü belirtmeden önce, yukarıdaki görüşün bir eleştirisini yapmaya, ileri sürdükleri kanıtları teker teker çürütmeye çalışalım.

21. Tunaya, s.134, Ayrıca bkz. dn. 20'den anılan kaynaklar.

22. Tunaya, s.134; Teziç, s.170; Vedel, s.117.

23. Teziç, s.171; Tunaya, s.134.

24. Pactet, s.76.

İşte *son argüman*larından başlayalım: Fransız yazarları tarafından ileri sürülen bu argüman, yani sınırlamanın pratikte müeyyidesiz olduğu argümanı, kendi ülkeleri için doğrudur. Keza bu argüman, sadece Fransa için de değil, daha bir çok ülke, açıkçası, dünya ülkelerinin ezici çoğunluğu için doğrudur. Zira, Eroğul'un tespitlerine göre, 124 yazılı Dünya anayasasından 122'si anayasa değişikliklerinin denetlenebileceğini öngörmemiştir²⁵.

Ancak bunun böyle olması, bu argümanın doğru olduğu anlamına gelmez. Öncelikle belirtelim ki, anayasa hukukunda müeyyidesi öngörülmemiş, daha bir çok norm vardır. Bu son derece normal bir durumdur. Zira, normatif hiyerarşi içinde alt normlardan üst normlara çıkıldıkça, giderek iktidarın kaynağına, açıkçası kurucu iktidar denen üstün iktidara yaklaşıldıkça, müeyyide uygulama imkanı ortadan kaybolmaktadır²⁶. Bu bakımdan denilebilir ki, anayasa normları çoğunlukla, müeyyidesiz normlardır. Kaldı ki müeyyide, hukuk normunun değil²⁷, hukuk düzeninin tanımlayıcı unsurudur²⁸. Bütünü itibarıyla müeyyideye dayanan bir düzen içinde kendileri için ayrı bir müeyyide öngörülmemiş bir çok hukuk kuralı olabilir²⁹.

Kaldı ki, Dünya anayasalarından ikisi, Türkiye ve Güney Afrika Anayasaları da anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetimini öngörmüşlerdir. Diğer yandan, anayasaların öngörülmemekle birlikte, Almanya, Avusturya ve İtalya Anayasa Mahkemeleri de anayasa değişikliklerini şekil bakımından denetleme yetkisini kendilerinde görmüşlerdir³⁰. Ancak denilebilir ki, söz konusu değiştirme yasağı öze ilişkindir. Öze ilişkin

25. Eroğul, s.161.

26. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s.171.

27. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s.168-172.

28. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s.152-166.

29. Eroğul, s.20, dn. 20. Ayrıca bkz. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, yukarıda anılan yerler.

30. Eroğul, s.161-62.

değiştirme yasağının müeyyidesi yine de yoktur. Hiçbir anayasa da, anayasa değişikliklerini öz bakımından denetleme yetkisi öngörülmemiştir. Bu doğrudur; ancak, bu bile, sorunun sanıldığı kadar basit olmadığını gösterir. Asıl önemlisi, anayasa değişikliklerini *esas bakımından* denetleme yetkisini kendisinde gören mahkemeler de vardır. Bunlar, Alman, Türk ve Hindistan Anayasa Mahkemeleridir. *Federal Alman Anayasa Mahkemesi*, 1953 yılında verdiği bir kararında esas bakımından denetim yetkisini kendisinde görmüş, ama bu yetkisini şimdiye kadar hiç kullanmamıştır³¹. Ancak *Türk Anayasa Mahkemesi* şekil görüntüsü altında esas denetimi yapma yetkisini kendisinde gördüğü gibi verdiği bir çok karar³² ile de çeşitli anayasa değişikliklerini iptal etmiştir³³. Diğer yandan *Hindistan Federal Yüksek Mahkemesi* de sistemin temel yapısına ilişkin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini kendinde görmüştür³⁴.

Özetle, değiştirme yasaklarının müeyyidesiz olduğu kolay kolay söylenemez. Zira, anayasalarda, anayasa uygunluk denetimi öngörülme de, artık ülkelerin çoğunda bir anayasa yargısı bulunmaktadır. Böyle bir modelde, anayasaya uygunluk dene-

31. Eroğul, s.162-63.

32. Bu kararlar şunlardır:

- (1) 16.06.1970, E. 1970/1, K. 1970/31 (RG, 07.06.1971)
- (2) 13.04.1971, E. 1970/41, K. 1971/37 (RG, 17.03.1972)
- (3) 15.07.1975, E. 1973/19, K. 1975/87 (RG, 26.02.1976)
- (4) 23.03.1976, E. 1975/167, K. 1976/19 (RG, 12.08.1976)
- (5) 12.10.1976, E. 1976/38, K. 1976/46 (RG, 20.01.1977)
- (6) 27.01.1977, E. 1976/43, K. 1977/4 (RG, 21.04.1977)
- (7) 27.09.1977, E. 1977/82, K. 1977/117 (RG, 14.01.1978)

(Söz konusu sayı ve tarihler Yayla, *Hıfzı Timur'un Anısına Armağan*, s.973'den alınmıştır.)

Ancak Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde içtihadından dönmüş ve Anayasa değişikliklerini esas bakımdan denetleme yetkisinin olmadığına karar vermiştir. Bkz. 18.06.1987, E. 1987/9, K. 1987/15, *AYMKD*, Sayı 23, s.282-86, RG, 04.09.1987-19564.

33. Söz konusu kararlar nedeniyle Türk kamu hukuku literatüründe yapılan ilginç tartışmalar için bkz. aşağıda dipnot 38'deki kaynaklar.

34. Çağlar, s.86, dn. 1.

timi yapmakla görevli organlar, Türkiye’de olduğu gibi, pekala, anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini kendisinde görebilirler. Böylece, asıl “*yapılacak bir şeyin olmaması*” anayasa değişikliklerinden sonra değil, bu değişiklikleri denetleme yetkisini kendinde gören organın “*bağlayıcı kararı*”ndan sonra ortaya çıkmaktadır.

İçeriksel yasaklamanın hukukî değerden yoksun olduğu görüşü lehine sürülmüş olan *ikinci argüman* da kolayca çürütülebilir niteliktedir. Hatırlanacağı üzere bu argüman, değiştirme yasağı getiren maddeyi kaldırıp, sonra değiştirilmesi yasaklanan maddenin değiştirilebileceğini, buna hiçbir hukukî engel bulunmadığını söylüyordu. Açıktır ki, bu tipik bir “*hile-i şer’iyye*”dir. Burada anayasanın yasakladığı bir sonuca anayasanın diğer bir maddesinden yararlanarak ulaşılmaktadır. Bilindiği gibi, hile-i şer’iyye hukukun genel ilkeleri gereğince himaye edilmez.

İçeriksel sınırlamaların hukukî değerden yoksun olduğu görüşü lehine sürülmüş ise, kanımca, sorunu yanlış anlamaktan, yanlış ortaya koymaktan kaynaklanmaktadır. Şüphesiz, devrimlerin önlenemez oluşu sosyolojik bir gerçekliktir. Değiştirilmesi yasaklanan hükümler, hukukun içinde değiştirilemezse hukukun dışına çıkılarak değiştirilir. Bir kuşak gelecek kuşakları bağlamaz. Bir dönemin kurucu iktidarı geleceğin kurucu iktidarından üstün değildir. Bunlar hep doğru önermelerdir. Ancak, kanımca tüm bu doğru önermeler konumuzla ilgili değildir. Yani bu önermelerin doğru olması, değiştirilmesi yasaklanan hükümlerin hukukî değerinin olmadığı anlamına gelmez. Çünkü burada yasaklanan şey, söz konusu hükümlerin devrimle, hükümet darbesiyle³⁵ değiştirilmesi değildir. Yasaklanan şey bu hüküm-

35. Burada not etmek gerekir ki, bazı anayasalarda, anayasanın devrimle, hükümet darbesi yolu ile dahi değiştirilemeyeceği hükme bağlanmaktadır. Örneğin, 1945 Guatemala (Tunaya, s.134), Meksika ve 1961 Venezüela Anayasaları *fiili müdahalelerin anayasanın geçerliliğini etkilemeyeceğini* hükme bağlamıştır (Çağlar, s.85). Kanımca işte ancak böyle bir durumda,

lerin, anayasanın içinde kalınarak, yani tali kurucu iktidar aracılığıyla değiştirilmesidir. Diğer bir anlatımla bu argümanlar, anayasanın ...çıkılarak anayasanın değiştirilmesi (aslî kurucu iktidar) için geçerli, ama anayasanın *içinde* kalınarak anayasanın değiştirilmesi (tali kurucu iktidar) için geçersizdir. Kaldı ki, bir kuşağın gelecek kuşakları bağlayamayacağı önermesinin konumuzla ilgisizliği bir yana, bu önermenin kısmen yanlış olduğu da ileri sürülebilir. Zira anayasalar, ebedi metinler olmamakla birlikte, her kuşaktan kuşağa yeniden yapılmaları gereken belgeler de değildir. Anayasalar, her şeyden önce birer istikrar belgeleridir. Bu açıdan anayasanın bir iki hükmüne değışmezlik tanımak makul karşılanabilir.

b. Görüşümüz

Yönelttiğimiz eleştirilerden de anlaşılacağı gibi anayasalar da değiştirilmesi yasaklanan hükümlerin hukukî değerden yoksun olduklarının kabulünü gerektirecek hiçbir hukukî neden mevcut değildir.

Kanımca bu hükümlerin bir hukukî değeri vardır. Başka bir anlatımla, böyle değiştirilmesi yasaklanan hükümler getirildiği takdirde, tali kurucu iktidar, maddî bakımdan o hükümlerle sınırlandırılmış olur. Bu bir mantıksal zorunluluktur. Bu hükümlerin değiştirilemeyeceğini aslî kurucu iktidar öngördüğüne göre o iktidardan *türeyen* tali kurucu iktidar, bu sınıra uymak zorundadır. Aksi halde bu, kendi kendinin inkarı, kendi temelinin kendisi tarafından yıkılması demektir.

Oysa bir tali kurucu iktidar, “tali” kaldığı sürece bunu yapamaz; yaparsa, “*tali*” olmaktan çıkar, “*aslî*” hale gelir. Bu ise ancak hukuk düzeninin dışına çıkmak ile olur. Hukuk düzeninin içinde kalarak, anayasanın öngördüğü usûlü izleyerek bir iktida-

yukarıdaki iki argüman doğrudur. Zira, bu düzenlemeler devrimleri inkar etmektedirler. Oysa konumuz olan içeriksel sınırlamaların devrimlerle bir bir ilgisi yoktur.

rın aslî kurucu iktidar haline gelmesi mümkün değildir. Anayasanın içinde kalmak şartıyla, tali kurucu iktidar neye yönelirse yönelsin, isterse değiştirilmesi yasaklanan devletin biçimini değiştirmeye yönelsin, devrim ve darbe gibi hukuk-dışı yollara sapsadıkça, yine bir tali kurucu iktidardır. Çünkü, tali kurucu iktidarın tanımlayıcı özelliği, yöneldiği *hedef* (örneğin hükümet şeklini değiştirmek vb.) değil, izlediği *usûl*dür. Bu usûl anayasanın öngördüğü bir usûlse, anayasayı ortadan kaldırma amacına yönelse de bu iktidar, bir tali kurucu iktidardır; ve bu itibarla da aslî kurucu iktidarın iradesi ile ve bu iradenin bir tezahürü olan anayasanın değiştirilemeyecek hükümleri ile bağlıdır. Bu iradeyle bağlı olmaması için, onunla eş düzeyde bir irade sahibi olması gerekir; açıkçası aslî kurucu iktidar olması gerekir. Aslî kurucu iktidar da olmadığına göre tali kurucu iktidardır ve sınırlıdır.

Diğer yandan bu sonucu, anayasaya uygunluk denetimini başlatan ABD Yüksek Mahkemesinin *Marbury v. Madison* davasında verdiği karardan esinlenerek de destekleyebiliriz. Başyargıç Marshall bu davada şöyle diyordu:

“Şu, tersi ileri sürülemeyecek kadar açık, yalın bir önermedir ki, ya anayasaya aykırı olan her yasama işlemi (Kanun) denetime bağlı tutulur; ya da, yasama organı anayasayı bayağı bir kanunla değiştirebilir. Bu ikisi arasında ortalama bir yol yoktur. Anayasa ya bayağı kanunlar gibi değiştirilemeyen üstün, yüce bir kanundur, ya da yasama organının dilediği zaman değiştirebileceği, bayağı kanunlarla eşdeğer ve düzeyde bir kanundur. Bu yollardan birincisi doğru ise, yasama organının anayasaya aykırı olan bir işlemi kanun değildir; ikinci yol doğru ise, o zaman yazılı anayasalar halkın gerçekte sınırlandırılmaya elverişli bulunmayan bir gücü, sınırlandırmak için giriştikleri boş ve anlamsız bir çabalardır”³⁶.

36. *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803)’ten naklen Leslie Lipson, *Politika Biliminin Temel Sorunları*, Çev. Tuncer Karamustafaoğlu, AÜHF Yayını, Ankara, 1978, s.296-97.

Şimdi bu gerekçede, bu akıl yürütmede küçük bir değişiklik yapalım: “Anayasa” yerine “*anayasanın değiştirilemeyecek hükümleri*”, “*yasama işlemi (kanun)*” yerine de “*anayasa değişikliği*” ya da “*anayasanın diğer maddeleri*” kelimelerini koyarak aynı akıl yürütmeyi tekrarlayalım:

Şu, tersi ileri sürülemeyecek kadar açık, yalın bir önermedir ki, ya *anayasanın değiştirilemeyecek hükümlerine* aykırı olan her anayasa değişikliği denetime bağlı tutulur; ya da, yasama organı *anayasanın değiştirilemeyecek hükümlerini* dilediği gibi değiştirebilir. Bu ikisi arasında ortalama bir yol yoktur. *Anayasanın değiştirilemeyecek hükümleri* ya üstün, yüce maddelerdir; ya da, yasama organının dilediği zaman değiştirebileceği anayasanın diğer bayağı maddeleri ile eşdeğer ve düzeyde bir maddedir. Bu yollardan birincisi doğru ise, yasama organının *anayasanın değiştirilemeyecek hükümlerine* aykırı olan değişikliği bir anayasa hükmü değildir; ikinci yol doğru ise, o zaman, *anayasanın değiştirilemeyecek hükümleri*, aslî kurucu iktidarların gerçekte sınırlandırılmayacak bir gücü sınırlandırmak için giriştikleri boş ve anlamsız bir çabadır.

Böylece sorun şu noktada toplanmış olmaktadır: Bazı anayasalarda iki çeşit madde vardır. Birinci çeşit maddeler, *değiştirilemeyecek maddelerdir*. İkinci çeşit maddeler ise, *değiştirilebilir maddelerdir*. Ya bunların arasında bir fark, bir hiyerarşi vardır; ya da yoktur. Eğer anayasanın değiştirilemeyecek maddelerinin bir anlamı varsa zorunlu olarak birinci varsayım kabul edilmelidir: Değiştirilemeyecek maddeler diğerlerinden üstündür. O halde bu maddelere aykırı değişiklik yapılamaz. Bunlar talî kurucu iktidarın *maddî* yönden sınırını oluşturur.

Peki ama, bu sınırın müeyyidesi nedir? Belirtelim ki bu sınırın müeyyidesinin ne olduğu ve bunun nasıl gerçekleşeceğini söylemek esas itibarıyla konumuzun dışında kalır. Kaldı ki, genel ve evrensel olarak bu müeyyidenin ne olduğunun söylenmesi de mümkün değildir. Zira, böyle bir müeyyide her şeyden önce ilgili ülkenin yargı sistemi içinde oluşacaktır. Örneğin Türkiye’de 1961 Anayasası döneminde böyle bir müeyyide

oluşturmuştur. Türk Anayasa Mahkemesi verdiği çeşitli kararlarla³⁷, bir çok anayasa değişikliğini anayasanın değiştirilemeyecek hükümlerine aykırı bularak iptal etmiştir³⁸.

Ancak bununla birlikte müeyyidenin nasıl gerçekleşeceğini göstermek için, yine Başyargıç Marshall'ın sözlerinden hareket edebiliriz. Marshall, yukarıdaki alıntıdan sonra sözlerine şöyle devam ediyordu:

“Hukukun ne olduğunu söylemek en başta yargı organına düşen bir görev ve yetkidir. Bir hukuk kuralını belli olaylara uygulayan kimseler ister istemez o kuralın anlamını açıklamak, onu yorumlamak zorundadırlar. İki kanunun (*iki anayasa maddesinin -ben ekledim-*) birbiriyle çatışması halinde, bu kanunlardan (*anayasa maddelerinden -ben ekledim-*) hangisinin uygulanacağını mahkemeler kararlaştırırlar”³⁹.

Demek ki, anayasanın değiştirilmesi yasaklanan hükümleri ile değişiklik yoluyla kabul edilen bir hüküm arasında bir çatışma söz konusu ise, bu hükümleri uygulamak durumunda olan yargı organları hangi hükmün geçerli olduğu söyleyeceklerdir. Üstelik, anayasa yargısının geliştiği bir modelde bu denetim çok daha kolay yapılabilecektir. Yukarıda da belirtildiği gibi, böyle bir denetim yapma yetkisini kendisinde gören mahkemeler de vardır: Alman, Türk ve Hindistan Mahkemeleri gibi.

Özellikle belirtilmelidir ki, böyle bir denetimin yapılabilmesi için, söz konusu hükümlerin değiştirilemeyeceği anayasa-

37. Söz konusu kararların sayı ve tarihleri için bkz. Bu bölüm dipnot 32.

38. Söz konusu iptal kararları nedeniyle bu konu Türk kamu hukuk literatüründe ilginç tartışmalara yol açmıştır. Bu tartışmalara burada girmek, tali kurucu iktidarın sınırlılığının müeyyidesinin nasıl gerçekleşebileceğini göstermek bakımından yararlı olabileceksin de bir teorik çerçeve çizmeyi amaçlayan tezimizin konusu dışında kalır. Bu ilginç tartışmalar için bkz. Eroğul, s.160-68; Özbudun, s.125-33; Turhan, *AÜHFD*, c.XXXIII, 1976, Sayı 1-4, s.63-104; Rona Serozan, “Anayasayı Değiştirme Yetkisini Sınırları”, *İÜHFM*, c.XXXVII, Sayı 1-4, s.135-41; Yayla, *Hıfzı Timur'un Anısına Armağan*, s.973-1040; Yıldızhan Yayla, “1982 Anayasasına Göre Devletin Özüt”, *İHİD*, Yıl 4, Sayı 1-3, 1983, s.133-49.

39. *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803)'ten naklen Lipson, s.297.

da ayrıca açıkça hükme bağlanmalıdır. Zira böyle bir belirtme yapılmaksızın, “*anayasa-içi hiyerarşi*”nin oluşması mümkün değildir. Aksi halde tüm anayasa maddeleri birbiriyle eşit değerde olurlar. Eşit değerde olan maddelerin ise birbirine uygunluğunun denetlenmesi mantıken mümkün değildir. Çünkü elde bir denetim kıstası mevcut değildir. Özetle bir çok anayasada olduğu gibi anayasanın bazı maddelerinin değiştirilemeyeceği belirtilmemişse, anayasa değişikliklerinin denetlenmesi mümkün değildir. Bu durumda tali kurucu iktidar *maddî* bakımdan sınırsız bir iktidardır.

Sonra, değiştirilemeyeceği belirtilen bu hükümler, *dar yorumlanmalıdır*. Çünkü, söz konusu hükümler *kural* olan değiştirilebilirliğe *istisna* oluşturmaktadırlar. İstisnai hükümler ise hukukun bir genel ilkesi gereğince dar yoruma tabi tutulurlar⁴⁰.

2. Tali Kurucu İktidar Değiştirilmesi Yasaklanan Süre İçinde Anayasayı Değiştirebilir mi?

Anayasalar, bazen yukarıda gördüğümüz gibi belirli maddelerinin değiştirilmelerini yasakladıkları gibi bazen de anayasanın tümünün belirli bir süre içinde değiştirilmesini yasaklamaktadırlar. Buna “*zamansal*” ya da “*geçici değişmezlik*” (immutabilité temporaire) denmektedir⁴¹.

Zamansal sınırlamalar, başlıca iki şekilde ortaya çıkmaktadır. *Birinci şekilde* anayasanın belirli bir tarihe kadar, *ikinci şekilde* ise belirli bir olayın cereyanı süresince anayasanın değiştirilmesi yasaklanmaktadır⁴². Birinci şekil için 5 yıllık de-

40. 1961 Anayasası döneminde Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasanın değiştirilemeyeceği belirtilen devlet şeklinin cumhuriyet olduğuna ilişkin 1’inci maddeyi *geniş* yorumlayarak cumhuriyetin niteliklerini de değişmezlik kapsamına dahil etmesi yanlıştır. Zira, cumhuriyetten, *dar* yorumla, huku-kî-teknik anlamı, yani iktidarın irsî intikalinin yasaklanması anlaşılır.

41. Burdeau, *Droit*, s.84; *Traité*, s.251-53; Chantebout, s.39; Barthélemy ve Duez, s.231; Laferrière,

42. Eroğul, s.46.

ğişmezlik yasağı getiren 1967 Paraguay ve 1962 Kuveyt Anayasaları örnek gösterilebilir⁴³. Eski bir örnek ise 1791 Fransız Anayasasıdır. Bu anayasa, kabulünden itibaren iki yasama dönemi geçmeden değiştirilemeyeceğini öngörmekteydi⁴⁴. Diğer ilginç bir örneği ise 1975 Yunan Anayasası oluşturmaktadır. Bu Anayasaya göre, bir anayasa değişikliği yapıldıktan sonra 5 yıl geçmedikçe hiçbir anayasa değişikliği yapılamaz⁴⁵. Bu çeşit sınırlamalarla anayasalara hiç olmazsa belirli bir süre için istikrar sağlanmak istenmektedir. Süre kısa olmak şartıyla, bu tür sınırlamalar, yazarlar tarafından makul olarak karşılanmaktadır⁴⁶.

İkinci şekil, yani *belli bir olaya bağlı zamansal sınırlama* ise, çok çeşitli biçimlerde görülmektedir. Örneğin, 1964 Afganistan Anayasası olağanüstü hal, 1967 Brezilya Anayasası sıkı-yönetim süresince, 1962 Burundi, 1968 Lüksemburg ve 1952 Ürdün Anayasaları Krallığın naiplik ile idare edildiği dönemlerde anayasa değişikliği yapılması yasaklanmıştır⁴⁷. Diğer yandan Fransa'da, İkinci Dünya Savaşı zamanında yaşadığı trajik deneyimin etkisiyle, 1946 ve 1958 Anayasaları ülke saldırıya ya da işgale uğradığı takdirde anayasanın değiştirilmesini yasaklamıştır⁴⁸.

Peki ama, bu zamansal sınırlamanın bir hukukî değeri var mıdır? Kanımca, zamansal sınırlama ile içeriksel sınırlama arasında öz bakımından hiçbir fark yoktur. Bu nedenle, yukarıda içeriksel sınırlama ile ilgili olarak yaptığımız tartışmalar burada da geçerlidir. Tekrardan kaçınarak sonuç olarak, sadece şunu söyleyelim:

43. Eroğul, s.46-47.

44. Burdeau, *Droit*, s.84.

45. Teziç, s.164.

46. Bkz. Yukarıda dn. 41'de anılan kaynaklar.

47. Eroğul, s.47-48.

48. Burdeau, *Droit*, s.84.

Tali kurucu iktidar, değiştirilmesi yasaklanan süre içinde anayasayı değiştiremez. Bu süre yasağı, tali kurucu iktidarın zamansal sınırını oluşturur.

3. Tali Kurucu İktidar Anayasayı Bütünüyle Değiştirebilir mi?

Öncelikle belirtelim ki “anayasanın bütünü” tabiriyle anayasanın değiştirilemeyecek maddeleri dahil tüm maddelerini değil, bu maddeler dışında kalan maddelerin tümünü kastediyoruz. Doğaldır ki, eğer anayasada değiştirilemeyeceği belirtilen maddeler yoksa, “anayasanın bütünüyle değiştirilmesi”nden istisnasız bütün maddelerinin değiştirilmesi anlaşılır.

Doktrinde bazı yazarlar, anayasanın bütünüyle değiştirilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir. Onlara göre, anayasa bütünüyle değiştirildiğinde mevcut anayasal düzen ortadan kalkmış olur. bunu ise ancak aslî kurucu iktidar yapmaya yetkilidir. Mevcut anayasa ile öngörülmüş olan değiştirme yetkisi, bu anayasayı ilga etme sonucunu doğurmamalıdır⁴⁹.

Bu konu pozitif hukukta da hayli tartışmalıdır. Bazı anayasalar, kısmen (*partiellement*) ya da tamamen (*totalement*) değiştirilebileceklerini öngörmüşlerdir. Örneğin, 1874 İsviçre Federal Anayasası, Fransa’da 25 Şubat 1875 tarihli Anayasal Kanun böyledir⁵⁰. Tamamen değiştirilebileceklerini öngören başka anayasalar da vardır. 1853 Arjantin, 1928 Küba, Paraguay, Uruguay, Venezuela ve 1923 Romanya Anayasaları böyledir⁵¹. Buna karşın 1952 Yunanistan Anayasası ise, Anayasanın genel bir değişikliğe tabi tutulmasını yasaklıyordu⁵².

Kanımca, anayasada değiştirilemeyeceği açıkça belirtilen maddeler dışında tüm maddelerin tamamen değiştirilmesine hiçbir hukukî engel yoktur. Zira, bu maddelerden herhangi biri-

49. Aktaran: Teziç, s.173.

50. Teziç, s.172.

51. Burdeau, *Traité*, c.III, s.256, dn. 2.

52. Eroğul, s.49.

nin değiştirilebileceği tartışmasıdır. Tali kurucu iktidar, anayasada değiştirilemeyeceği belirtilen maddelerinin dışında kalan dilediği herhangi bir maddeyi değiştirebilir. Keza bu iktidar bir maddeyi değiştirebileceği gibi, dilediği bir kaç maddeyi de değiştirebilir. Nihayet bu iktidar, bir kaç maddeyi değiştirebileceği gibi, anayasanın *bütün* maddelerini de değiştirebilir. Bütün maddelerin değiştirilmesi ile bir maddenin ya da bir kaç maddenin değiştirilmesi arasında, nitelik bakımından, öz bakımından, hukukî bakımdan bir fark yoktur; fark sadece *nicelik* yönündendir. Bu ise hukuk için önemsizdir.

Anayasanın tümünden değiştirilerek yeni bir anayasa yapılması, insanın aklına hemen aslî kurucu iktidarı getirmektedir. Ancak burada, bir aslî kurucu iktidar değil, bir tali kurucu iktidar vardır. Çünkü, her ne kadar, tümünden değiştirme yoluyla yeni bir anayasa yapılmışsa da, mevcut hukuk düzeninin dışına çıkılmamış, anayasa yine kendisinin öngördüğü usûle uyularak değiştirilmiştir.

4. Tali Kurucu İktidar Anayasadaki Değiştirme Usûlünü Değiştirebilir mi?

Tali kurucu iktidarın anayasadaki değiştirme usûlünü değiştirmesi bir çok ülkede görülmüştür. Örneğin, Fransa'da 3 Haziran 1958 tarihli Kanunla, 1946 Anayasasının değiştirilme usûlüne ilişkin 90'ıncı maddesi açıkça yürürlükten kaldırılarak, hükümete anayasayı değiştirme yetkisi verilmiştir⁵³. Burada tali kurucu organ, anayasadaki değiştirme usûlüne uygun olarak tali kuruculuk konusunda başka bir organı yetkili kılmıştır.

Anayasadaki değiştirilme usûlünün değiştirilmesine ikinci bir örnek bizden verilebilir: 3361 sayılı ve 17.05.1987 tarihli "07.11.1982 tarih ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 67, 75, 175'inci Maddelerinin Değiştirilmesi ve Geçici 4'üncü Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Ka-

53. Teziç, s.174.

nun”un⁵⁴ 3’üncü maddesi ile 1982 Anayasasının 175’inci maddesinde düzenlenen Anayasayı değiştirme usûlü değiştirilmiştir.

Peki ama, bu değişikliklerin hukukî değeri nedir?

Bir kısım yazar, tali kurucu iktidarın anayasadaki değiştirme usûlünü değiştirmemesi gerektiğini ileri sürüyor. Bu yazarlara göre, anayasanın değiştirilmeyle ilgili hükümleri anayasanın “*kilit*” kısmını oluşturur. Bu hükümlerin değiştirilmesi, anayasanın herhangi bir hükmünün değiştirilmesinden farklıdır. Zira böyle bir değişiklik, anayasanın tüm otoritesinin ortadan kalkması anlamına gelebilir. Örneğin 2/3 çoğunlukla değiştirilebilen bir anayasanın 1/2 çoğunlukla değiştirilebilir hale getirilmesi, anayasanın katılığını ortadan kaldırır; adeta, anayasayı anayasa olmaktan çıkarır. Bu kadar önemli bir yetki, tali kurucu iktidara değil, aslî kurucu iktidara ait olmalıdır⁵⁵.

Kanımca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, anayasanın değiştirilme usûlünün düzenlendiği maddesinin değiştirilmesi ile herhangi bir maddesinin değiştirilmesi arasında hukuken hiçbir fark yoktur⁵⁶. Zira her iki madde de aynı anayasanın içinde yer almaktadır. Bu itibarla da her ikisi de birer değiştirilebilir maddelerdir.

Kaldı ki, anayasanın değiştirilme usûlünün değiştirilmesinde bir takım yararlar da olabilir. Anayasanın değiştirilmesinin çok güç koşullara bağlanması durumunda, anayasanın uygulanması esnasında ortaya çıkabilecek bir takım sakıncaların çözümü güçleşebilecektir⁵⁷.

54. Resmi Gazete, 18 Mayıs 1987, Sayı 19464 Mükerrer.

55. Aktaran: Teziç, s.173.

56. Teziç, s.174-75.

57. Teziç, s.175-76.

5. Tali Kurucu İktidar Anayasanın Ruhunu Değiştirebilir mi?

Tali kurucu iktidarın maddî sınırlılığı ile ilgili olarak çok tartışılan bir konuda bu iktidarın “*anayasanın ruhu*” ile bağlı olup olmadığıdır.

Bir grup yazara göre, tali kurucu iktidar, anayasanın ruhuy-la bağlıdır; onu değiştiremez. Örneğin bizde, *Kubalı*’ya göre, tali kurucu iktidar, anayasanın sadece *lafzı* ile değil, *ruhu* ile de bağlıdır. Zira, aksi halde tali kurucu iktidar, kendisini kuran anayasayı, onun dayandığı temelleri yıkmak imkanını elde etmiş olur⁵⁸.

Bu görüşte olanlara göre, anayasanın temel ilkeleri değiştirildiğinde, anayasal düzende değişmiş olur. Bu bir anlamda bilindiği dalı kesmektir⁵⁹. Bu nedenle tali kurucu iktidar anayasanın ruhunu değiştirememelidir. Eğer bu iktidar, anayasadaki usûllerle anayasayı değiştirirken anayasanın ruhunu, özünü ihlal etmişse “*anayasaya karşı hile*” (fraude à la constitution) den bahsedilir⁶⁰.

“Anayasaya karşı hile” kısaca, tali kurucu iktidarın sınırlılığının anayasadaki usûllerden yaralanarak ihlal edilmesi demektir. Örnek olarak Faşizmin, Nasyonal Sosyalizmin yaptıkları gösterilebilir. Mussolini 1925’ten başlayarak, Hitler de onu izleyen yıllarda anayasayı anayasanın öngördüğü usûllerle değiştirerek mevcut rejimden çok farklı bir rejim kurmuş; böylece anayasanın özünü değiştirmiştir⁶¹. Öte yandan, İkinci Dünya Savaşı sonrası Marksist rejimleri de yeni bir anayasa yaparak değil, daha önce mevcut olan anayasalarda usûlüne uygun olarak yapılan değişikliklerle kurulmuşlardır⁶². Tüm bu durumlar-

58. Kubalı, s.102.

59. Teziç, s.172.

60. Bkz. G. Liet-Veaux, “La fraude à la constitution”, *Revue du droit public*, 1942, s.116 vd.

61. Burdeau, *Traité*, c.III, s.264-65. Ayrıca Teziç, s.172; Tunaya, s.134.

62. Teziç, s.176.

da hükümet iktidara yasal usûllerle gelir; ama anayasa içi usûllerle öyle değişiklikler yapar ki, ortaya bambaşka bir anayasa, bambaşka bir siyasal rejim çıkar. *Biçimsel* olarak eski rejimle yeni rejim arasında devamlılık vardır; *gerçekte* ise bunların arasında tam bir kopukluk, zıtlık söz konusudur. Mevcut anayasadaki değiştirme kuralları ile anayasanın özü değiştirilmiş, yeni bir siyasal rejim kurulmuştur⁶³.

Bu nedenle, tali kurucu iktidarın yürürlükteki anayasanın sadece açık sınırlamalar getiren *sözü* ile değil, *özü* ile, *ruhu* ile de bağlı olması gerektiği ileri sürülmektedir.

Peki ama anayasanın *ruhu* nedir? Gerçekten bu ruh saptanabilir mi? Saptanabilse bile bu ruha bağlayıcılık tanınabilir mi?

Kubalı, anayasanın ruhunun ne olduğunu ve nasıl saptanacağını belirlemeye çalışıyor. Yazara göre,

“her anayasa objektif bir hukuk fikrinin ve bu fikrin dayandığı belirli bir dünya görüşünün sembolüdür. Her Anayasanın hedefi bu fikri ve bu dünya görüşünü Devletin siyasî ve hukukî statüsünün temeli yapmaktır. Bilhassa İkinci Dünya Savaşından sonraki Anayasaların çok göze çarpan karakteri, evvelce de belirttiğimiz gibi, temel kuruluşla ilgili bir takım teknik kaideler, sisteminden ibaret kalmayarak aynı zamanda belirli bir ideolojinin ifadesi ve kalkanı olmalarıdır. *Anayasanın ruhu dediğimiz zaman Anayasanın özü olan bu ideolojiyi anlarız* (abç). Doğu ve Batı demokrasilerinde Anayasalar *demokrasi* umumi etiketi altında farklı ideolojilere dayanmakta, farklı bir ruh taşımaktadırlar”⁶⁴.

Kubalı’ya göre, 1961 Anayasası döneminde tali kurucu iktidar, sözü ile bağlı olduğu gibi ruhu ile de bağlıdır.

“Bu üzerinde tereddüt mümkün olmayacak derecede açık bir gerçektir. Aksi halde Büyük Millet Meclisi Anayasanın dayandığı dünya görüşünden farklı bir dünya görüşünü Devletin hukukî ve siyasî statüsüne temel yapmak isteyen ihtilalci

63. Burdeau, *Traité*, c.III, s.264.

64. Kubalı, s.103.

bir meclis, bir aslî kurucu iktidar gibi hareket etmiş olur veya fiilen o mahiyeti almış olur”⁶⁵.

Bu açıklamalardan sonra Kubalı, 1961 Anayasasının ruhu-
nu saptamaya girişiyor. Örneğin bu Anayasada iki meclis siste-
minden tek meclis sistemine geçilmesi ya da seçim sisteminin
değiştirilmesi anayasanın ruhuna uygun; ama, kadınların seçme
ve seçilme hakkından yoksun bırakılması, çok partili sistemin
terk edilmesi ya da mülkiyet hakkının ortadan kaldırılması ana-
yasanın ruhuna aykırıdır⁶⁶.

Kanımca, genel anlamda her şeyin bir özü, bir ruhu vardır.
Bu anlamda, anayasanın da ruhundan, özünden bahsedilebilir.
Örneğin, Kubalı’ya hak vererek, anayasanın ruhunu anayasanın
gerçekleştirmeyi hedeflediği bir hukuk fikri ve bunun dayandığı
belirli bir dünya görüşünün oluşturduğunu söyleyebiliriz.

Peki ama, *genel anlamda* anayasanın bir ruhunun bulundu-
ğunu kabul etsek bile, *hukukî-teknik anlamda* bir ruhtan nasıl
söz edebiliriz? Bu ruhu objektif olarak nasıl saptayabiliriz? Bu
ruhun saptanabildiğini kabul etsek bile buna nasıl bağlayıcılık
atfedebiliriz?

Aslında, şu anayasanın ruhudur; şu da değildir derken, bir
takım anayasa maddelerinde veri olarak hareket ediyoruz de-
mektir. Kubalı’nın örneklerini ele alalım: İki meclis sisteminin
değiştirilmesi anayasanın ruhuna uygun, mülkiyet hakkının
ortadan kaldırılması anayasanın ruhuna uygun, mülkiyet hakkı-
nın ortadan kaldırılması anayasanın ruhuna aykırıdır. Peki ama,
bu tercihin objektif kriteri nedir? Pekala, bunun tersi de ileri
sürülebilir. Objektif temelinin olmaması bir yana, böyle bir
tercih her şeyden önce, anayasa maddeleri arasında bir ayrım
yapmak, maddeler arasında bir hiyerarşi kurmak anlamına gelir.
Yukarıda ki örnekte, mülkiyet hakkının düzenlendiği maddeye
meclis sisteminin düzenlendiği maddeye göre bir üstünlük, bir
değiştirilemezlik atfedilmektedir. Oysa bilindiği gibi anayasa

65. Kubalı, s.104.

66. Kubalı, s.104.

maddeleri arasında bir hiyerarşi yoktur. Tüm maddeler - değiştirilemeyecekleri açıkça belirtilenler hariç- aynı anayasada yer almaları itibarıyla aynı değere sahiptirler. Eşdeğerdeki maddelerden hareketle, bunlardan bazılarına, anayasanın ruhuna ilişkin olduklarını ileri sürerek değişmezlik tanımak, anayasa maddeleri arasında sunî ve keyfî bir hiyerarşi yaratmak anlamına gelir. Özetle, *anayasanın ruhu*, hukuken saptanamayacak bir kavram, *hukuk-ötesi* (meta-juridique) bir kavramdır.

Bununla birlikte, yukarıda açıklandığı gibi, her anayasanın genel anlamda bir özü, bir ruhu vardır. Bu anayasanın dayandığı dünya görüşüdür. Bu anlamdadır ki, anayasalar, önlerine “liberal”, “sosyalist” vb. sıfatlar alabilmektedirler. Ama genel anlamdaki bu öze, yine yukarıda açıklandığı gibi, bir hukukî değer tanınmaz.

Ancak sorun bu kadar basit değildir. Bir de “*özün somutlaşması*”, “*ruhun canlanması*”, açıkçası “*özün hukukîleşmesi*” hali vardır. Bu anayasanın dayandığı temel ilkelerin, anayasada açıkça değiştirilemeyeceklerinin belirtilmesiyle olur. Bu taktirde “*hukuk-ötesi*” halde bulunan öz, “*hukukî*”leşir. Artık, bu durumda, söz konusu “*hukukîleşmiş öz*” tali kurucu iktidarı bağlar. “Hukukîleşmiş öz” aslında, yukarıda “1. Tali Kurucu İktidar Anayasanın Değiştirilemeyecek Hükümlerini Değiştirebilir mi?” başlığı altında gördüğümüz “*içeriksel sınırlamalar*”dan ya da “*kısmi değişmezlik*”ten başka bir şey değildir. Bu sorunu yukarıda çözdüğümüz için, burada tekrar aynı tartışmaya girmiyoruz.

Son olarak belirtelim ki, anayasanın ruhuna bağlayıcılık tanımak için ileri sürülen “*anayasaya karşı hile*” argümanında da hukuken isabet yoktur. Faşist ve nasyonal sosyalist rejimlerin, anayasanın öngördüğü usûlle anayasayı değiştirerek mevcut siyasal rejimden bambaşka siyasal rejimler kurdukları doğrudur. Ancak, mevcut anayasaların genel anlamda özünü oluşturan liberal ilkelerin değiştirilemeyecekleri söz konusu anayasalar da öngörülüyor idiyse, yani anayasanın *liberal özü hukukîleşti-*

rilmemiş ise, faşist değişikliklerin anayasaya aykırı olduklarını, anayasaya karşı hile oluşturduklarını söyletebilecek elde hiçbir hukukî veri yoktur. Zira, bu durumda tali kurucu iktidar, maddî bakımdan sınırsız bir iktidardır. Faşist tali kurucu iktidarların yaptığı şey de bu sınırsızlıktan yararlanmaktan ibarettir. Özetle, bu öz hukukîleştirilmeden, faşist tali kurucu iktidarların anayasanın özünü ihlal ettikleri hukuken söylenemez. Zira bu anlamda öz, zaten “hukuk-ötesi”nde bulunmaktadır.

Ancak, faşizm öncesi anayasada, liberal özün değiştirilemeyeceği açıkça belirtilmişse, yani öz hukukîleştirilmişse, bu takdirde, faşist tali kurucu iktidarın maddî bakımdan sınırlı olduğunu, bu sınırı aştığında ise, bu iktidarın hukuka aykırı hale geldiğini söyleyebiliriz.

Örneğin, Türkiye’de 1982 Anayasası, 2’nci maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına saygılı, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğunu hükme bağlamıştır. 4’üncü maddesiyle de bu maddeyi değişmezlik kapsamına almıştır. Bu nedenle 1982 Anayasasının bir “*hukukîleşmiş öz*”e sahip olduğunu söyleyebiliriz. Artık bu öze aykırı değişiklik yapılamaz. bu nedenle, Türkiye’de 1982 Anayasası ortamında faşist bir rejim, anayasanın içinde kalınarak, anayasanın öngördüğü değiştirme usûllerinden yararlanarak kurulamaz. Çünkü, 1982 Anayasasının bir “*hukukîleşmiş özü*” vardır ve tali kurucu iktidarlar maddî bakımdan bu özle sınırlıdılar.

Altıncı Bölüm

TALİ KURUCU İKTİDARIN BİÇİMLERİ: ANAYASAYI DEĞİŞTİRME USÛLLERİ

Tali kurucu iktidarın biçimleri, diğer ifadeyle anayasayı değiştirme usûlleri, oldukça çeşitlidir. Daha öncede belirtildiği gibi tali kurucu iktidar hukukî bir iktidardır. Bu nedenle bu iktidarın uyacağı usûl de hukukî bir usûldür. Ancak somutta bu usûlün *ne olacağının* belirlenmesi hukukun dışında kalır. Yani anayasayı değiştirme usûlü konusunda önceden saptanmış evrensel bir hukuk kuralı yoktur. Tali kurucu iktidar belirli bir usûle uymak zorunda değildir. Gerçekten de Eroğul'un belirttiği gibi anayasalar değiştirilmeleri sorununu son derece çeşitli şekillerde çözmüşlerdir. Şu ya da bu çözüm siyasî bakımdan daha doğru veya kullanışlı olabilir. Ancak bunlardan birinin hukuken daha doğru ya da daha geçerli olduğunu söyleyemeyiz¹.

Çalışmamızın konusu *anayasa türlerinin* incelenmesi olmamakla birlikte, anayasayı değiştirme usûllerini incelemeye geçmeden önce, kısaca anayasa türlerini incelemekte yarar vardır. Zira, anayasayı değiştirme usûlleri herşeyden önce anayasanın yazılı-yazısız ve yumuşak-katı olmasına göre değişmektedir.

1. Eroğul, s.31.

I. ANAYASA TÜRLERİ

Anayasalar, klasikleşmiş bir ayrıma göre, “*yazılı-yazısız*” ve “*katı-yumuşak*” şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Biz de burada bu ayrıma kısaca değineceğiz. Ancak bu değinmemiz, sadece anayasayı değiştirme usûllerini temellendirmek için gerektiği ölçüde olacaktır. Söz konusu ayırımdaki değiştirme sorunuyla ilgisiz yanlar, örneğin birbirlerine karşı üstünlükleri konumuzun dışında kalır.

A. YAZILI ANAYASA-YAZISIZ ANAYASA AYRIMI

Klasik bir ayrıma göre anayasalar, “*yazılı anayasalar*” (constitutions écrites) ve “*yazısız anayasalar*” (teamülî anayasalar, geleneksel anayasalar = constitutions coutumières) olmak üzere ikiye ayrılıyor.

1. Yazılı Anayasa

Yazılı anayasa, bir anayasa içinde olması düşünülebilecek kuralların, bir yetkili organca, öngörülen usûllere uygun olarak *belirli bir belge* içinde toplanmasıdır. Ancak bu kuralların, mutlaka tek bir metinde toplanması şart değildir. Örneğin, Fransa’da III’üncü Cumhuriyet Anayasası üç ayrı anayasal kanundan oluşuyordu. Ancak böyle kanunların bir yazılı anayasa olarak nitelendirilebilmesi için yetkili organlarca konulmuş olması ve diğer kanunlardan hiyerarşik bakımdan üstün olması gerekir².

2. Yazısız Anayasa

“Yazısız” anayasa, herşeyden önce, “yazılı” anayasanın karşıtıdır. Yazısız anayasa daha çok “*teamülî anayasa*” ya da

2. Teziç, s.145-46; Tunaya, s.116; Eroğul, s.11; San, s.33; Chantebout, s.27; Pactet, s.67-68; Burdeau, *Droit*, s.57-58; *Traité*, c.III, s.15; Fabre, s.147-48; Laferrière, s.269-74.

“*geleneksel anayasa*” olarak adlandırılır. Bu tür anayasa, toplum içinde belirli bir süre kesintisiz olarak tekrarlanan ve geniş bir konsensusa dayanan davranışlardan oluşur. XVIII. yüzyıla kadar bütün Dünya anayasaları birer teamülî anayasaydı. Günümüzdeyse, İngiltere, İsrail ve Yeni Zelanda başta olmak üzere, sadece 12 anayasa, yazısız niteliktedir. Eroğul’un ifadesiyle artık, “Dünya bir yazılı anayasalar dünyasıdır”³. İsminden de anlaşılacağı üzere söz konusu gelenekler yazısızdır. Ancak bu anayasanın “yazısız” olması, hiçbir kuralın yazılı belgelerde saptanmadığı anlamına gelmez. Teamülî anayasanın da bazı kuralları, pekala, yazılı belgelerle saptanabilir. Örneğin, teamülî anayasanın en güzel örneği olan İngiliz Anayasasının bazı kurallarını içeren kimi *belgeler* vardır: *Magna Carta Libertatum*, *Petition of Rights*, *Habeas Corpus Act*, *Act Settlement*, *Parliament Acts* gibi. Ancak, böyle metinleri yazılı anayasalardan ayıran şey, hiyerarşik bakımdan diğer kanunlardan üstün olmamalarıdır⁴.

B. YUMUŞAK ANAYASA-KATI ANAYASA AYRIMI

Klasikleşmiş ikinci bir ayrıma göre anayasalar, “*yumuşak*” (*souple*, *flexible*) ve “*kati*” (*rigide*) olmak üzere ikiye ayrılabilir.

1. Yumuşak Anayasa

Adî yasalarla aynı usûllerle ve aynı organlarca değiştirilebilen anayasalar, *yumuşak anayasalar*dır⁵.

3. Eroğul, s.81, 177.

4. Eroğul, s.11; Lijphart, s.126-27; San, s.33; Teziç, s.146-47; Tunaya, s.116-17; Burdeau, *Droit*, s.55-58; *Traité*, c.III, s.15-18; Pactet, s.67-68; Chantebout, s.26-27; Fabre, s.147-48; Laferrière, s.269-74.

5. Yumuşak anayasa konusunda bkz. Vedel, s.116; Tunaya, s.116; Kubalı, s.93; Celier, s.276; Chantebout, s.35; Teziç, s.163; Fabre, s.149; Laferrière, s.282-83; Liet-Veaux, s.161-62; Eroğul, s.19; San, s.31-33; Wheare, s.21-25.

Yukarıda gördüğümüz yazısız anayasalar, mahiyetleri gereği yumuşak niteliktedirler. Örneğin, İngiltere, Yeni Zelanda ve İsrail Anayasaları, yazısız olmaları itibarıyla birer yumuşak anayasadırlar⁶.

Ancak birer yazılı anayasa olmakla birlikte, yumuşak anayasalar da vardır. Bir yazılı anayasanın yumuşak nitelikte olması *iki şekilde* mümkündür. Anayasa, ya açıkça adî kanunlar gibi değiştirilebileceğini hükme bağlar; ya da değiştirme konusunda hiçbir hüküm içermez. Birinci hale 1963 Singapur Anayasası örnek gösterilebilir. Bu anayasa, “yasama organının kabul edeceği bir kanunla değiştirilebileceğini” açıkça hükme bağlıyordu (m. 90/1)⁷. İkinci hale örnek olarak ise, 1967 Irak, 1956 Sudan ve 1929 Vatikan Anayasaları gösterilebilir. Bu anayasalar değiştirilme usûllerini düzenlemediklerinden adî kanunlar gibi değiştirilebileceklerini kabul etmek gerekir⁸. Yumuşak anayasanın, diğer tarihsel örnekleri de şunlardır: 1814 ve 1830 Fransız Şartları⁹, 1848 İtalyan, 1918 Sovyet, 1909 Güney Afrika, 1922 İrlanda¹⁰ ve 1975 Çin Anayasaları¹¹. Lijphart’ın not ettiğine göre, İzlanda ve İsveç Anayasaları da adî çoğunluk kuralı ile değiştirilebilen anayasalardır¹².

Yumuşak anayasa sisteminde yasama organı adî bir kanun yapar gibi anayasayı değiştirebilir. Ancak bu serbestlik salt biçimsel anlamda, salt hukukî plandadır. Sosyolojik anlamda yumuşak anayasanın değiştirilmesini sınırlayan bir çok faktör olabilir. Temel hak ve özgürlükler gibi çok önemli bir alanda

6. Lijphart, s.125-26.

7. Eroğul, s.177, 247.

8. Eroğul, s.33, dn. 1.

9. Chantebout, s.35.

10. Kubalı, s.85.

11. Chantebout, s.35.

12. Lijphart, s.126-27.

anayasayı değiştirmeye kalkan yasama organı, kamuoyunun ve örgütlenmiş muhalefetin sert tepkisiyle karşılaşabilir¹³.

Yumuşak anayasa sisteminde, “*anayasanın üstünlüğü*” bir sözden başka bir şey değildir. Zira, bu sistemin ayırıcı özelliği, anayasaların adî bir kanunla değiştirilebilmesidir. Gerçekte, yumuşak anayasa ile kanun değiştirilebilmesidir. Gerçekte, yumuşak anayasa ile kanun aynı normlar hiyerarşisinde yer alır¹⁴. Bu nedenle, yumuşak anayasanın anayasallık değerinin tartışmalı olduğu ileri sürülmüştür. Bunlara göre, bir bakıma şekil açısından, yumuşak anayasa, anayasa sayılamaz. Çünkü bu normlar en üstün hukuk kategorisini temsil etmezler¹⁵.

Diğer yandan Kubalı, 1848 İtalyan Anayasasının yumuşak olduğunu; Mussolini’nin bu yumuşaklıktan yararlanarak rejimi kolayca değiştirdiğini belirtiyor. Yazara göre, yumuşak anayasalar, anayasanın üstünlüğü ilkesine sahip olmadıkları için hukukla bağlı devlet fikrine ve demokrasi prensiplerine aykırıdır¹⁶.

Kanımca Kubalı’nın bu yargısı ihtiyatla karşılanmalıdır. Zira, İzlanda, İsveç, İsrail, Yeni Zelanda ve İngiltere gibi demokratikliğinden kuşku edilmeyen ülkelerin¹⁷ yumuşak anayasaları vardır.

Diğer yandan, bir anayasanın yazısız olması hukuken bir eksiklik değildir. Zira, bir anayasanın değiştirilme usûlünü düzenlememesi durumunda söylenebilecek tek şey, değiştirilme konusunda anayasada bir *boşluk* olduğudur. Boşluğu doldurma yöntemi ise, yine hukukun kendisi tarafından öngörülmüştür. O halde içinde böyle bir boşluk bulunan bir anayasanın hukuka

13. Mümtaz Sosyal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987, s.9.

14. Pactet, s.75.

15. Vedel, s.116; Tunaya, s.116.

16. Kubalı, s.83.

17. Demokratiklik ölçütümüz için bkz. Yukarıda, İkinci Kısım, Beşinci Bölüm, dn. 122.

aykırı olduğu söylenemez¹⁸. Sonra, bir anayasanın yazısız, dolayısıyla yumuşak olması, bir eksiklik olarak değil tam tersine bir üstünlük olarak yorumlanabilir. Zira yazısızlık, biçimsel bir anayasaya ihtiyaç duymamaktan, “temel siyasal normlar üzerindeki güçlü bir oydaşma”dan kaynaklanıyor olabilir¹⁹.

Özetle, değiştirme usûlü açısından yumuşak anayasa sisteminin katı anayasa sistemine göre daha değersiz olduğu *hukuken* söylenemez. Yumuşaklık da katılık da birer hukukî düzenlemedir. Bu düzenlemelerden hangisinin tercih edileceği meselesi hukukî değil, *siyasî* bir meseledir²⁰.

2. Katı Anayasa

Adî yasalardan farklı usûl ve organlarca değiştirilebilen anayasalar, katı anayasalardır²¹.

Yazısız anayasalar, nasıl nitelikleri gereği yumuşak iseler, yazılı anayasalar da aynı şekilde katıdırlar. Bir kaç istisna²² dışında yazılı anayasaların hepsi, değiştirilme usûllerini yine kendileri saptamaktadırlar. Değiştirme usûlünün bir kez anayasada saptanması kabul edilince zorunlu olarak, kanunlar için öngörülenden farklı bir usûl tespit edilmektedir. zira bunun aksi, mantıki bir tutarsızlık olur. Adî kanunların değiştirilmelerinden farklı bir usûl öngörmedikçe anayasanın, değiştirilme usûlünü ayrıca düzenlemesinin bir anlamı yoktur. Çünkü bu hükümler anayasada zaten vardır²³.

18. Eroğul, s.20.

19. Lijphart, s.125.

20. Eroğul, s.20.

21. Katı anayasalar için bkz. Kubalı, s.93; Tunaya, s.116; Teziç, s.163; San, s.31-32; Eroğul, s.19; Celier, s.276; Chantebout, s.35; Vedel, s.116; Leit-Veaux, s.161-62; Pactet, s.75; Fabre, s.149; Laferrière, s.283-85; Wheare, s.21-25.

22. 1964 Irak, 1956 Sudan ve 1929 Vatikan Anayasaları (Eroğul, s.33, dn. 1).

23. Eroğul, s.19.

Bu nedenle katı anayasalara ayrıca örnek vermek gereksizdir. Yukarıda yumuşak anayasa olarak sayılan bir kaç örneğin dışında tüm *yazılı* anayasalar katı niteliktedir.

Anayasaların katılığı çok farklı şekillerde sağlanabilir. Örneğin, anayasanın değiştirilmesi için 2/3 gibi özel bir çoğunluk aranabileceği gibi değişiklikten sonra halkoylamasına sunulması zorunluluğu öngörülebilir. Keza, anayasanın bazı maddelerinin değiştirilmesinin yasaklanabileceği gibi, anayasada belirli süre değişiklik yapılması sınırlanabilir²⁴.

Yukarıda açıklandığı üzere bir anayasanın yumuşak ya da katı olması gerektiği hukuken söylenemeyeceği gibi, bir anayasanın ne kadar katı olacağı da hukuken söylenemez. Diğer bir ifadeyle bir anayasanın katılık derecesi hukuk-dışı bir sorundur. Eroğul'un belirttiği gibi, bir anayasa, “bu anayasa adî bir kanunla değiştirilebilir” diye bir hüküm getirebileceği gibi “bu anayasa hiçbir zaman değiştirilemez”²⁵ diye de bir hüküm getirebilir. Bu son durum yani mutlak katılık çeşitli gerekçelerle eleştirilebilir. *Bir kere*, mutlak katılığın siyasal hayatın gerçekleriyle çeliştiği söylenebilir. Ama bu itiraz onu hukuka aykırı hale getirmez. Zira bu durumda düzenleme “pek akıllı” ve “uzun ömürlü” değildir; ama yine de “hukukî”dir²⁶. *İkinci olarak*, bu düzenlemenin müeyyidesiz olduğu ileri sürülebilir. Yukarıda çeşitli defalar belirttiğimiz gibi, anayasa hukukunda müeyyidesi öngörülmemiş daha bir çok norm vardır. Zira, normlar hiyerarşisinin üst kesimlerine çıkıldıkça müeyyide uygulama imkanı ortadan kalkmaktadır²⁷. Kaldı ki müeyyide, hukuk normunun değil, hukuk düzenini bir tanımlayıcı unsurudur. Bütünü itiba-

24. Kubalı, s.94; Eroğul (s.183-84), katılık sağlayıcı araçların bir listesini veriyor.

25. Örneğin 1919 Finlandiya Anayasası (m. 95/1) Anayasanın değiştirilmesini resmen yasaklamıştır (Eroğul, s.50).

26. Eroğul, s.20.

27. Hafızoğulları, *Ceza Normu*, s.171.

rıyla müeyyideye dayanan bir düzen içinde, kendileri için ayrı bir müeyyide öngörülmemiş bir çok hukuk kuralı olabilir²⁸.

İşte bu nedenle, yumuşaklık-katılık arasındaki tercih nasıl siyasal bir tercihsen, katılığın dereceleri arasındaki tercih de aynı şekilde bir siyasal tercihtir²⁹.

II. USÛLLERİN AÇIKLANMASI³⁰

Yukarıda belirttiğimiz gibi, anayasayı değiştirme usûlleri, herşeyden önce, anayasanın yazılı veya yazısız olmasına göre değişmektedir. Biz de bu usûlleri, önce yazılı ve yazısız anayasa sistemine göre inceleyeceğiz.

A. YAZILI ANAYASA SİSTEMİNDE

Yazılı anayasa sisteminde değiştirme usûlü, genel olarak, yazılı bir kurala bağlanmıştır. İşte yazılı anayasalar kendi saptadıkları bu kurallara göre değiştirilirler.

Anayasayı değiştirme usûllerini üç safhada inceleyebiliriz: *Teklif, karar ve onay*.

28. Eroğlu, s.20 ve dn. 20.

29. Eroğlu, s.20.

30. Eroğlu'nun yapıtı, anayasayı değiştirme usûlleri konusunda yapılmış mü-kemmel bir saha çalışmasıdır. Sanırım, bu konunun Eroğlu'nun çalışması ile büyük ölçüde tüketilmiş olduğunu söylemek bir abartı olmayacaktır. Bu durum karşısında bu konuda yeni bir şeyler ortaya koymak oldukça güç. Biz de bu nedenle, anayasayı değiştirme usûlleri konusunda Eroğlu'nun yazdıklarını özetleyip aktarmakla yetindik. Bundan dolayı bu bölüm, hakkettiğinden çok daha kısa tutulmuştur. Bu konuda geniş ve doyurucu bilgi için bkz. Eroğlu, s.33-92. Ayrıca belirtelim ki, anayasayı değiştirme usûlleri konusunda herhangi bir anayasa hukuku kitabında yeterli bilgi bulunabilir. Örneğin bkz. Kubalı, s.106-107; Tunaya, s.130-33; Teziç, s.164-69; Burdeau, *Droit*, s.85-93; *Traité*, c.III, s.267-81; Chantebout, s.36-39; Hauriou, Gicquel ve Gélard, s.338-39; Laferrière, s.292-300; Leit-Veaux, s.165-67; Pactet, s.76-77; Vedel, s.116-17.

1. Teklif Safhası

Bu safha anayasa değişikliğinin yapılmasının bir ihtiyaç olduğunun ileri sürülmesi ve söz konusu teklifin hazırlanıp karar organlarına sunulması işlemlerini kapsar³¹. Açıkçası teklif safhası, anayasa değişikliğinin fiilen gerçekleştirilmesi safhasına kadar uzanan bütün işlemleri içerir. Bunları incelerken cevaplandırılması gereken iki soru vardır: (1) Teklif yetkisi *kime* aittir? (2) Bunun uyması gereken *usûl* nedir³²?

a. Teklif Yetkisi

Anayasalar teklif yetkisini çok çeşitli organlara vermektedirler. Bazı anayasalar, bu yetkiyi sadece yürütmeye veya sadece yasamaya tanırken, bazıları da hem yasamaya hem de yürütmeye tanımaktadır. Diğer küçük bir grup anayasa ise, teklif yetkisini halka da tanımaktadır³³.

b. Teklif Usûlü

Bundan, teklifin geçerli olabilmesi için uyulması gereken şekil şartları anlaşılır. ancak açıktır ki, teklif yetkisinin hangi organa ait olacağı meselesi burada çok önemlidir. Çünkü usûl kuralları, görüşmeleri aleni olarak cereyan eden, kalabalık kurullar için geçerlidir. Bir kişi ya da küçük bir grup için usûl kurallarının bir anlamı yoktur. Bu nedenle yürütmeden gelen tekliflerin belirli bir usûle bağlanması çok zordur. Bu bakımdan aşağıda yapılan usûl incelemesi hep *yasama organından* gelen teklifler için geçerlidir³⁴.

31. Eroğul, s.31.

32. Eroğul, s.34.

33. Eroğul, s.34-41.

34. Eroğul, s.41-42.

aa. Teklifleri Özel Şartlara Bağlayanlar

Eroğul'un incelediği ülkelerin % 40'ı koydukları çeşitli usûl kuralları ile anayasa değişikliği tekliflerinin yapılmasını zorlaştırmaya çalışmışlardır. Bu amaçla, bir kere bir çok ülke, anayasa değişikliği tekliflerinin yapılmasını zorlaştırmaya çalışmışlardır. Bazı anayasalar, değişiklik teklifi için beş on milletvekilinin imzasıyla yetinirken, bazıları milletvekillerinin üçte birinin imzasını aramışlardır. İkinci olarak bazı anayasalar, tekliflerin bir kaç defa görüşülmesini öngörmüştür. Diğer bazı anayasalar ise teklifi zorlaştırmak için, teklifte bulunan yasama organının feshini öngörmüştür³⁵.

bb. Teklifleri Zaman Bakımından Sınırlayanlar

Yukarıda³⁶ görüldüğü gibi, bazı anayasalar, değiştirilmelerini belirli bir süre yasaklamaktadırlar³⁷.

cc. Teklifleri İçerik Bakımından Sınırlayanlar

Yine yukarıda³⁸ gördüğümüz gibi, bazı anayasalar, kimi maddelerinin değiştirilmelerini yasaklamaktadırlar³⁹.

2. Karar Safhası

Bu safha değişiklik teklifinin kabul veya reddine varan bütün işlemleri içerir. Burada da iki önemli soru vardır: (1) Karar yetkisi hangi organa aittir? (2) Bu organın uyacağı usûl nedir⁴⁰?

35. Eroğul, s.42-46.

36. Bu kısım, Beşinci Bölüm, II, B, 2.

37. Bkz. Eroğul, s.46-48.

38. Bu kısım, Beşinci Bölüm, II, B, 1.

39. Bkz. Eroğul, s.48-51.

40. Eroğul, s.53.

a. Karar Yetkisi

Eroğul'un belirttiği gibi, anayasaların çoğu (% 80'i) karar yetkisini yasama organına vermektedir. Bununla birlikte karar yetkisini yasama organının dışında başka bir organa veren anayasalar da yok değil. Bazı anayasa koyucular, anayasayı değiştirme yetkisini her an ellerinde tutmak için, bu yetkiyi yürütme-ye, bazıları da anayasaların değiştirilmesini çok güçleştirmek için özel bir meclise vermektedirler⁴¹.

b. Karar Usûlü

Karar safhasında bir çok usûl kuralı vardır. Bu nedenle bu kurallar, ülkelere istedikleri katılık derecesine ulaşma imkanı vermekte, dolayısıyla çok kullanışlı araçlar oluşturmaktadırlar⁴².

Bu kuralları şöyle özetleyebiliriz: Bazı anayasalar, karar için birden fazla görüşmeye şart koşmuş, diğer bazıları karar için 2/3 ya da 3/5 gibi özel bir çoğunluk aramış, diğer bazıları ise bu safhada özel süreler öngörmüştür. Nihayet bir başka grup anayasa ise, değişiklik konusuna göre farklı usûller öngörmüştür⁴³.

3. Onay Safhası

“Onay safhası anayasa değişikliğinin son safhasıdır. artık ayrıntılarıyla kararlaştırılmış bulunan değişikliklerin, yayınlanıp yürürlüğe girmeden önce, aşmaları gereken son engeldir. Anayasaların önemli bir kısmı bu safhaya lüzum dahi görmemiş, usûlüne göre kararlaştırılan değişikliklerin herhangi bir onaya ihtiyaç göstermeden kesinlik kazanacağını kabul etmiştir. Ancak anayasaların çoğunluğu, değişikliğin tamamlanmasından önceki bu son düşünme fırsatını kullanmayı tercih etmiştir. Burada bunların buldukları çareler incelenecektir. Teklif ve

41. Eroğul, s.53-57.

42. Eroğul, s.58.

43. Eroğul, s.58-66.

karar safhasında olduğu gibi, bu safhada da sorulacak başlıca iki soru vardır: (1) Onay yetkisi *kime* aittir? (2) Bunun uyması gereken *usûl* nedir⁴⁴?

a. Onay Yetkisi

Bazı anayasalar devlet başkanına dar ya da geniş bir veto hakkı vermektedirler. Diğer bazı anayasalar ise, veto hakkını halka vermektedirler. Bunu bir halk vetosu olarak anlamamak gerekir. Halk, Demokratik Almanya, İtalya ve Lihtenştayn dışında hiçbir yerde usûlüne göre gerçekleştirilmiş bir anayasa değişikliğini iptal etmek amacıyla kendi arasında imza toplamak yetkisine sahip değildir. Bu üç ülke dışında halk, ancak kendine sunulan metinleri veto edebilir. Halkoylamasına gidilip gidilmeyeceğini ise anayasa belirler. bazı anayasalar ancak belirli konularda, bazıları ise belirli şartların gerçekleşmesi durumunda halkoylamasına gidilebileceğini öngörmüştür. Diğer bazı anayasalar ise, istisnasız her değişiklik hakkında halkoylaması usûlünü öngörmüşlerdir⁴⁵.

b. Onay Usûlü

Yukarıda belirtildiği gibi usûl kuralları, görüşmeleri aleni olarak cereyan eden kalabalık kurullar için geçerlidir. Onay yetkisi ise, devlet başkanına ya da halka aittir. Gerek devlet başkanı gerek hak için usûl kurallarının bir anlamı yoktur⁴⁶.

Son olarak, yukarıda açıklanan usûllerden başka özel usûl ve orijinal çözümlerin de olduğunu söyleyelim⁴⁷. Nihayet, gerçek hayatta, daima önceden tahmin edilemeyen usûllerle karşılaşmak da her zaman mümkündür.

44. Eroğul, s.68-69.

45. Eroğul, s.73-78.

46. Bkz. Eroğul, s.69.

47. Bunlar için bkz. Eroğul, s.50-55, 66, 78-79.

B. YAZISIZ ANAYASA SİSTEMİNDE ANAYASAYI DEĞİŞTİRME USÛLÜ

Eroğul'un incelediği 137 ülkenin sadece 12'sinin yazılı anayasası yoktur⁴⁸. Eroğul'un belirttiği gibi, yazısız anayasalarda “değiştirme usûlünün yazılı bir kurala bağlanamayacağı ortadadır. Böyle bir kuralın anlamı olabilmesi için *hangi* hükümlere uygulanacağını belli olması gerekir. Teamülî anayasa sisteminde ise bu sorunun kesin bir yanıtı olamaz. Olursa, anayasa kuralları yazılı bir belgede ... tespit edilmiş olur; o takdirde de, teamülî anayasa sistemi terkedilmiş yazılı anayasa sistemine geçilmiş demektir. Fakat belli bir konuda değişikliğin yazılı olarak yapılmasına engel yoktur. Önemli olan, başka bir anayasa kuralının başka bir usûlle değiştirilebilmesi, bu değişikliğinde diğeri kadar geçerli sayılmasıdır”⁴⁹.

Bu nedenle, “teamülî anayasalarda, yazılı anayasalar sisteminin aksine, belli bir değiştirme usûlüne hukukî üstünlük verilmesi sistemin mantığına ters düşer. Zaten teamülî anayasa sisteminde, buna fiilen imkan da yoktur. Dolayısıyla bunlarda, değiştirme sorununu belli bir hukuk metinlerini ele alarak incelemek mümkün değildir. Bu tür sistemlerde değiştirme usûlünü ortaya çıkarmanın tek yolu, değişikliklerin *fiilen* nasıl yapıldığını araştırmaktan ibarettir”⁵⁰.

O halde, burada teamülî anayasaların nasıl değiştiklerini saptamak için bu tür anayasaya sahip 12 ülkeyi ayrı ayrı incelemek gerekir. Biz bunu yapmak yerine, en bilinen teamülî anayasa örneğini, İngiltere örneğini incelemekle yetiniyoruz.

İngiltere’de anayasa değişikliği başlıca iki şekilde olur:

1. *Belli bir kuralın fiilen yerleşmesine veya ortadan kalkmasına yol açan günlük uygulamalar ile:* Bu durumda değiştirme yetkisinin kime ait olduğunu belirlemeye imkan yoktur.

48. Eroğul, s.18.

49. Eroğul, s.11.

50. Eroğul, s.12.

Siyasî organlar, toplum içinde değişen kuvvet dengesini yansıtır. Bir siyasal bunalım anında, kuvvet dengesine kim hakimse onun kabul ettiği veya ettirdiği çözüm yeni bir anayasa kuralı olur. Böylece anayasa çoğu zaman farkına dahi varılmadan değişir⁵¹.

2. *Önemli bir sorunu çözmek için özel olarak konulan kurallar ile:* Anayasayı değiştirmenin bu ikinci hali, daha çok, siyasal bunalım dönemlerinde uygulanmıştır. Bu usûl büyük sıçramalara işaret eder. Burada, önceki yöntemin aksine konulan bir *yazılı* kural vardır. Örneğin *Magna Carta Libertatum* Kral John'un imzasını taşır. Lordlar Kamarasının yetkilerini kisan 1911 ve 1949 Kanunları Avam Kamarası tarafından kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi, bu durumda değişikliklerin sahibini tespit etmek mümkündür. Bu değiştirme yetkisi Norman istilasından XVII. yüzyıla kadar Kralın eline kalmıştır. 1628 ve 1688 devrimlerinden sonra ise, kurucu iktidar parlamentoya geçmiştir⁵².

Özetle, İngiliz Anayasası “biri bilinçsiz diğeri ise bilinçli olmak üzere iki yoldan değişmektedir. Genel kural birinci yoldur. Burada, ne yetkili organ, ne de belirli bir usûl vardır. Değişmez şart, siyasî organların toplumdaki kuvvet dengesine, uzaktan da olsa sadık kalmalarıdır. Bu şarta uyulmadığı zaman buhran doğar ve ikinci yönteme başvurulur. İkinci yöntemde, bugün için yetkili organ Avam Kamarası’dır. Usûlünü de, tamamen serbest bir şekilde, kendisi tayin eder”⁵³.

Kemal Gözler, *Kurucu İktidar*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1998, XVI+192 s. (www.anayasa.gen.tr/kurucuiktidar.pdf) © K.Gözler. Her hakkı saklıdır.

51. Eroğul, s.85.

52. Eroğul, s.85.

53. Eroğul, s.86-87.

SONUÇ

I. 1. *Kurucu iktidar*, bir devletin anayasasını yapma ya da değiştirme iktidarı olarak tanımlanmaktadır. Bu iktidar, *aslî kurucu iktidar* ve *tali kurucu iktidar* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Aslî kurucu iktidar anayasayı *yapma*, tali kurucu iktidarsa anayasayı yine o anayasada öngörülen usûllerle *değiştirme* iktidarındır.

2. Kurucu iktidarın yanında bir de *kurulu iktidardan* bahsedilir. Bu iktidar ise, kaynağını ve yetkilerin kurucu iktidardan alan, devletin çeşitli yetkilerini kullanma iktidarındır.

3. Kurulu iktidarlardan ayrı bir kurucu iktidar düşüncesine ilk kez Emmanuel Sieyès'te rastlanır. Bu iktidarın isim babalığını yapmak da Sieyès'e nasip olmuştur.

II. 1. Aslî kurucu iktidarın *hukukî niteliği* hayli tartışmalıdır.

Pozitivistlere göre aslî kurucu iktidar, *hukuk-dışı* bir iktidardır. Zira bu anlayışa göre, bir işleme hukukî nitelik kazandıran şey, o işlemin daha önceki bir kurala dayanmasıdır. Aslî kurucu iktidarın ise, dayanabileceği daha eski bir kural yoktur.

Tabîî hukukçular ise aslî kurucu iktidarı, *hukukî nitelikte* bir iktidar olarak görmektedirler. Onlara göre kurucu iktidar, kanunların ve anayasanın üzerinde yer alan bir hak ve adalet fikrine dayandığı takdirde hukukîdir. Kanımızca bu görüş, isabetsizdir. Zira, kanunların ve anayasanın üzerinde yer alan bir hak ve adalet fikrinin ne olduğu asla belirlenemez.

Burdeau da, aslî kurucu iktidarı *hukukî* bir iktidar olarak görmektedir. Yazara göre aslî kurucu iktidarın *hukukî* niteliğinin bilinebilmesi, devrimlerin anlamının bilinebilmesine bağlıdır. Ona göre devrim, yeni bir hukuk düzeninin yaratılmasına işaret eder. Bu yeni hukuk düzeninin geçerliliği devrimci hareketin başarısına değil, toplumda egemen olan “*hukuk fikri*”nin değişmesine bağlıdır. Devrim hukukun kesintiye uğraması değil, hukukun yapısının dönüşmesidir. Bu nedenle aslî kurucu iktidarı ilk elden *hukukî* nitelikte bir iktidar olarak kabul etmek gerekir. Zira o, eski hukuk fikrinin köhneleşmesiyle tükenmiş bulunan siyasal ve sosyal teşkilata hukuk yeniden kazandırmaktadır.

Kanımca *Burdeau*’nun düşüncelerine de katılmaya olanak yoktur. Bir kere, yazarın devrimleri salt kuvvet olayı olarak görmemesi; bir devrimin başarıya ulaşmasını toplumda egemen olan “*hukuk fikri*”nin değişmesine bağlaması, sosyolojik gerçeklerle çelişki halindedir. Kaldı ki, yazarın görüşlerini temellendirdiği “*hukuk fikri*” kavramı da objektif olarak açıklanamaz bir kavramdır.

Aslî kurucu iktidarın *hukukî* niteliğini açıklamaya çalışan diğer bir yazar da *Duverger*’dir. *Duverger*’nin görüşleri, temelde, kurucu iktidarın bir *oto-limitasyon teorisi* olarak görülebilir. Yazara göre, devrimlerden sonra kurulan fiili hükümetler, işbaşına gelir gelmez, bir takım *hukukî* ve felsefi ilkelere dayandıklarını, bu ilkeleri gerçekleştirmek için iktidara el koyduklarını ilan etmektedirler. Bu ilkeler, geleceğin anayasasının temelini oluştururlar; embriyon halinde de olsa pozitif bir değer taşırlar. Fiili hükümetler, bu ilkeleri ilan etmekle, *kendi kendilerini bağlarlar, taahhüt altına sokarlar*.

Oysa kanımca, bu ilkelere bağlayıcılık tanınamaz. Bir kere, fiili hükümetlerin bu ilkelere aykırı davrandığını tespit edecek ve müeyyide uygulayacak organlar yoktur. Kaldı ki, kendi kendini bağlama mantıksal bakımdan bir çelişkidir. Çünkü bu süje tarafından konulan kurallara yine kendisi tarafından uyulmama-

sı, o kuralın *ihlali* değil, *değiştirilmesi* olarak yorumlanmalıdır. Zira kural ile kurala aykırı hareket aynı süjeden çıkmak itibarıyla aynı değere sahiptir. Aynı değere sahip iki işlemden birinin diğerini ihlal ettiğini söylemek ise hukuk mantığına ters düşer. Özetle, Duverger'nin görüşleri kurucu iktidarın bir oto-limitasyon teorisidir. Ama tüm oto-limitasyon teorileri gibi sınırlamayı sağlayacak mekanizma ve mantıktan yoksundur.

Kanımca, aslî kurucu iktidarın hukukî niteliği konusundaki görüşlerin farklılığı, bu görüş sahiplerinin “hukukîlik” anlayışlarındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır. Farklı hareket noktalarından kalkıp farklı sonuçlara varılması son derece doğaldır. Bu nedenle aslında her iki grup görüşü de kendi içlerinde tutarlı, dolayısıyla geçerli görüşler olarak görmek gerekir.

O halde aslî kurucu iktidarın hukukî niteliğini saptayabilmek için, öncelikle, “hukukîlik”ten neyi anlamak gerektiği sorusuna cevap vermek gerekir. Bir kural birbirinden bağımsız olarak üç ayrı değerlendirmeye tabi tutulabilir. Bunlar *adillik*, *etkinlik* ve *geçerlilik*dir. Hukukîliğin kriteri adillik ve etkinlik değil, geçerlilikdir. Adillik hukukîliğin kriteri olamaz; çünkü, bir normun norm dışındaki bir değerle karşılaştırılmasını gerektirir. Etkinlik de hukukîliğin kriteri olamaz; çünkü bu kavram, normun ihlali halinde normun saygılığının sağlanıp sağlanmadığı sorunuyla ilgilidir. Bunun tespiti ise, hukukun *dışında* tarihi, sosyolojik bir incelemeyi gerektirir. O halde geriye hukukîliğin kriteri olarak sadece geçerlilik kalmaktadır. Geçerlilik, bir normun belli bir hukuk düzeninin parçası olup olmadığı anlamına gelir. Diğer bir deyişle normun geçerliliği, normun kendisinden önce var olan bir norma dayanıp dayanmamasına bağlıdır. Özetle bir işlem, bir kural, kendisinden önce var olan bir hukuk normuna dayanıyorsa, *hukukî*, dayanmıyorsa *hukuk-dışı*dır.

Bu sonuç ise dizi, aslî kurucu iktidarı hukuk-dışı bir olgu olarak gören pozitivist teze ulaştırıyor. Zira bu iktidarın yeni bir anayasa yaparken dayanabileceği daha eski bir kural yoktur.

2. Aslî kurucu iktidarın *sınırı* sorunu da hayli tartışmalı bir sorundur. Bazı yazarlara göre aslî kurucu iktidar, insan haklarıyla sınırlıdır. Kanımca bu görüş yanlıştır. Zira bir iktidarın sınırlı olduğunu söylemek başka şey, sınırlı olması gerektiğini söylemek başka şeydir.

Aslî kurucu iktidarın sınırlı olup olmadığı sorunu, bu iktidarın hukukî niteliğinden hareketle çözümlmelidir: Aslî kurucu iktidar, hukuk-dışı bir iktidar olduğuna göre, bu iktidar hukuken sınırsız bir iktidardır. Ancak bu sınırsızlık salt hukuksal anlamdadır. Sosyolojik anlamda bu iktidarı sınırlayan bir çok faktör elbette olabilir.

3. Aslî kurucu iktidarın *sahibi* konusunda da değişik görüşler vardır. Ulus ya da halk egemenliği kuramcılarına göre kurucu iktidarın sahibi de ulus ya da halktır. Onlara göre kurucu iktidar bir monarka ait olamaz. Zira bu ulus egemenliği kuramına aykırı olur. Ancak bu görüşe katılmaya imkan yoktur. Çünkü, kurucu iktidarın bir monarka verilmesinin ulusal egemenlik egemenlik kuramına aykırı olduğu söylenebilse de, hukuka aykırı olduğu söylenemez. Çünkü anlayışımıza göre hukuka aykırı olduğu söylenemez. Çünkü anlayışımıza göre hukukîliğin kriteri, ulusal egemenlik ilkesi değil, geçerliliktir.

Kanımca aslî kurucu iktidarın sahibi sorunu, bu iktidarın hukukî niteliğinden hareketle çözümlenmelidir: Aslî kurucu iktidar hukuk-dışı bir iktidar olduğuna göre, bu iktidarın sahibinin kim olduğu sorusu da hukuk-dışı bir sorudur. O halde bu iktidarın sahibinin kim olduğu sorusu hukukçu olarak bizi ilgilendirmez.

4. Aslî kurucu iktidarın *ortaya çıkış hallerini* de bu iktidarın hukukî niteliğinden hareketle belirleyebiliriz. Aslî kurucu iktidar, hukuk-dışı bir iktidar olduğuna göre, bu iktidarın ortaya çıkış halleri de hukuk boşluğu ortamında olması gerekmektedir. Kanımca iki tür hukuk boşluğu vardır: Bir hukuk boşluğu ya baştan itibaren mevcuttur ya da sonradan yaratılmıştır. *Baştan*

itibaren mevcut olan hukuk boşluğunda ortaya çıkan aslî kurucu iktidar, yeni bir hukuk düzeni kururken eski bir hukuk düzenini yıkmamış, zaten mevcut olan hukuk boşluğu ortamından yararlanmıştır. Bu durumda aslî kurucu iktidarın yaptığı anayasa, devletin birinci anayasasıdır. Bu hale örnek olarak, Avrupa'da Ortaçağ Feodalitesinden sonra kurulan mutlak monarşileri, sömürgecilikten kurtularak kurulan Afrika ülkelerini gösterebiliriz. İkinci halde, yani *sonradan yaratılmış bir hukuk boşluğu ortamında beliren aslî kurucu iktidar*, önce mevcut anayasayı ortadan kaldırarak bir hukuk boşluğu yaratır; sonra, bu hukuk boşluğunu yeni bir anayasa yaparak, yeni bir hukuk düzeni kurarak doldurur. Devrim ya da savaş sonrası durumlarda ortaya çıkan bu halde, yepyeni bir devlet kurulmamakta, mevcut devletin kuruluşu yenilenmektedir.

5. Aslî kurucu iktidarın *biçimleri*, yani *anayasa yapma usûlleri* sorununu da bu iktidarın hukukî niteliğinden hareketle çözebiliriz. Aslî kurucu iktidar, hukuk-dışı bir iktidar olduğuna göre bu iktidarın izleyeceği usûl de hukuk-dışı bir usûldür. Diğer bir ifadeyle, aslî kurucu iktidarın biçimlerini saptamaya hukuken imkan yoktur.

Ancak bununla birlikte, aslî kurucu iktidarın kullandıkları usûlleri, egemenlik kavramını esas alarak bir tasnife tabi tutabiliriz. Şöyle ki egemenlik, hükümdardaysa anayasa, hükümdarın bahsettiği bir *ferman*; hükümdar ile parlamento arasında bölüşülmüşse bir misak şeklinde olacaktır. Bunlar, anayasa yapmanın *monokratik usûlleridir*. Anayasa yapmanın bir de *demokratik usûlleri* vardır. Demokrasilerde artık, egemenlik bir kişiye değil, halka ya da ulusa ait olmalıdır. Egemenlik, ulusa aitse anayasa, *kurucu meclis*; halka aitse *kurucu referandum* usûlüyle yapılacaktır.

Özetle *aslî kurucu iktidar*, *hukuk-dışı*, *sınırsız*, *sahibi hukuken saptanamayan*, *hukuk boşluğu ortamında beliren*,

monokratik ya da demokratik biçimleri olan “yeni bir anayasa yapma iktidarı”dır.

III. 1. Anayasa değişikliği aleyhine bir takım düşünceler i-
leri sürülmüşse de, *anayasa değişikliğinin gerekliliği* genellikle
kabul edilmektedir. Ancak bununla birlikte bir de anayasanın
istikrarına da ihtiyaç vardır. Uygun olan, değiştirme gerekliliği
ile istikrar ihtiyacının uzlaştırılması ve anayasaya bir “*nisbî*
istikrar” sağlanmasıdır.

2. Tali kurucu iktidarın *hukukî bir iktidar* olduğu tartışma-
sızdır. Gerçekten de bu iktidar, yürürlükteki anayasadan kay-
naklanmakta, bu anayasanın koyduğu kurallar çerçevesinde
çalışmaktadır.

3. Tali kurucu iktidar hukukî bir iktidar olduğuna göre, bu
iktidarın *sahibinin* kim olduğu sorunu da hukukî bir sorundur.
Tali kurucu iktidarın sahibini anayasalar belirlemektedir. Genel-
likle anayasalar, bu iktidarı, kendi kurdukları organlardan birine
vermektedirler. Ancak anayasanın şu ya da bu organı tercih
etmesinin bir hukukî zorunluluğu yoktur. Zira bu organı, aslî
kurucu iktidar saptamaktadır. Hukuk-dışı ve sınırsız bir iktidar
olan aslî kurucu iktidarsa bu saptamayı dilediği gibi yapabilir.

4. Tali kurucu organın *yerini* değişik açılardan saptayabili-
riz. Önce, bu organın, *aslî kurucu organ karşısındaki yeri* ince-
lenebilir. Tali kurucu organ, hukukî statüsü bakımından aslî
kurucu organın altında yer alır; ondan kaynaklanır. *Fonksiyonu*
bakımından ise, aslî kurucu organla eşdeğerdedir. Sonra, tali
kurucu organın *diğer anayasal organlar karşısındaki yeri* araşt-
tırılabilir. *Hukukî statüsü* bakımından tali kurucu organ, diğer
anayasal organlardan farksızdır. O da diğerleri gibi, aslî kurucu
organın kurduğu bir “kurulmuş organ”dır. Ancak *fonksiyonu*
bakımından ise, tali kurucu organ, diğer anayasal organların
üstünde yer alır. Onların karşısında “kuruculuk” yetkisine sa-
hiptir; onların kaderini belirler.

5. Tali kurucu iktidar hukukî bir iktidar olduğuna göre, *şeklî yönden* sınırlı bir iktidardır. *Maddî yönden* sınırlılığı ise tartışmalıdır. Anayasa-üstü normlar ya da anayasa-içi hiyerarşi varsayımlarına dayanarak bu iktidarın maddî yönden de sınırlı bir iktidar olduğunu savunanlar varsa da, kanımca bu görüş kabul edilemez. Zira, anayasa-üstü normları ya da anayasanın içindeki hiyerarşik bakımdan üstün normları saptamak hukuken mümkün değildir. Kaldı ki anayasa normları arasında hiyerarşi olmadığı kabul edilmektedir. Her anayasa kuralı, aynı anayasa-da yer almak itibarıyla aynı hukukî değere sahiptir. Özetle, anayasada belirtilen değiştirme usûlüne uygun olarak gerçekleştirilen bir anayasa değişikliği geçerli bir anayasa normudur. Bu normun kendisiyle eşdeğerdeki olan normlara uygunluğunun denetlenmesi mümkün değildir. O halde tali kurucu iktidar, maddî yönden sınırsız bir iktidardır.

Ancak bir takım *özel durumları* da ayrıca incelemek gerekir.

Bir kere, tali kurucu iktidarın *anayasanın değiştirilemeyecek hükümlerini değiştirip değiştiremeyeceği sorunu* hayli tartışmalıdır. Böyle *içeriksel sınırlamaların* hukukî değerden yoksun olduğu ileri sürülmüşse de, kanımca, bu sınırlamaların bir anlamı vardır. Çünkü bu hükümlerin değiştirilemeyeceğini aslî kurucu iktidar öngördüğüne göre bu iktidardan türeyen tali kurucu iktidar, bu sınırlamalara öncelikle uymak zorundadır. Aksi halde, kendi kendisini inkar etmiş, kendi temelini kendisi yıkmış olur. Diğer yandan kanımca, anayasanın bazı maddelerinin değiştirilemeyeceği açıkça belirtilmişse, anayasa içinde bir hiyerarşi yaratıldığını kabul etmek gerekir. Değiştirilemeyeceği ayrıca belirtilen maddeler hiyerarşik bakımdan üstün maddelerdir; diğerlerinin bunlara uygunluğu denetlenebilir.

İkinci olarak, bazı anayasalar değiştirilmelerini *belirli bir süreyle yasaklamaktadırlar*. Kanımca, yukarıdaki aynı nedenlerle böyle *zamansal sınırlamaların* da hukukî değeri vardır. Bu

tür hükümler, tali kurucu iktidarın zamansal sınırını oluştururlar.

Üçüncü olarak, tali kurucu iktidarın *anayasayı bütünüyle* değiştiremeyeceği ileri sürülmüşse de, kanımca buna hukuken hiçbir engel yoktur. Zira, bu iktidarın anayasanın bir ya da bir kaç maddesini değiştirmesiyle anayasanın bütününe değiştirilmesi arasında nitelik bakımından hiçbir fark yoktur.

Dördüncü olarak, aksi ileri sürülmüşse de, tali kurucu iktidar anayasadaki *değiştirme usûlünü* de değiştirebilir. Çünkü değiştirme usûlü de anayasanın diğer maddeleri gibi değiştirilebilir bir maddede düzenlenmiştir.

Nihayet tali kurucu iktidarın *anayasanın ruhunu* değiştiremeyeceği ileri sürülmüştür. Ancak bu görüşü de katılmaya imkan yoktur. Çünkü, anayasanın ruhu objektif olarak saptanamayan hukuk-ötesi bir kavramdır. Anayasanın ruhu olarak nitelendirilebilecek temel ilkeler, anayasada sayılıp açıkça değiştirilemeyecekleri belirtilmedikçe, yani öz hukukîleştirilmedikçe, bu temel ilkelerin değiştirilmelerine hiçbir hukukî engel yoktur.

6. Tali kurucu iktidar hukukî bir iktidar olduğuna göre, bu iktidarın *biçimleri* yani *anayasayı değiştirme usûlleri* de hukukî usûllerdir. Ancak somutta bu usûllerin ne olacağının belirlenmesi hukukun dışında kalır. Başka bir anlatımla anayasayı değiştirme usûlü konusunda önceden saptanmış evrensel bir hukuk kuralı yoktur.

Anayasayı değiştirme usûlleri anayasanın türüne göre değişmektedir. Yazılı anayasa sisteminde değiştirme usûlü, genel olarak anayasada belirlenmektedir. Dünya anayasaları bu usûlleri çok değişik şekillerde düzenlemişlerdir. Yazısız anayasa sisteminde, anayasayı değiştirme usûlünü belirleyen bir kural bu anayasanın mahiyeti gereği yoktur. Bu nedenle, bu tür sistemlerde, değiştirme usûlünü ortaya çıkarmanın tek yolu değişikliğin fiilen nasıl gerçekleştirildiğini incelemekten geçer. Örneğin, yazısız anayasa sistemine sahip İngiltere’de anayasalar, ya belli bir kuralın fiilen yerleşmesine veya ortadan kalkmasına yol

açan uygulamalarla ya da önemli bir sorunu çözmek için özel olarak konulan kurallarla değiştirilmektedir.

Özetle *tali kurucu iktidar, hukukî olan ve sahibi hukuken belirlenebilen, fonksiyonu bakımından kurucu, ama hukukî statüsü bakımından kurulu olan, şeklî yönden sınırlı, maddî yöndense kural olarak sınırsız olan, anayasaların yazılı ya da yazısız olmasına göre çok değişik biçimlerde ortaya çıkan bir “anayasayı değiştirme iktidarı”dır.*

(Ankara, Nisan 1990)

BİBLİYOGRAFYA

- ABADAN (Yavuz), *İnkılap Tarihine Giriş*, Ajans-Türk Yayınları, Ankara, 1962.
- ARSEL (İlhan), *Anayasa Hukuku (Demokrasi)*, İstanbul, 1968.
- ATAÖV (Türkkaya), *Afrika: Ulusal Kurtuluş Mücadeleleri*, AÜSBF Yayını, Ankara, 1975.
- BARTHELEMY (Joseph) ve DUEZ (Paul), *Traité de droit constitutionnel*, Librairie Dalloz, Paris, 1933.
- BATUHAN (Hüseyin) ve GRÜNBERG (Teo), *Modern Mantık*, ODTÜ Yayını, Ankara, 1984.
- BURDEAU (Georges), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, Paris, 1969.
- BURDEAU (Georges), *Traité de science politique*, Tome III, LGDJ, Paris, 1950.
- CADART (Jacques), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Tome I, LGDJ, Paris, 1975.
- CARRE de MALBERG, (Raymond), *Contibution à la théorie generale de l'Etat*, Tome II, Recueil Sirey, Paris, 1922.
- CHANTEBOUT (Bernard), *Droit constitutionnel et science politique*, Armand Colin, Paris, 1985.
- CHATEAU (René), *Introduction à la politique*, Publications Chateaubriand, Paris, Tarihsiz.
- ÇAĞLAR (Bakır), *Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı*, BFS Yayınları, İstanbul, 1989.
- CELIER (Charles), *Introduction à la science politique*, Fascicule I, Les cours de droit, Paris, 1950-51.
- ÇAM (Esat), *Devlet Sistemleri*, İÜİF Yayını, İstanbul, 1976.
- DAVID (René), *Les grands systèmes de droit contemporaine (Droit comparé)*, Dalloz, Paris, 1969.
- DUVERGER (Maurice), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, PUF, Paris, 1962.

- DUVERGER (Maurice), "Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait", *Revue du droit public*, c.LX, 1945, s.73-100.
- EROĞUL (Cem), *Anayasayı Değiştirme Sorunu*, AÜSBF Yayını, Ankara, 1974.
- ESEN (Bülent Nuri), *Anayasa Hukuku: Genel Esaslar*, Ankara, 1970.
- ESMEİN (Adhémar), *Éléments de droit constitutionnel française et comparé*, Recueil Sirey, Paris, 1921.
- FABRE (Michel-Henry), *Principes républicaines de droit constitutionnel*, LGDJ, Paris, 1970.
- GÖZLER (Kemal), "Halkoylaşmasının Değeri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c.XL, 1988, S.1-4, s.97-113.
- GÖZÜBÜYÜK (A. Şeref), *Anayasa Hukuku*, S Yayınları, Ankara, 1986.
- HAURIOU (André), GICQUEL (Jean) ve GELARD (Patrice), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Editions Montcrestien, Paris, 1975.
- HAFIZOĞULLARI (Zeki), *Ceza Normu: Normatik Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1987,
- HAFIZOĞULLARI (Zeki), "Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c.XXXV, 1978, S.1-4, s.235-280.
- HAFIZOĞULLARI (Zeki), "TCK'nun 142. Maddesinin Türk/İtalyan Hukuk Düzeninde Anlamı, Kapsamı ve Sınırları", *Ankara Barosu Dergisi*, S.1989/6, s.1045-1075.
- KAPANİ (Münci), *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1988.
- KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, Trad, Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962.
- KUBALI (Hüseyin Nail), *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar ve Siyasî Rejimler*, İÜHF Yayını, İstanbul, 1971.
- LAFERRIERE (Julien), *Manuel de droit constitutionnel*, Editions Domat Montchrestien, Paris, 1947.
- LAPRADELLE (A.), *Cours de droit constitutionnel*, A. Pedone, Paris, 1912.
- LAUBADERE (M.), *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, Les cours de droit, Paris, 1955-56.

- LECLERQ (Claude), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Libraires techniques, Paris, 1981.
- LİET-VEAUX (Georges), *Droit constitutionnel*, Editions Rousseau, Paris, 1949.
- LİET-VEAUX (Georges) “La fraude à la constitution”, *Revue du droit public*, 1942, s.116 vd.
- LİJPHART (Arend), *Çağdaş Demokrasiler*, Çev. Ergun Özbudun ve Ersin Onulduvan, Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasî İlimler Derneği Ortak Yayını, Ankara, Tarihsiz (1988).
- LİPSON (Leslie), *Politika Biliminin Temel Sorunları*, Çev. Tuncer Karamustafaoğlu, AÜHF Yayını, Ankara, 1978.
- MONTESQUIEU, *Yasaların Ruhu*, Çev. Fehmi Baldaş, in Mete Tunçay (der.), *Batı da Siyasal Düşünceler Tarihi*, c.II, Teori Yayınları, Ankara, 1986.
- ÖZBUDUN (Ergun), *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1989.
- ÖZMAN (Aydoğan), *İnsan Hakları ile İlgili Temel Metinler*, Birleşmiş Milletler İnsan Haklarını Sağlama ve Koruma Türk Grubu Yayını, Ankara, 1967.
- PACTET (Pierre), *Institutions politiques, Droit constitutionnel*, Masson, Paris, 1985.
- PARLA (Taha), “İki Tür Halkoylaması: Referandum ve Plebisit”, *Cumhuriyet*, 18 Şubat 1986.
- POPPER (Karl R.), *Tarihselciliğin Sefaleti*, Çev. Sabri Orman, İnsan Yayınları, İstanbul, 1985.
- PRELOT (Marcel), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1963.
- ROBERT (Jacques), “L’aventure référendaire”, *Recueil dalloz sirey*, 1984, 41e cahier, Cronique XL, s.243-252.
- ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Toplum Sözleşmesi*, Çev. Vedat Günyol, Adam Yayınları, İstanbul, 1982.
- SAĞLAM (Fazıl), *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, AÜSBF Yayını, Ankara, 1982.
- SAN (Coşkun), *Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri*, AİTİA Yayını, Anakar, 1974.
- SELEK (Sabahattin), *Anadolu İhtilali*, Kastaş Yayınları, İstanbul, 1987, Cilt I.

- SEROZAN (Rona), “Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, c.XXXVII, S.1-4, s.135-141.
- SİEYES (Emmanuel), *Qu'est-ce que le Tiers état?* Edition critique avec une introduction et des notes par Roberto Zapperi, Librairie Droz, Genève, 1970 (İkinci ve sonraki atıflarda *Zapperi metni* olarak kısaltılmıştır).
- SİEYES (Emmanuel), “Tiers Etat Nedir?”, Çev. Süheyy Derbil, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c.VIII, 1951, S.1-2, s.126-207 (İkinci ve sonraki atıflarda *Derbil çevirisi* olarak kısaltılmıştır).
- Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsünün Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkındaki Görüşü*, AÜSBF Yayını, Ankara, 1960 (İkinci ve sonraki atıflarda *SBF Anayasa Tasarısı* olarak kısaltılmıştır).
- SOSYAL (Mümtaz), *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987.
- TANÖR (Bülent), *İki Anayasa: 1961-1982*, Beta Yayınları, İstanbul, 1986.
- TANÖR (Bülent), *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yayınları, İstanbul, 1990.
- TEZİÇ (Erdoğan), *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 1986.
- TUNAYA (Tarık Zafer), *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, İstanbul, 1982.
- TURHAN (Mehmet), “Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c.III, 1976, S.1-4, s.63-104.
- YAYLA (Yıldızhan), “Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü”, *Hıfzı Timur'un Anısına Armağan*, İÜHF Yayını, İstanbul, 1979, s.973-1040.
- YAYLA (Yıldızhan), “1982 Anayasasına Göre Devletin Özü”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Yıl 4, S.1-3, 1983, s.133-149.
- VEDEL (Georges), *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Recueil Sirey, Paris, 1949.
- WHEARE (K.C.); *Modern Anayasalar*, Çev. Mehmet Turhan, Değişim Yayınları, Ankara, 1985.
- YILDIRIM (Cemal), *Mantık: Doğru Düşünme Yöntemi*, V Yayınları, Ankara, 1987.

DİZİN

- 13 Aralık 1960 tarihli ve 157 sayılı Kanun, 39
- 1787 ABD Anayasası, 72, 88, 112, 117
- ABD Federal Anayasası, 72
- Amerikan Anayasası, 112
- 1789 Fransız devrimi, 33
- 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi, 58
- 1791 Anayasası, 116
- 1793 Haklar Beyannamesi, 117
- 1814 Charte'ı, 46, 80
- 1848 Helvetya Federal Cumhuriyeti, 72
- 1876 Kanunu Esasisi, 81
- 1917 Rus devrimi, 33
- 20 Temmuz 1789 Anayasa Komitesi, 22
- 27 Ekim 1980 tarih ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun, 74
- Anayasa Düzeni Hakkında Kanun, 74
- 27 Mayıs ihtilali, 39
- 29 Ocak 1871 tarihli Ulusal Savunma Hükümeti Kararnamesi, 46
- 5 Mart 1848 tarihli Geçici Hükümet Kararnamesi, 45
- 9 Temmuz 1961'de yapılan referandum, 39
- ABD Yüksek Mahkemesi, 150
- abrogation de constitution*, 72
- açığa imza, 97
- açık bono, 97
- adillik, 52, 54, 55
- Afrika'da askeri müdahaleler, 34
- Alman Anayasa Mahkemesi, 146
- Amerikan Realist Okulu, 53, 54
- Amerikan tipi kurucu meclis, 89
- Anayasa değişikliği aleyhindeki düşünceler, 114
- Anayasa değişikliği lehindeki görüşler, 115
- anayasa değişikliklerini şekil bakımından denetleme yetkisi, 146
- Anayasa Düzeni Hakkında Kanun, 74
- anayasa-içi hiyerarşi, 138, 139, 153
- anayasanın bütünüyle değiştirilmesi, 155
- anayasanın değiştirilemeyecek hükümleri, 150
- anayasanın değiştirilmesi yasaklanan hükümleri, 152
- anayasanın istikrarı, 118
- anayasanın ruhu, 158, 159
- anayasasızlaştırma, 73
- anayasasızlaştırmaya bizden bir örnek, 74
- anayasa-üstü normlar, 138, 139
- anayasaya karşı hile, 158, 162
- anayasayı değiştirme usûlleri, 164
- anayasayı ilga, 72
- Aslı kurucu iktidarın biçimleri, 77
- Aslı kurucu iktidarın hukukî niteliği, 26
- aslî kurucu iktidarın hukukîliği, 55
- aslî kurucu iktidarın sahibi, 65
- Aslı kurucu iktidarın sınırı, 57
- Aslı kurucu iktidarın sınırlı olduğu görüşü, 57
- assemblée constituante, 88
- Avusturya, 146
- ayrıcılıklarından vazgeçme, 71
- bağımsız devletin birleşmesi, 71
- bağımsız devletlerin birleşmesi, 72
- bağımsızlık savaşı, 70
- barrière de papier, 144

- Barthélemy, 26
belli bir olaya bağlı zamansal sınırlama, 154
beyaza imza, 97
Bill of Rights, 84
blok halinde oylama, 92
Bonapartist Anayasacılık, 96
Bracton, 46
Burdeau, 30, 31, 33, 35
Cadart, 84
Carré de Malberg, 26, 27, 29
cezaî müeyyide, 128
Chateau, 57
constitutions coutumières, 165
constitutions écrites, 165
Convention, 88
cumhuriyet şeklinin değişmezliği, 142
Dahomey, 34
David, 59
De Gaulle, 130
déconstitutionnalisation par l'effet des révolutions, 73
değer yargısı, 56
değiştirme usûlünü değiştirme, 156
demokrasi, 110
demokratik usûller, 85
devletin doğumu, 27
Devletin kaynağı, 27
devletin kuruluşu yenilenmesi, 69
devletin yeni bir anayasasının yapılması, 28
devrim, 74
Devrimci hareketler, 28
devrimlerin etkisiyle anayasasızlaştırma, 73
dil in etkileme gücünü, 42
doğrudan demokrasi, 86
Duverger, 42, 44, 45, 47, 49
egemenliğin devredilmezliği, 86
ele geçirilmiş egemenlik, 95
Eroğul, 122
Eroğul, 27, 29, 30
Eroğul, 7
Esmein, 26, 28
Etats Généraux, 47
Etiyopya Anayasası, 80
etkinlik, 53
Exposition raisonnée des droits de l'homme, 22
Federal Alman Anayasa Mahkemesi, 138
federal yapının değiştirilmesi yasağı, 143
felsefî aç ı, 1
Feodalite, 70
Ferman, 79
fermanın bağlayıcılığı, 81
Fiilî hükümet, 47
fiilî hükümetler, 43, 50
fiilî hükümetlerin meşruluğu, 42
Filadelfiya Konvansiyonu, 88
Fonksiyonu bakımından tali kurucu organ, 125
Fransız devrimi, 88
Fransız literatürü, 7
Fransız siyasal düşüncesi, 18
Fransız tipi kurucu meclis, 88
fraude à la constitution, 158
geçerlilik, 53, 54, 55
geçici değişmezlik, 153
geleneksel anayasa, 166
geleneksel anayasalar, 165
Güney Afrika Anayasası, 146
hak ve adalet fikri, 37
Halk egemenliği teorisi, 86
halk egemenliği, 99
hile-i şer'iyye, 148
Hindistan Federal Yüksek Mahkemesi, 147
Hitler, 158
hukuk boşluğu, 68
hukuk dogmatığı, 3
hukuk fikri, 32

- hukuk fikri” (idée de droit), 35
 hukuk kuramı, 3
 hukuka aykırı, 55
 hukuk-dışı, 55
 hukuk-dışılık görüşü, 26
 Hukukî Kelimesinin Gramatikal Anlamı, 36
 hukukî pozitivizm, 51
 hukukî, 55
 hukukîleşmiş öz, 161
 hukukîlik ile yasallık arasındaki uyum, 33
 hukuk-ötesi, 161
 hukuk-ötesi, 57
 hukukun genel ilkeleri, 59
 hukukun kesintiye uğraması, 32
 hukukun sıfır noktası, 72
 hükümet darbeleri, 28
 hükümet darbesi, 74
 içeriksel sınırlama, 142
 içeriksel sınırlamalar, 162
 İçeriksel Sınırlamaların Hukukî Değerden Yoksun Olduğu Görüşü, 144
 idée de droit, 32
 İkinci Dünya Savaşı, 75
 ilahi hukuk fikri, 46
 İlga, 73
 ilk anayasalar, 117
 ilk anayasasının yapılması, 28
 immutabilité temporaire, 153
 İngiltere’de anayasa değişikliği, 177
 insan hakları, 57
 İtalya Anayasa Mahkemesi, 146
 İtalya’nın siyasal birliğini sağlaması, 70
 İtalyan Anayasası 1848, 81
 Jefferson, 116
 kağıttan engel, 144
 Kanada Anayasası, 71
 Kanunların Ruhu, 21
 Kapani, 14
 Kapani, 60, 62
 Karar Safhası, 173
 Karar Usûlü, 174
 Karar Yetkisi, 174
 katı anayasa, 169
 kısmi değişmezlik, 142, 162
 Konvansiyon, 88
 korku atmosferi, 94
 Kubalı, 14
 Kubalı, 158, 160, 168
 Kubalı, 37, 38, 39, 40, 41, 42
 kurucu iktidar düşüncesinin doktrinal kökeni, 18
 kurucu iktidar ile kurulmuş iktidarlar ayrımı, 13
 kurucu iktidarın sosyolojik sınırlılığı, 62
 Kurucu Meclis Usûlünün Sakıncaları, 107
 Kurucu Meclis Usûlüyle Birleşen Kurucu Referandumun Sakıncasızlığı, 108
 Kurucu Meclis ve Kurucu Referandum Usûllerinin Birleştirilmesi, 106
 kurucu meclis, 86, 87
 Kurucu meclis, 90
 Kurucu Meclisin Demokratikliğinin Koşulları, 103
 Kurucu meclisler ile olağan yasama meclisleri arasındaki fark, 89
 Kurucu Plebisit, 92
 kurucu referandum, 87
 Kurucu Referandum, 90
 Kurucu Referandumun Yararları, 108
 Kurulmuş iktidar, 14
 kurulmuş iktidarlar, 14
 Magna Carta Libertatum, 84
 Marshall, 150, 152
 mevcut bir devletin kuruluşunu yenileyen aslî kurucu iktidar, 72
 millet, 85

Milli Birlik Komitesi, 39
 milli egemenlik teorisi, 85
 milli egemenlik, 99
 Milli Güvenlik Konseyi, 74
 Misak, 83
 monarşinin değiştirilmesini yasağı, 143
 Monokratik usûller, 79
 Montesquieu, 21
 Mussolini, 158
 mutlak monarşilerden sınırlı monarşilere geçiş, 81
 müeyyide, 128
 Napoleon Bonaparte, 96
 Nasyonal Sosyalizm, 158
 nisbî istikrar, 119
 nominal egemenlik, 91
Normun adilliği sorunu, 52
Normun etkinliği sorunu, 53
 Normun geçerliliği sorunu, 52
 objektif ahlak normları, 138
 octroi, 79
 Onay Safhası, 174
 Onay Usûlü, 175
 Onay Yetkisi, 175
 oto-limitasyon teorileri, 51
 oto-limitasyon teorisi, 48
 Özbudun, 140
 Özbudun, 60
 özü (anayasanın), 160
 pacte, 83
 Pactet, 10
 plebisit ile referandumun farkı, 92
 plebisit, 92
 Plebisit, 94, 96
 pozitivist yazarlar, 26
 Providansiyel doktrin, 81
 Prusya Anayasası, 84
 realist akımlar, 53
 reel egemenlik, 91
 Referandum ile plebisit, 92
 referandum usûlünün sakıncaları, 101

rejimin değiştirilmesini yasaklamak, 142
 renouvellement de la fondation de l'Etat, 69
 résurrection de l'Etat, 75
 Rousseau, 19
 Rousseau, 86
 ruhu (anayasanın), 160
 sahib, 121
 San, 62
 San, 7
 SAVAŞ, 71
 savaş, 75
 SBF Anayasa Tasarısı, 106
 Sened-i İttifak, 85
 sınır, 57
 Sieyès, 22
 Sieyès, 58
 Sonraki kural öncekini ilga eder, 51
 sosyal sözleşme kuramı, 19
 Sosyal Sözleşme Tipi Anayasa, 87
 sosyal sözleşme, 86
 sosyolojik sınırlar, 62
 Sovyet Anayasası (1936), 112
 sömürge ülkelerin bağımsızlığı kavuşması, 70
 supra-pozitif bir hukuk, 59
 süpra-pozitif temel normlar, 138
 şiddet, 28
 tabiî adalet, 138
 tabiî hukuk anlayışı, 40
 tabiî hukuk, 41
 Tali Kurucu İktidar Anayasadaki Değiştirme Usûlünü Değiştirebilir mi?, 156
 Tali Kurucu İktidar Anayasasının Değiştirilemeyecek Hükümlerini Değiştirebilir mi?, 141
 Tali Kurucu İktidar Anayasasının Ruhunu Değiştirebilir mi?, 158
 Tali Kurucu İktidar Anayasayı Bütünüyle Değiştirebilir mi?, 155

Tali kurucu iktidarın biçimleri, 164
 tali kurucu iktidarın hukukî niteliği, 120
 Tali Kurucu İktidarın Maddî Yönden Sınırlı Olduğu Görüşü, 138
 tali kurucu iktidarın maddî yönden sınırlılığı sorunu, 137
 Tali kurucu iktidarın sahibi, 121
 tali kurucu iktidarın sınırlılığı, 127
 Tali kurucu iktidarın şekli yönden sınırlılığı sorunu, 127
 Tali kurucu iktidarın yeri, 123
 Tali kurucu organın aslî kurucu organ karşısındaki durumu, 124
 Tali kurucu organın diğer anayasal organlar karşısındaki durumu, 125
 tarihî açısı, 1
 teamülî anayasa, 166
 teamülî anayasalar, 165
 tek taraflı bir işlem, 79
 teklif safhası, 172
 Teklif Usûlü, 172
 teklif yetkisi, 172
 Temel Kanun Tipi Anayasa, 87
 temel kanun, 87
 temsili demokrasi, 100
 temsili sistem, 85
 Teziç, 106
 toprak bütünlüğü, 142
 totaliter rejimler, 94
 Tunaya, 114

Tunaya, 60
 Tunaya, 83
 Türk Anayasa Mahkemesi, 147, 151
 Türk Ceza Kanununun 141, 142 ve 146'ncı maddeleri, 128
 Türk kamu hukuku literatürü, 6
 ulusal egemenlik ilkesi, 116
 ulusal egemenlik ilkesi, 66
 Vedel, 89
 VIII'inci yıl (1799) Anayasasının, 73
 vide juridique, 68
 Weimar Anayasası, 112
 XVIII. Louis, 46
 XVIII. Louis, 80
 yarı-doğrudan doğruya demokrasi, 86, 100
 yasal devamlılık, 32
 Yazılı anayasa, 165
 yazılı anayasalar, 165
 YAZISIZ ANAYASA SİSTEMİNDE ANAYASAYI DEĞİŞTİRME USÛLÜ, 176
 Yazısız anayasa, 166
 Yeni bir devlet kuran aslî kurucu iktidar, 69
 yeni kuşaklar teorisi, 116
 yokluğun saptanması, 136
 yokluk, 129
 yumuşak anayasalar, 167
 zamansal sınırlar, 153

KEMAL GÖZLER'İN ÖZGEÇMİŞİ VE YAYIN LİSTESİ

I. ÖZGEÇMİŞ

Biga, 31.03.1966.

1. Öğrenim:

1983-1987	<i>Lisans:</i> Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
1998-1990	<i>Yüksek Lisans</i> (Kamu Hukuku) : Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilimdalı
1990-1992	<i>Yüksek Lisans</i> (Kamu Hukuku): Bordeaux Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Fransa)
1992-1995	<i>Doktora</i> (Kamu Hukuku) : Bordeaux Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Fransa)

2. Mesleki Çalışma:

1988-1997	<i>Araştırma Görevlisi:</i> Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilimdalı
1997-	<i>Yardımcı Doçent:</i> Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilimdalı
Yabancı Dil:	Fransızca: Doçentlik Dil Sınavı, 100/100; KPDS (A, 97/100) İngilizce: KPDS, B (82/100)

II. TEZLER

A. YÜKSEK LİSANS TEZLERİ

1. *Kurucu İktidar*, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Yahya K. Zabunoğlu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilimdalı, 1990, VIII+219 s.
2. *Le pouvoir constituant originaire*, Mémoire du D.E.A. de Droit public, Directeur de recherches : Prof. Dmitri Georges Lavroff, Université de Bordeaux I, Faculté de droit, des sciences sociales et politiques, 1992, 93 s.

B. DOKTORA TEZİ

Le pouvoir de révision constitutionnelle, Thèse pour le doctorat en droit, Directeur de recherches: Prof. Dmitri Georges Lavroff, Université Montesquieu - Bordeaux IV, Faculté de droit, des sciences sociales et politiques, 1995, 774 s.
 ("Très honorable avec félicitations du jury" derecesi ile kabul edilmiştir).
 (Atelier national de reproduction des thèses, ISSN 0294-1767, Numéro de code: 3840.20688/96, 95/BOR4/0027, © A.N.R.T. Université de Lille, 1996).

III. YAYINLAR

A. KİTAPLAR

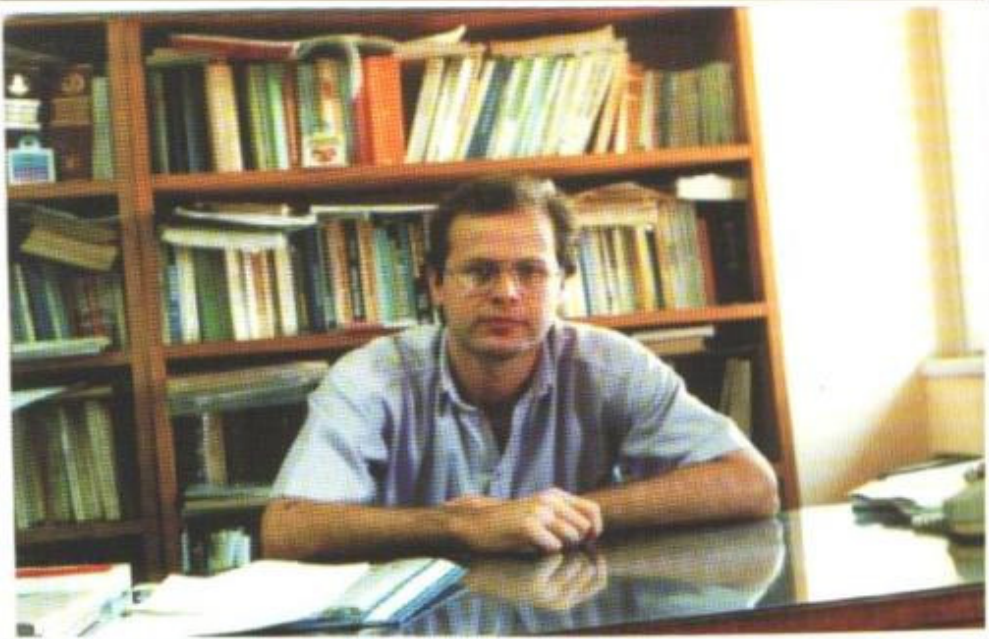
1. *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1997, 2 cilt, 774 s.
(Türkiye Bilimler Akademisinin 13.10.1997 tarih ve TÜBA/1052 sayılı kararıyla "Türkiye Bilimler Akademisi Sosyal Bilimler Alanında Uluslararası Bilimsel Yayınları Özendirme Programı" çerçevesinde teşvik primi almıştır).
2. *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara, US-A Yayıncılık, 1988, IV+245 s.
3. *Hukuka Giriş*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1998, XVI+384 s.
4. *Kurucu İktidar*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1998, XVI+191 s.

B. MAKALELER

1. "Halkoylamasının Değeri," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XL, 1988, Sayı 1-4, s.97-113.
2. "Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı," *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 47, sayı 1, Ocak 1990, s.31-67.
3. "Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi," *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 47, sayı 4, Ağustos 1990, s.561-590.
4. "Bireysel Başvuru ve Kıbrıs Sorunu," *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt 15, 1993, s.165-174.
5. "Η Ομοσπονδιοποίηση της Ελληνοτουρκικής Πολιτειακής του Αιγαιου υ", *Ενανομα*, Τευχος 2 – Μαρτιος 1993, s.11-13.
6. "La question de la superiorité des normes de droit international sur la constitution", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 44, 1995, Sayı 1-4, s.689-704.
7. "Fransız Anayasa Konseyi Kararları Kroniği: 1994", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 44, 1995, Sayı 1-4, s.809-819.
8. "Sur la validité des limites de la révision constitutionnelle déduites de l'esprit de la constitution", *Annales de la Faculté de droit d'Istanbul*, Vol.XXXI, no.47, Mai 1997, s.109-121.
9. "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", *Anayasa Yargısı*, no 15, s.205-249. (Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayını, 1998).

Yard.Doç.Dr. Kemal GÖZLER
Uludağ Üniversitesi
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Kamu Yönetimi Bölümü
16059 Görükle – BURSA

Tel+Fax: (0224) 442 87 37
E-Mail: gozler@uu20.bim.uludag.edu.tr
<http://uu20.bim.uludag.edu.tr/~gozler>
<http://www.geocities.com/CollegePark/Classroom/5921> (Güncel değildir)



1966 yılında Biga-Yeniçiftlik'te doğan Kemal Gözler, lisans ve yüksek lisans öğrenimini Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde, doktora öğrenimini ise Bordeaux Üniversitesi Hukuk Fakültesinde tamamladı. 1997'ye kadar Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde araştırma görevlisi olarak çalışan Kemal Gözler, halen Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümünde yardımcı doçent olarak görev yapmaktadır. Yazarın özgeçmişi ve yayın listesi kitabın içindedir. (S.190-191)

Bir devletin anayasasını yapma ve değiştirme iktidarı olarak tanımlanan kurucu iktidar, asli kurucu iktidar ve tali kurucu iktidar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Savaş, devrim, hükümet darbesi gibi olağanüstü durumlarda ortaya çıkan asli kurucu iktidar, önce mevcut bir devletin anayasasını ilga etmekte, sonra onun yerine yenisini yapmaktadır. Tali kurucu iktidar ise, yapılmış olan bir anayasayı yine o anayasanın öngördüğü usullerle değiştirmektedir. Yazar, bu çalışmada, asli ve kurucu iktidarın hukukî niteliklerini, kimler tarafından kullanıldıklarını, sınırlarını, ortaya çıkış hallerini ve biçimlerini, yani anayasa yapma ve değiştirme usullerini karşılaştırmalı olarak incelemektedir.

Ön Kapak Resmi: Jean Pierre Houel, Bastille'in Alınması.

Arka Kapak Fotoğrafı: Kemal Gözler, bu kitabı hazırladığı günlerde (1990), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesindeki odasında.

İsteme Adresi:

Ekin Kitabevi, Burç Pasajı, No:27

Altıparmak Caddesi, BURSA

Tel: 0.224.220 16 72; Fax: 0.224.223 04 37

ISBN:975-7338-20-6

