



T.C.

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

SİYASET BİLİMİ VE KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI

SİYASET VE SOSYAL BİLİMLER BİLİM DALI

**POLİTİK ANAYASACILIK EKSENİNDE 1961
ANAYASASI'NIN MAHİYETİ**

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Kadriye Ümran SATIR

BURSA-2018



T.C.

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

SİYASET BİLİMİ VE KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI

SİYASET VE SOSYAL BİLİMLER BİLİM DALI

**POLİTİK ANAYASACILIK EKSENİNDE 1961
ANAYASASI'NIN MAHİYETİ**

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Kadriye Ümran SATIR

Danışman:

Prof. Dr. Ali Yaşar SARIBAY

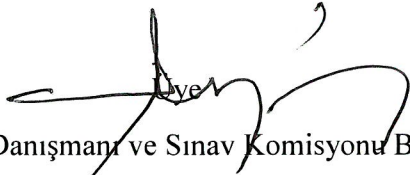
BURSA-2018

TEZ ONAY SAYFASI

T. C.

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

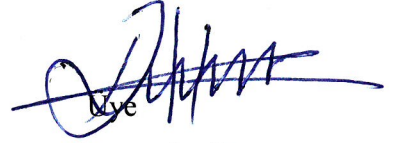
Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Siyaset ve Sosyal Bilimler Bilim Dalı'nda 701515030 numaralı Kadriye Ümran SATIR'ın hazırladığı "Politik Anayasacılık Ekseninde 1961 Anayasası'nın Mahiyeti" konulu Yüksek Lisans Tezi ile ilgili tez savunma sınavı, 23/05/2018 günü 15:00 - 16:00 saatleri arasında yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin/çalışmasınınbaşarılı.....(başarılı/başarısız) olduğunaoybirliği..... (oybirliği/oy çokluğu) ile karar verilmiştir.



(Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu Başkanı)

Prof. Dr. Ali Yaşar SARIBAY

Uludağ Üniversitesi



Doç. Dr. Derda KÜÇÜKALP

Uludağ Üniversitesi



Dr. Öğr. Üyesi Levent BÖRKLÜOĞLU

Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi

23/05/2018



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS/DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA

Tarih: 02/05/2018

Tez Başlığı / Konusu: Politik Anayasacılık Ekserinde 1961 Anayasası'nın
Mahiyeti

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarında oluşan toplam 108... sayfalık kısmına ilişkin, 02/05/2018 tarihinde şahsım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından (Turnitin)* aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre tezimin benzerlik oranı % 1.5'tür.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- Kaynakça hariç
- 2- Alıntılar hariç/dahil
- 3- 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Özgünlük Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

Tarih ve İmza

02.05.2018

Adı Soyadı: Kadriye Ümran SATIR
Öğrenci No: 701515005
Anabilim Dalı: Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi
Programı: Tezli Yüksek Lisans
Statüsü: Y.Lisans Doktora

Danışman
(Adı, Soyad, Tarih)

Prof. Dr. Ali Yasar SARIBAY


* Turnitin programına Uludağ Üniversitesi Kütüphane web sayfasından ulaşılabilir.

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans tezi olarak sunduğum “Politik Anayasacılık Ekseninde 1961 Anayasası’nın Mahiyeti” başlıklı çalışmanın bilimsel araştırma, yazma ve etik kurallarına uygun olarak tarafımdan yazıldığına ve tezde yapılan bütün alıntıların kaynaklarının usulüne uygun olarak gösterildiğine, tezimde intihal ürünü cümle veya paragraflar bulunmadığına şerefim üzerine yemin ederim.

Tarih ve İmza

23.05.2018



Adı Soyadı : Kadriye Ümran SATIR

Öğrenci No : 701515005

Anabilim Dalı: Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi

Programı : Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Tezli Yüksek Lisans Programı

Statüsü : Yüksek Lisans

ÖZET

Yazar Adı ve Soyadı : Kadriye Ümran Satır

Üniversite : Uludağ Üniversitesi

Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü

Anabilim Dalı : Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi

Bilim Dalı : Siyaset ve Sosyal Bilimler

Tezin Niteliği : Yüksek Lisans Tezi

Sayfa Sayısı : viii + 118

Mezuniyet Tarihi : / / 20.....

Tez Danışman(lar)ı : Prof. Dr. Ali Yaşar Sarıbay

POLİTİK ANAYASACILIK EKSENİNDE 1961 ANAYASASI'NIN MAHİYETİ

Bu çalışmada, anayasacılık düşüncesinin gelişimi, özelde de politik anayasacılık anlayışının mahiyetinin 1961 Anayasası üzerinden değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Anayasacılık akımı doğal hukuk, toplum sözleşmesi ve kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde geliştirilmiştir. Anayasacılık temelde siyasal iktidarın keyfi yönetimine karşı temel hak ve özgürlüklerin garanti altına alınmasıyla birlikte bu iktidarın denge-fren mekanizmasıyla kontrol altında tutulmasını amaçlamaktadır.

Politik anayasacılık, anayasanın toplumla olan bağlarına dikkat çeker. Anayasanın asıl sahibini kurucu iktidar olarak görmez; toplum iradesinin bizzat sahibi olan halkı esas alır. Politik anayasacılık anlayışı, özünde politik bir metin olan anayasaların, siyasal iktidar ile toplum arasında imzalanan bir sözleşme niteliğinde olması gerektiğini ve bu durumun da anayasaların sosyo-politik meşruiyetini artırıcı bir unsur olduğuna vurgu yapmaktadır. 1961 Anayasası yapım sürecinde uygulanan “kurucu meclis” sistemi anayasanın toplum sözleşmesi niteliğinde oluşu açısından önemli olmakla birlikte, meclisin oluşumu ve halkı temsil niteliğinin eksikliği yönünden demokratik bir şekilde gerçekleşmemiştir.

1961 Anayasası, çoğulcu demokratik düzeni gerçekleştirebilmek için bir dizi hüküm kabul etmiştir. Bunlardan belki de en önemlisi Anayasa Mahkemesi'nin

kuruluşudur. Anayasanın üstünlüğü ilkesi teorik düzeyde ifade edilmekle yetinilmemiş, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yoluyla gerçek güvence ve müeyyidesi sağlanmıştır. Çift meclis sistemi ile parlâmentonun çoğunluk gücüne dayanarak keyfi uygulamaları engellenmek istenmiştir. Hak ve özgürlükler alanında ise sistemli ve ayrıntılı düzenlemeler yoluna gidilmiştir. Ancak bütün bu düzenlemelerin yanında özellikle 1971 ve 1973 yıllarında yapılan değişiklikler ile askerî otoritenin sivil otorite karşısında ayrıcalıklar elde edeceği düzenlemeler getirilmiştir.

Anahtar Sözcükler:

Anayasacılık, Politik Anayasacılık, Kurucu İktidar, Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası



ABSTRACT

Name and Surname : Kadriye Ümran Satır
University : Uludag University
Institution : Social Science Institution
Field : Political Science and Public Administration
Branch : Political and Social Sciences
Degree Awarded : Master
Page Number : viii + 118
Degree Date : / / 20.....
Supervisor (s) : Prof. Dr. Ali Yaşar Sarıbay

THE NATURE OF THE 1961 TURKISH CONSTITUTION FROM THE PERSPECTIVE OF POLITICAL CONSTITUTIONALISM

In this study, it is aimed to evaluate the development of constitutional thought, in particular the nature of political constitutionalism through the 1961 Constitution. Constitutionalism has been developed within the framework of natural law, social contract and the principle of separation of powers. Constitutionalism mainly aims to guarantee fundamental rights and freedoms against the arbitrary administration of political power and to keep this power under control by the checkbalance mechanism.

Political constitutionalism draws attention to the bonds of constitution with society. It does not consider the real owner of the Constitution as constitutive power; it considers the people who are the owners of the will of society. The concept of political constitutionalism emphasizes that constitutions, essentially political texts, must have the characteristics of a contract signed between political power and society, which in turn increases the socio-political legitimacy of constitutions. Although it is important in terms of being a constitution of society, the "constituent assembly" system applied in the 1961 Constitution was not democratic in terms of the constitution of the assembly and the lack of representation of the people.

The 1961 Constitution adopted a number of provisions to achieve a pluralistic democratic regime. Perhaps the most important of these is the establishment of the Constitutional Court. The principle of the supremacy of the Constitution was not satisfied by being expressed at the theoretical level, but by the judicial review of the conformity of the laws to the constitution, real assurance and sanctions were provided. With the dual-parliamentary system, it is desired to prevent arbitrary applications based on the majority power of parliament. As to the field of rights and freedoms, systematic and detailed regulations have been made. However, amendments made in 1971 and 1973, along with all of these regulations, introduced regulations for the military authority to obtain privileges in the face of civilian authority.

Key Words:

Constitutionalism, Political Constitutionaslism, Constituent Power, Constitutional Court

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
TEZ ONAY SAYFASI.....	i
YEMİN METNİ.....	ii
ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ANAYASACILIK DÜŞÜNCESİ VE POLİTİK ANAYASACILIĞIN GELİŞİMİ

1. ANAYASACILIĞIN GELİŞİMİ.....	6
1.1. Doğal Hukuk Doktrini.....	9
1.2. Toplum Sözleşmesi.....	14
1.3. Kuvvetler Ayrılığı.....	17
2. POLİTİK ANAYASACILIK: GELİŞİMİ VE MAHİYETİ.....	20
3. POLİTİK ANAYASACILIK VE ANAYASALARIN MEŞRUIYETİ MESELESİ.....	23
3.1. Anayasaların Hukuki Meşruiyeti: Politik Anayasacılığın Eleştirileri.....	25
3.2. Anayasaların Sosyo-Politik Meşruiyeti: Politik Anayasacılığın Tezleri.....	28
4. POLİTİK ANAYASACILIK AÇISINDAN KURUCU İKTİDAR OLGUSU VE SINIRLARI.....	31
4.1. Asli Kurucu İktidarın Hukuki ve Sosyo-Politik Sınırları.....	34

4.2. Tali Kurucu İktidarın Hukuki Sınırları.....	40
--	----

İKİNCİ BÖLÜM

SİYASİ VE HUKUKİ DÜZENİN KURUMSAL BİR PARÇASI OLARAK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YERİ VE SINIRLARI

1. ANAYASA MAHKEMESİNİN İŞLEVLERİ.....	44
1.1. Anayasa Mahkemesi'nin Hukuki Meşruiyeti.....	53
1.2. Anayasa Mahkemesi'nin Demokratik Meşruiyeti.....	55
2. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ “HAK EKSENLİ” VE “OTORİTE EKSENLİ” ÖLÇÜTLERİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ.....	63

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

1961 ANAYASASI'NİN ÖNGÖRDÜĞÜ SİYASİ VE KURUMSAL DÜZEN

1. 1961 ANAYASASI'NİN YAPILMASINI ORTAYA ÇIKARAN SÜREÇ.....	76
2. 1961 ANAYASASI'NİN GETİRDİĞİ DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	85
2.1. Devlet İktidarının Düzenleniş Biçimi.....	86
2.2. Temel Hak ve Özgürlükler Rejimi.....	93
3. 1971 ve 1973 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN KAPSAM VE NİTELİĞİ.....	100
SONUÇ.....	107
KAYNAKLAR.....	111

KISALTMALAR

Kısaltma	Bibliyografik Bilgi
a.g.e	Adı Geçen Eser
a.g.m.	Adı Geçen Makale
A.yer	Aynı yer
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AP	Adalet Partisi
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
CHP	Cumhuriyet Halk Partisi
CKMP	Cumhuriyetçi Köylü Millet Partisi
çev.	Çeviren
der.	Derleyen
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HFSA	Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
DP	Demokrat Parti
ed.	Editör
K.S.	Karar Sayısı
K.T.	Karar Tarihi
MBK	Milli Birlik Komitesi
MGK	Milli Güvenlik Kurulu
MSYK	Milli Savunma Yüksek Kurulu
N.	Number
P.	Page
s.	Sayfa
S.	Sayı
ss.	Sayfadan sayfaya
SSCB	Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TESEV	Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı
TİP	Türkiye İşçi Partisi
TM	Temsilciler Meclisi
TSK	Türk Silahlı Kuvvetleri

vb.	Ve benzeri
Vol.	Volume



BİRİNCİ BÖLÜM

ANAYASACILIK DÜŞÜNCESİ VE POLİTİK ANAYASACILIĞIN GELİŞİMİ

1. ANAYASACILIĞIN GELİŞİMİ

Siyasetin temel sorununu teşkil eden iktidar olgusu, siyasal düşünceler tarihinin kadim tartışma konularından biri olmuştur. Bununla beraber iktidarın keyfi yönetiminin sınırlandırılması düşüncesi ilk ve orta çağlardan itibaren önemini yitirmeyen bir meseledir. Maurice Duverger iktidarın sınırlandırılmasının gerekliliğine ilişkin düşüncesini “...Şurası da doğrudur ki, her çeşit iktidar, onu içtenlikle insanlığın iyiliği için kullanmak isteyen kişilerin elinde bile bir baskı aracı olmak yolundadır.”¹sözleri ile ifade eder. Dolayısıyla siyasal iktidarı kullananlar bu yetkiyi her an kötüye kullanabileceklerdir; bu noktada bireye karşı kamu gücü ayrıcalığı ile donatılan iktidarın hukuka uygun hareket etmesi önem taşır.

Siyasal iktidarı kullanan yöneticilerin keyfi/denetimsiz karar ve uygulamalarda bulunması eski çağlardan bu yana hiçbir dönemde kabul görmüş değildir. Kim siyasal iktidarı kullanıyorsa, siyasal ve demokratik bir denetime tâbi olmak zorundadır. Ancak devlet karşısında temel hak ve özgürlüklerin korunması iktidarı tamamen ortadan kaldıran, onu işlevsiz hale getiren bir denetim ile değil; onun *yönetebilirlik gücünü* muhafaza ederek olmalıdır.

Lipson devletin varlık sebebini destekler nitelikteki düşüncelerini şöyle ifade etmiştir: “İktidarı, kötüye kullanılmasın diye aşırı biçimde sınırlandırmak, acaba onu amacından uzaklaştırmaz mı? Devlet zorunlu olduğuna ve hiç kimse de devleti iktidarsız yönetemeyeceğine göre, şunu açıkça belirtmek gerekir ki, anayasallaşma, önce iktidarın nasıl kullanılacağı sorunuyla ilgilenmelidir ve sonra da o iktidar nasıl kötüye kullanılabilir onunla uğraşmalıdır. Devlete, siyasal iktidarın taşmasını önleyen bir barajdan çok, onu insanlığın yararına akıtan bir kanal gözüyle bakılmalıdır. Nihayet her devlet felsefesinin temel görevi de, devletin yapamayacağı işleri değil, yapacağı

¹ Maurice Duverger, *Seçimle Gelen Krallar*, çev. Necati Erkut, 1. b., İstanbul: Kelebek Yayınları, 1986, s. 32.

işleri bulup çıkarmaktır.”² Dolayısıyla burada belirlenmesi gereken asıl mesele, egemenlik gücünü elinde bulunduran devletin, bireylerin özgürlük alanını ihlal etmeden yetkilerini kullanmasının araçlarını belirlemektir.

Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi (1789), “insan haklarının güvence altına alınmadığı ve erkler ayrılığının sağlanmadığı düzenlerde anayasa yoktur” derken sıklıkla kullanılan bir ayrımı ortaya çıkarmıştır: anayasalı devlet ile anayasal devlet. Sınırlamanın zayıf ve göstermelik olduğu durumlarda anayasal devletten bahsedilemeyeceği açıktır.³ Anayasalılık-anayasallık ayrımının köklerini 18. yüzyıl ve sonrasında gelişen anayasacılık hareketlerinde görebiliriz. Temelde burjuvazi ve monarşi arasındaki çekişmenin neticesi olarak gelişen anayasacılık akımı liberal anlayış çerçevesinde sınırlandırılmış siyasal iktidarın anayasa anlayışını geliştirmiştir. Ayrıca bu anayasaların içinde insan haklarının güvence altına alınmasına ilişkin maddeler yer almıştır.

Anayasacılık açısından önemli bir olgu olan anayasal devlette, siyasal iktidarı sınırlandıran sadece hukuk değildir; aynı zamanda siyasal mekanizmalar da mevcuttur. Kendisini iktidara taşıyan halk, belirli zaman aralıkları ve genel seçimler yoluyla anayasada yer alan yetkilere uygun davranıp davranmadığını denetim altında tutmaktadır. Diğer yandan muhalefet partileri ve sivil toplum örgütleri de iktidarın her adımını takip ederek, ürettiği politikalar karşısında eleştirilerin hedefinde olabilmektedir. Anayasal devlet için kilit kavramlardan bir diğeri olan hukuk devleti Anayasa Mahkemesi’nin çeşitli kararlarında şu şekilde açıklanmıştır:

“...İnsan haklarına saygılı, bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kurmak ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında anayasaya ve hukuk kurallarına uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir.”⁴

Hukuk devletini tanımlarken de dile getirdiğimiz iktidarın keyfi yönetiminin hukuk kurallarıyla sınırlandırılması konusunda şu ayrıma yer vermemiz gerekir: “Hukuk Devleti” ile “Kanun Devleti”.Hayek’in düşüncesine göre “şayet bir anayasa hükmü, siyasal iktidara dilediği gibi davranma konusunda sınırsız yetki veriyorsa,

²Leslie Lipson, *Politika Biliminin Temel Sorunları*, çev. Tuncer Karamustafaoğlu, 4. b., Ankara: Birlik Yayıncılık, 1986, s. 302.

³Anayasalı devlet tabirini “görünürde anayasa” şeklinde kullananlar da vardır. Milan Petrovic, “Constitution and Legitimacy”, *Law and Politics*, Vol. 2, N. 1, 2004, p. 10.

⁴ Anayasa Mahkemesi Kararı, “E.S.2002/38, K.S. 2002/89, K.T. 08.10.2002”.

iktidarın bütün eylemleri yasal olmakla birlikte, hukuk devleti ilkesine aykırı olacaktır.”⁵ Dolayısıyla “yasal” olmak ile hukukun üstünlüğüne uygun olması farklı boyutlara sahip anlamlar taşır. Yasanın taşıdığı hüküm illegal olmamakla beraber hukukun üstünlüğüne aykırı olabilir. Hatta Hayek’in düşüncesinde hukuk devleti, “...sadece Anayasacılık değil onun ötesindedir: Bu kavram Anayasanın içeriği konusundaki kesin gereklilikleri ifade etmektedir.”⁶ Buradan hareketle, siyasi iktidarın sadece anayasaya uygun hareket etmesi yaklaşımı eksik kalmakta, anayasa maddelerinin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşan niteliklere sahip olması gerekmektedir.

Tarihin her döneminde iktidarın mutlaklaşması ve keyfilğine karşı çeşitli sınırlandırıcı ölçütler ortaya konmuştur. Orta çağ devlet sürecinde, yasa yapma sadece ikinci derecede bir rol oynamaktaydı: Yasalar azdı ve yasa yapma az gerçekleştirilen bir işti ve bu nedenle Orta çağ anayasacılığı dikkatini monarşik yürütme iktidarının kötüye kullanılmasını önleme sorununa yoğunlaştırmıştır.⁷ Orta çağda yasanın kaynağı dünyevi olmadığı bir dönemi ifade ederken, yeniçağda yasanın kaynağı dünyevileşecek ve monarkı da yasa yapıcı olarak kabul edecektir. Devlet kralla özdeşdir, yani devlet ile kralın kişiliği arasında bir fark yoktur.⁸ Dolayısıyla kişiselleştirilmiş iktidar tipi karşımıza çıkmaktadır.

Türkiye’yi anayasacılık düşüncesinin gelişimi bakımından değerlendirdiğimizde, sınırlı siyasi iktidara dayalı anayasacılığın modern anlamda doğuşu Tanzimat sürecine dayanır. Ancak sınırlı siyasi iktidarın yazılı bir metinle düzenlenmesi ilk Osmanlı Anayasası olarak kabul edilen 23 Aralık 1876 tarihli Kanun-ı Esasî’nin üzerinde gerçekleşen 1909 değişikliklerinde gözlemlenebilir. Çünkü Kanun-ı Esasî esasında anayasalı monarşi sağlamıştır, anayasal monarşiden bahsedemeyiz. Yapılan değişiklikler ile etkili bir parlamento, yetkileri sınırlandırılmış bir devlet başkanı ve nispeten daha iyi bir hak ve özgürlükler rejimi ile anayasallaşma yolunda adımlar atılmıştır. Ancak bu düzen çok uzun sürmemiştir, çünkü anayasal rejimin parti devletine dönüşmesi ve savaş ortamı bu değişikliğin etkinliğini azalmıştır. Savaş ortamının ürünü olan 1921 Anayasası’nın temel kaygısı ise siyasi sistem içinde Meclis’in inşasını

⁵F. A. Hayek, *The Political Ideal of the Rule of Law*, 1955, s. 33 aktaran, Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, 1. b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 70.

⁶ Arslan, a.g.e., s. 70.

⁷ Carl J. Friedrich, *Sınırlı Devlet*, 2. b., Ankara: Liberte Yayınları, 2014, s. 57.

⁸ Karl Doehring, *Genel Devlet Kuramı: Genel Kamu Hukuku*, çev. Ahmet Mumcu, 1. b., İstanbul: İnkılâp Yayınları, 2002, s. 48.

gerçekleştirmek olmuştur. Dolayısıyla Osmanlı hükûmetinin siyasal iktidarı fiilen sınırlanmıştır.

1924 Anayasası TBMM'yi “milletin yegâne ve hakiki mümessili” saymış ve tüm önemli devlet yetkilerini Meclis'te toplamıştır. 1961 Anayasası içerdiği hak ve özgürlükler ile denge ve fren mekanizmalarıyla liberal-demokratik anayasacılık geleneğine yaklaşmaktadır. Modern devlete geçiş sürecinde anayasacılık düşüncesinin yaşam bulabilmesi için doğal hukuk, toplum sözleşmesi ve kuvvetler ayrılığı gibi kurumsal araçların gerekliliği söz konusudur. Dolayısıyla anayasacılık düşüncesinin gelişim aşamalarını özetledikten sonra daha detaylı şekilde aşağıda inceleyeceğiz.

1.1.Doğal Hukuk Doktrini

Doğal hukuk kavramı, geçmişten günümüze filozofların fikir süzgecinden geçerek farklılık göstermiştir. İnsanı, düşüncesinin merkezine koyan Sokrates'e göre, insanın iki ayırıcı özelliği vardır: erdemli olmak ve kötülükten kaçınmak. Erdeme bilgi sayesinde ulaşılabilir, bu bilgi de kanunların bilgisidir. Ona göre kanunlar, yazılı kanunlar ve yazısız kanunlar olmak üzere ikiye ayrılır. Yazısız kanunlar üstün bir aklın ürünü iken, yazılı kanunlar yurttaşların yapmış olduğu kanunlardır. Bu kanunlar yönetenler ve yönetilenlere karşı bağlayıcıdır. Erdemli yani bilgi sahibi, dolayısıyla kanunların bilgisine sahip olan yurttaş bu bilgisiyle uygun şekilde davranmadığı zaman kötülük yapmış olur. Ancak insan bunu hiçbir zaman bilinçli yapmaz; yani kanuna aykırı hareket etmez.⁹ Yurttaşın erdemli bir birey olarak her zaman kanuna uygun şekilde davranma düşüncesi kanunun üstünlüğü ve bağlayıcılığının, nihayetinde ise hukuk devleti anlayışının temelini yansıtmaktadır.

Platon ideal bir devletin inşası ve yönetimi işini filozofların görevi olarak görür.¹⁰ Filozof devletin kurulma aşamasında kanunlara ihtiyaç duymaz. Filozofun adeta bir asli kurucu iktidar olarak meşruiyetini sağlayan sahip olduğu bilgisi, bilimi ve evrensel söylemidir. Kanunlar ise devlet kurulup düzen tesis edildikten sonra meydana

⁹Işıktaç'a göre, insanın bilerek kötülük yapmaması düşüncesi aslında Sokrates'in bir ön kabulüdür ve yurttaşın yasaya uymaktan başka bir davranışı tercih etmeyeceğinin varsayımıdır. Hâlbuki birey için hukuka aykırı olanı tercih etmek yolu her zaman açıktır. Yasemin Işıktaç, *Hukuk Felsefesi*, 4. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 53.

¹⁰ Platon, *Devlet*, çev. Sabahattin Eyüboğlu/ M. Ali Cimcoz, 14. b., İstanbul, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2008, s. 212. 499b.

çıkmaya başlayacaktır. Filozofun iradesi ile oluşturulan yazılı kurallar ile kendiliğinden oluşan ahlak kanunları, yöneticileri de kapsamak üzere herkes açısından bağlayıcıdır.¹¹ Aristo'nun düşüncesine göre, “ (V)atandaşların herhangi bir tanesinden ziyade yasanın hüküm sürmesi yeğ(lenmelidir)” çünkü kanunun yönetimi demek Tanrı'nın ve aklın yönetimidir.¹² Aristo'nun kanuna tanıdığı üstünlük, hukuk devleti anlayışı açısından önemlidir. Ayrıca en iyi yönetim biçimi olarak “erkler ayrılığı” düşüncesi de hukuk devletinin yansımaları olarak görülebilir.

Leo Strauss, klâsik doğal hukuk ve modern doğal hukuk arasında çatışma ve zıtlık olduğunu kabul etmektedir. Strauss bu çatışmada klâsik doğal hukuk yanında yer almaktadır. Doğal hukuk geleneğinin modern dönemde niteliksel ve esasa ilişkin bir değişim geçirdiğini düşünmektedir. Strauss'a göre, klâsik doğal hukuk teorileri insanın ödevleri ile ilgilenmekteydi ve nadiren haklara değiniyorlardı. Hak anlayışı ödev kaynaklıydı ve günümüzde anladığımız anlamda insan hakları ile bir bağlantısı yoktu. Ancak 17. ve 18. yüzyıllardaki doğal ödevlerden doğal haklara olan dönüşümün en net ifadesini Hobbes'ta bulmaktadır. Hobbes'u modern doğal hukuk doktrinin kurucusu ve klâsik temsilcisi olarak görmektedir.¹³

Strauss'a göre klâsik doğal hukuk geleneğinde, ancak sivil toplum içinde yer alan bireyin tabiatını mükemmelleştirilmesiyle birlikte amacına ulaşacağı düşünölmekteydi. Sivil toplum bireyden önce gelmekteydi. Dolayısıyla temel ahlâki olgu hak değil ödevdi. Modern doğal hukuk/hak doktrini ise ödev karşısında haklara öncelik verebilmek için bireyin sivil toplumdan önce geldiğini savunmaktaydı. Bu düşüncede sivil toplum ya da egemenin elinde bulunan tüm haklar, yetkiler bireylerin sahip olduğu haklardan kaynaklanmaktadır.¹⁴

Doğal hukuk kuramını Cicero şu şekilde ifade etmektedir:

“Hakiki hukuk, doğa ile uyum hâlindeki doğru akıldır; evrensel referanslıdır, değişmez ve sürekli; buyruklarıyla ödevi çağrı yapar, yasaklarıyla yanlış yapmaktan alıkoyar. O kötüler üzerinde etkiye sahip olmamasına rağmen iyi insanlar üzerine buyruk ve yasaklarını boşu boşuna yüklemeyiz. Bu hukuku değiştirmeye çalışmak günahıdır. Ne onun bir kısmını ilga etmeye kalkışmak mubahtır, ne de onu tümünden lağvetmek mümkündür. Senato

¹¹ Platon, a.g.e., 458 c, s. 161.

¹² Aristoteles, *Politika*, çev. Ersin Uysal, İstanbul: Dergâh Yayınları, 2007, s. 116.

¹³ Leo Strauss, *Doğal Hak ve Tarih*, çev. Murat Erşen – Petek Onur, 1. b., İstanbul: Say Yayınları, 2011, s. 212-213.

¹⁴ Strauss, a.g.e., ss. 214-215.

ya da halk, bizleri onun yükümlülüklerinden azade kılamaz. Onun tefsircisi ya da yorumcusu olarak kendimiz dışında bir yere bakmamız gerekmez. Roma'da ya da Atina'da şu anda ya da gelecekte farklı yasalar yoktur. Ebedi ve değişmez tek hukuk bütün milletler ve tüm zamanlar için geçerlidir. Bu hukukun müellifi, yürürlüğe koyanı ve tatbik eden yargıcı ve hepimizin üzerinde olan Tanrı tek efendi ve hükümdardır.”¹⁵

Şerif Mardin ise Cicero'nun bu tanımını “sert bir doğal hukuk tanımı” olarak nitelendirmektedir.¹⁶Cicero için doğruyu yanlıştan, iyiyi kötüden ayırabilecek doğru akıl “bilgelerin zihninde bulunmaktadır; dolayısıyla neyin doğal yasa olduğunu belirleyecek olanlar bilgilerdir.”¹⁷Cicero haklar üzerine inşa ettiği özgürlük düşüncesi ve bireylerarası ilişkilerde hukuksallığı ön plana çıkarmasıyla hukuk devleti düşüncesinin öncüsü sayılabilir. Ayrıca doğal hukukun devletten önce var olduğu düşüncesine sahip Cicero'ya göre devletin varlık sebebi, doğal adaleti hukuk aracılığıyla gerçekleştirmektir. Bu düşünüş şekli ise günümüzün insan hakları ekseninde şekillenen hukuk devleti düşüncesine ortam hazırlamaktadır.

Düşünceleri, Katolik Kilisesi'nin resmi öğretisi şeklinde benimsenen Augustinus açısından üç çeşit hukuk düzeni bulunmaktadır. Kutsal aklın ürünü şeklinde kabul gören ilahî hukuk; ebedi hukukun insan aklı tarafından algılanmış, dolayısıyla da deforme olmuş hâli olan doğal hukuk ve insanlar tarafından kurulan devlette benimsenen dünyevi-pozitif hukuk. “Adil” bir pozitif hukuk ise ilahî hukuk ile uyumlu olması ölçüsüne bağlıdır.¹⁸ Dolayısıyla ilahî hukukun insani hukuk karşısında üstünlüğü olup, üstün hukuk olarak kabul ettiği bütünüyle Tanrısalıdır.

Aquino Thomas doğal hukukun prensibini, “iyilik yapılmalı, kötülükten kaçınılmalı” şeklinde özetler. Ancak iyilik kavramına yönelttiği anlam insanın sadece kendisine yönelik yapacağı değil, aynı zamanda başta aile ve çocuklar olmak üzere topluma yönelik yapılması gerektiğini de ekler. Thomas'a göre yasa, “toplumun başında bulunan yöneticilerin ortak yararı sağlamak için açıkladığı bir akıl buyruğudur.” Yasanın amacı ortak yararı sağlamaktır, dayanağı da insan aklıdır. Ona göre insan aklı, Tanrı'daki üstün aklın izlerini taşıyarak Tanrıyla adeta iş birliği neticesinde ortaya çıkan

¹⁵ Cennet Uslu, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, 2. b., Ankara: Liberte Yayınları, 2009, s. 37.

¹⁶ Şerif Mardin, “Tabii Hukuk, Batı Toplumu ve Biz”, HFSA- Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2003, ss. 14-18.

¹⁷ Mehmet Ali Ağaoğulları, Levent Köker, *İmparatorluktan Tanrı Devlete*, 3. b., Ankara: İmge Yayınları, 1998, s. 47.

¹⁸ Ağaoğulları, Köker, a.g.e., s. 120.

yasayı işaret eder. Ortak yararı gözetmeyen, keyfi ve adalete aykırı kanunlar karşısında, içeriği belirsiz ve işlevselliği tartışmalı bir direnme hakkından bahsetmektedir.

İktidarın hukuk ile uyumlu şekilde yürütüleceği düşüncesi hukukî ya da siyasal herhangi bir denetimi ortaya koymasa da, üstün bir hukuk kuralına göre belirlenen kanun anlayışının temellerini Thomas'ın hukuk anlayışına dayandırmak mümkündür. Ağaoğulları ve Köker'e göre, adalete uygun bir iktidarın hukukla bağlı yönetimi düşüncesi “*anayasal ve demokratik yönetimin de ifadesi*”ne karşılık gelmektedir.¹⁹

Uslu'ya göre, A. Thomas'ın doğal hukuk düşüncesi, Augustinus'un görüşleriyle karşılaştırıldığında “seküler” kabul edilebilirse de Thomasçı hukuk düşüncesi Tanrı ile olan sıkı bağlantı içinde olan akıl nedeniyle sonuç olarak teolojiktir ve aynı zamanda amaç edindiği Tanrı olması açısından da teleojiktir.²⁰

Yeniçağa henüz geçmeden önce, orta çağda devlet ile kilisenin ayrılması gerektiğini savunan Ockhamlı William aklın ve inancın tamamen ayrı alanlara ait olduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla William'ın laik hukuk düzenin orta çağdaki habercisi olarak ifade edilmektedir.

Doğal hukuk ilk çağdan günümüze kadar, farklı içeriklere sahip bir dizi kuramı ifade etmiştir. Topçuoğlu'nun yaptığı sınıflandırma açısından ilk ve orta çağlarda kâinatı anlamak adına ortaya sunulan bir teoridir. Yeniçağlarda XVII. ve XVIII. yüzyıllarda ise, doğal hukuk düşüncesi siyasal bir ideolojiye, bir özgürlük ideolojisine karşılık gelir. XIX. yüzyılın pozitivistizm içerisinde bir efsane olarak kabul gören doğal hukuk, XX. yüzyılda kanun koyucunun vicdanına seslenen ve hukukî rengini kaybetmiş ahlaki emir şeklinde düşünülebilir.²¹

Doğal hukuk aynı zamanda bir hukuk devleti kuramıdır. Dolayısıyla doğal hukuk kurumlarına başvurmak hukuk devletinin temellerini anlamamızı mümkün kılacaktır. Abadan doğal hukuk ile hukuk devleti arasındaki ilişkiyi doğal hukukun bazı özelliklerine dikkat çekerek ifade eder. 1. Doğal hukuk, ulusların despotik bir siyasal iktidarının keyfi tutumuna karşı korunmak amacıyla hakkaniyetin gereklerini, mevcut hukuk karşısında geçerli kılmak niyetini taşır. Bu ayrıca hukuk devletinin ortaya çıkış

¹⁹Ağaoğulları, Köker, a.g.e., ss. 206-209.

²⁰Uslu, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, s. 168.

²¹Hâmide Topçuoğlu, *Yirminci Yüzyılda Tabii Hukuk Rönesansı*, 1.b., Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1953, ss. 201-206.

felsefesini de ortaya koyar. Gerçekten de sınırlandırılmış bir siyasal iktidar isteği ile beliren hukuk devletinin baskıcı bir yönetimin keyfiliği karşısında savunulan doğal hukuk ile teşhis edilmesi de mümkündür. 2. Doğal hukuk hem bireyler hem de kanun koyucu için de bağlayıcıdır. Bu açıdan doğal hukuk yasamanın sınırlılığı ilkesinin de bir ifadesidir. Bundan başka doğal hukukun, yürürlükteki hukuk için bir değer kıstası olması da son tahlilde yürürlükteki hukukun üstün başka bir hukuk bağlamında tekrar ele alınmasıdır. 3. Doğal hukuk, siyaset için bir yöntem olarak da düşünülebilir. Bu bağlamda doğal hukuk, toplum sözleşmesi, temel haklar, bireycilik gibi kavram ve ilkeler bağlamında devlet ve hukuk kurumlarını açıklamakta kullanılan metodik bir konstrüksiyon olarak anlaşılabilir.²²

Grotius insan doğasından çıkarsanabilen kurallarla, insan topluluğunun yaşamının ve barışın korunabileceğini kabul etmektedir. Grotius'un tanımına göre hukuk, insanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen davranış kurallarıdır. Bu hukuk kurallarını da doğal hukuk ve iradeye dayalı hukuk olmak üzere ikiye ayırmaktadır. İradeye dayalı hukuk Tanrı iradesine bağlı olabilmesinin yanında insan iradesine de bağlı olabilir. Bu noktada doğal hukuku Tanrısal iradeye bağlı hukuktan ayırmış ve doğal hukuku ilk kez laik bir anlayışla ele almıştır.²³ Ayrıca doğal hukukun geçerliliği Tanrısal iradeye dayalı hukuka uygunluğuna bağlı değildir. Bununla beraber hem insan iradesine hem de Tanrı iradesine dayalı hukukun geçerliliği doğal hukuka uygunluğuna bağlıdır.

Modern uluslararası hukukun Grotius'la başladığı kabul görmektedir. Ona göre, nasıl ki devletlerin kendi çıkarlarına hizmet eden yasaları varsa, devletlerin tümünün veya birçoğunun anlaşması sonucu ortaya çıkan yasalar da mevcuttur. Devletlerin üzerinde yer alan ve onları bağlayan bu hukuk kuralları uluslararası düzenin güvencesi olmaktadır. Son tahlilde bireylerin güvenliğini ve çıkarını koruyup geliştirebilecekleri bir ortam sunarak hukuk devletinin varlık gayesi yerine gelmiş olacaktır.

²² Yavuz Abadan, *Grotius ve Tabii Hukuk*, 1. b., İstanbul: Kenan Basımevi, 1939, ss. 18-20.

²³ Cemal Bâli Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, 2. b., Ankara: Dost Yayınevi, 2003, s. 103.

1.2.Toplum Sözleşmesi

Toplum sözleşmesi kuramının günümüz demokratik rejimlerin meşruiyetini açıklamakta ve egemenliğin sahibinin halk olduğunu ifade etmede önemi büyüktür. Toplum sözleşmesinde siyasal iktidarın kaynağı olarak Tanrı gösterilmez; burada sözleşmeyi yapan bireylerdir. Dolayısıyla bireylerin iradesi artık iktidarın kaynağı olmuştur.

Toplum sözleşmesi kuramının tamamlayıcısı olan doğal haklar kuramına, bu sözleşme ile müdahale edilemeyeceği anlayışı yerleşmiştir. Artık insanlar haklarının korunmasını kendilerinden üstün bir güce yani devlete devretmek üzere anlaşır. Devletin bu görevi yerine getirirken özgürlüklerin bir kısmına yönelik hukuk sınırları içerisinde gelebilecek sınırlamalara ve emirlere insanların itaat etmesi gerekir.

Siyasal düşünceler tarihinde toplum sözleşmesi genellikle Thomas Hobbes ile ortaya çıktığı görülür. Akal'a göre, Hobbes'a toplumsal sözleşmeyi gerekli olgunluğa erdştirip armağan eden İspanyol düşünür Suarez'dir. Ancak siyasal düşünceler tarihinde Suarez'den pek bahsedilmemesinde onun teorisinde Tanrısal kaynağın etkilerinin olması önemli rol oynamıştır. Oysa Hobbes toplum sözleşmesiyle devleti aşkın güçlerden kurtararak tamamen laik bir temele oturtmayı başarmıştır.²⁴ John Locke ise devlet karşısında bireyin haklarını ön plana çıkararak bu teoriyi daha da geliştirmiştir. J.J. Rousseau ile birlikte toplum sözleşmesi kuramı genel irade anlayışı bağlamında farklı açıdan ele alınmıştır.

Hobbes'un toplum sözleşmesi fikrinin temelinde bireyin siyasal topluma geçmeden evvel içinde yer aldığı doğa durumu yatmaktadır. Doğa durumunda iken insanlar hem zihinsel hem de bedensel olarak eşit pozisyonadadır. Ancak bu eşitlik beraberinde bireyler arasında güvensizliği getirmiştir. Çünkü aynı amaca odaklanan bireyler, birbirine rakip olduğu bir düzene doğru girmiştir. İki birey aynı anda aynı metaya sahip olmak isterse birbirlerine düşman olacaklarını ve hatta birbirini yok etmeye çalışarak egemenliği altına almaya çalışacağını ileri sürer. Dolayısıyla insanlar can ve mal güvenliklerine karşı gelebilecek tehlikelere karşı zor kullanma hakkına sahip olacaktır. Başta şan ve şerefini korumak üzere güvenliği gerekçesiyle kavga eden insanlar şiddet kullanır.

²⁴ Cemal Bâli Akal, *Sivil Toplumun Tanrısı*, 2. b., İstanbul: Engin Yayıncılık, 1995, ss. 84-85.

Doğa durumunda bireyin güven içinde olmadığını söyleyen Hobbes, belirttiğimiz sebeplerle her zaman savaş içinde olduklarını şu sözlerle ifade etmektedir:

“...Herkesin herkese düşman olduğu bir savaş zamanı nelere yol açıyorsa; insanların, kendi güçlerinden ve yaratıcılıklarıyla sağladıkları şeylerden başka güvenceleri olmadan yaşadıkları bir dönem de aynı şeylere yol açar. Böyle bir ortamda, çalışmaya yer yoktur; çünkü çalışmanın karşılığı belirsizdir ve dolayısıyla toprağın işlenmesine de yer yoktur; ne denizcilik; ne deniz yoluyla ithal edilebilecek malların kullanılması; ne rahat yapılır; ne fazla güç gerektiren şeyleri kaldırmak ve taşımak için gereken şeyler; ne yeryüzü hakkında bilgi; ne zaman hesabı; ne sanat; ne yazı; ne de toplum vardır.”²⁵

İnsanların kendi iradesiyle tüm haklarını üstün bir güce devretmesi bir sözleşme ile mümkündür ki buna toplum sözleşmesi denir. İnsanların can ve mal güvenliklerini sağlama ihtiyacı, doğal haklarını ve özgürlüğünün bir kısmını devlete devretmeye yöneltmiştir. Devletin olmadığı bir düzende herkes herkesle daima bir savaş halinde olacağı için bireysel güvenliğin sağlanması için *mutlak, sürekli ve bölünmez* bir devlet gereklidir. İnsanların güvenliğinin sağlanması sadece doğa yasaları ile mümkün değildir. Doğa yasalarına uyulmadığı takdirde onları cezalandıran bir kurum olarak devlet yer almalıdır.

Toplum sözleşmesi kuramının bir diğer öncüsü ise John Locke'tur. Locke'a göre, bireyler doğa durumunda iken herkes eşit ve özgür olarak yaşamaktadır. Doğa durumunu meydana getiren akıl kutsaldır, çünkü Tanrı'nın eseridir. Doğa durumu halinde varlığını sürdüren doğal yasalar ve doğal haklar da Tanrı'nın iradesi ile bireyde vücut bulur.

Tanrı'nın yarattığı dünyaya emek vererek yenilikler katan bireyler, çabası karşılığında onun için mülk sahibi olma hakkı doğmaktadır. Serbest piyasa ve liberal düşüncenin temellerini işaret eden Locke için özel mülkiyet çok önemlidir. Ancak bu noktada doğa durumunda yaşamını sürdüren bireyin mülkiyetinin korunması ihtiyacı devletin varlığına meşruluk kazandırır. Dolayısıyla bireyler kendi rızasıyla siyasal toplumu meydana getirmişler ve gerektiği durumda zor kullanma gücünü de bu siyasal topluma vermişlerdir. Sözleşme yoluyla siyasal topluma geçen bireyler haklarını korumak adına bu sözleşmeye taraf olmuşlardır.

Locke'ta bireysel ve toplumsal rıza toplum sözleşmesinin vazgeçilmezidir. Siyasal topluma geçişi bir zorunluluk olarak görse de, siyasal iktidarın işlem ve

²⁵ Thomas Hobbes, *Leviathan*, çev. Semih Lim, 2. b., İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 1995, s. 94.

eylemlerinin bireyin rızasına dayanması gerekliliğinin üzerinde durmaktadır. Eğer ki devlet kendisine verilmiş olan görev ve yetkilerin dışına çıkarsa “direnme hakkı” doğal ve bireyin doğal haklardan yoksun bırakılması da direnme için meşru bir zemin oluşturur.

Toplum sözleşmesini sistematik olarak ele alan düşünür ise Rousseau olmuştur. Rousseau için meşru ve güvenilir bir yönetim yapısına sahip olmak önemlidir. Doğa durumundan siyasal topluma geçerken “meşruluk” unsuru ve siyasal toplumda yaşamayı sürdürürken “güvenlik” ortamı önemlidir. Toplum sözleşmesi ile bireyler özgürlük ve haklarını sınırlandırması imkânsız olan *genel iradeye* devreder. Bu genel iradenin karşılığı devlettir. Bireyin mal ve can güvenliğini koruyan genel iradenin varlığı durumunda da aynı doğa durumunda olduğu gibi bireyler özgür olabilmektedir. Peki sorgulanamayan genel irade karşısında birey kendi hakkını nasıl savunacaktır? Rousseau bu soruyu şu şekilde yanıtlar:

“Her birey kendini, bütün haklarıyla birlikte topluluğa adar; çünkü her birey kendini tümüyle topluma adadığında koşullar herkes için aynı olur ve koşullar herkes için aynı olunca bunları başkalarının aleyhine çevirmek kimseye bir yarar sağlamaz.”²⁶

Düşüncelerini paylaştığımız üç düşünürün de temelde amacı devletin gerekliliğini ortaya koymakla beraber siyasal iktidara meşruiyet kazandırmaktır. Fikirlerinde bazı noktalarda farklılıklar olsa da uzlaştıkları konu, hak ve özgürlüklerin toplum ile iktidar arasında yapılacak sözleşme ile güvence altına alınabileceğidir.

Toplum sözleşmesinin günümüzdeki karşılığı ise modern anayasalardır. Toplum sözleşmesi kuramını günümüz modern anayasacılığı açısından düşündüğümüzde; anayasaları hazırlama ve onaylama işlemi bir anlamda toplum sözleşmesi gibidir. Demokratik bir anayasa yapım sürecinde toplumun tüm kesiminin temsil edilmesinin sağlanması ve yine bu anayasaların halkın oyu ile kabul edilip yürürlüğe konulması halk tarafından benimsenmesinde önemli rol oynar.

1961 Anayasasını katılım ve toplum sözleşmesi olma niteliği noktasında ele aldığımızda ciddi anlamda meşruluk ve katılım eksikliği olduğu görülür. Ülkemiz Anayasaları içerisinde en özgürlükçü Anayasa olarak ifade edilen 1961 Anayasası bu özelliği ile başarılı olamamıştır. Anayasa yapım sürecinde Kurucu Meclisin Temsilciler

²⁶ J. J. Rousseau, *Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukuku İlkeleri*, çev. İsmail Yerguz, 1. b., İstanbul: Say Yayınları, 2008, s. 67.

Meclisi kanadına Millî Birlik Komitesi tarafından Demokrat Parti dâhil edilmeyerek temsil niteliği oldukça sınırlı tutulmuştur. Anayasa, kendileri tarafından benimsenmeyen Adalet Partisi'nin tek başına iktidarda olduğu 1965'ten sonraki yıllarda sürekli eleştirilerin hedefinde olmuştur. Soysal'a göre, 1961 Anayasası'nın en büyük talihsizliği ömrünün büyükçe bir bölümünde kendisini candan benimsememiş iktidarların eline düşmüş olmasıdır.²⁷

1.3.Kuvvetler Ayrılığı

Kuvvetler ayrılığı kavramı yerine “güçler ayrılığı”, “görevler ayrılığı”, “erkler ayrılığı” veya “devletin fonksiyonları” ifadeleri de kullanılmaktadır. Kuvvetler ayrılığı prensibi siyasal iktidarın mutlaklığına ve sınırsızlığına karşı, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını amaçlar.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi anayasacılık olgusu ile öylesine sıkı bir ilişki içindedir ki, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 16. maddesinde, kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsenmediği bir yerde anayasadan bahsedilemeyeceği belirtilmiştir. Bu ilke ile birlikte devletin yasama, yürütme ve yargıdan oluşan kuvvetleri birbirinden farklı ve bağımsız erkler elinde paylaşılmış olur. Bu erklerin birbirini dengelemesi ve denetlemesi gerekliliği düşüncesi sınırlı iktidar anlayışına yaklaştırmış olur. Gönenç bu durumu nehir metaforuyla anlatmaktadır; bir nehir kollara ayrılınca gücü nasıl azalırsa, farklı devlet organları arasında paylaşılan siyasal iktidar da yıkıcı olma özelliğini o ölçüde yitirir.²⁸

Kuvvetler ayrılığı prensibi Montesquieu ile özdeşleşmiştir oysa Aristoteles, daha önce, her bir faaliyetin ayrı bir organa verilmesi ile en ideal hükümet sistemine ulaşabileceğini ileri sürmüştür. Vile eserinde kuvvetler ayrılığının fikri temellerini Aristoteles'ten başlatır. Aristoteles, siyaset bilimini temelde ikiye ayırmaktadır. Bunlardan ilki bugün yasama olarak adlandırdığımız, kanun yapımına ilişkin olan bölümdür. Burada müzakere, siyaset, eylem (yürütme) ve kanun koyma eylemler hayat bulur. Siyaset biliminin ikinci kısmı ise kendi içerisinde müzakereye dayalı (deliberative) ve yargı olarak ikiye ayrılır. Aristoteles'in yaptığı tasnifte modern

²⁷ Mümtaz Soysal, *Anayasanın Anlamı*, 6. b., Ankara: Gerçek Yayınevi, 1986, s. 125.

²⁸Levent Gönenç, “Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi”, *AÜHFD*, C. 56, S. 1, 2007, s. 156.

zamanlardaki yasama ile yürütmeye ilişkin temel ayrım direkt göze çarpmaz. Ancak iyi bir yöneticinin dikkate alması gereken temel üçlü bir ayrım şöyledir; karar almaya ilişkin (yasama) kuvveti, alınan kararların uygulanmasına ilişkin yüksek dereceli memurların belirlenmesi (magistracies) (yürütme) kuvveti ile alınan kararların uygulanması esnasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları çözmek üzere yargı kuvvetidir.²⁹ Aristoteles devletin elinde bulunan erkleri yasama, yürütme ve yargı olarak belirtmekle birlikte, bu erklerin özgürlüklerin güvencesi olarak farklı organlar arasında bölünmesi gerektiği anlayışı kendisinden asırlar sonra, önce Locke ve daha sonra da Montesquieu tarafından ortaya konmuştur.

Locke tasnifinde devlet yönetimi içinde yasama, yürütme ve federatif güç olmak üzere üç kuvvet öngörür. Locke yargılamayı farklı bir kuvvet olarak düşünmemekte, onu yasama içinde yürütülecek bir faaliyet olarak kabul etmiştir. Locke'un modelinde yasama önemli bir güç odağı olarak dikkat çekmektedir. Düşünürü göre, yasa yapma ile yasaları yürütmenin aynı elde toplanması halinde, kanun koyucuların, kendilerini kendi koymuş oldukları kurallardan azade hissetmesi ve kişisel çıkarlarını hem yasa yapımı hem de yasaların yürütülmesi esnasında toplumsal çıkarlara yeğleme ihtimalleri bulunmaktadır. Bu ihtimalin önüne geçmek için iyi örgütlenmiş devletlerde yasalar, yalnızca bu iş için bir araya gelen kişiler eliyle yapılmalı ve yasa yapma görevinin tamamlamasını müteakip bu kişiler dağılmalı ve yapmış oldukları bu yasalara toplumun tüm fertleri gibi bağlı olarak hayatlarına devam etmelidirler.³⁰ Locke üstün bir güç olarak yasamayı keyfi ve sınırsız olarak düşünmemekle birlikte bağımsız yargının önemini görememiş olması belki de eksiklerinden biridir.

Montesquieu kuvvetler ayrılığını en açık seçik şekilde ortaya koyan düşünür olmuştur. Düşünür tarafından yargı ilk defa yasama ve yürütmeden ayrı bir kuvvet olarak benimsenmiştir. Montesquieu, yasama, yürütme ve yargı organlarının tek bir elde toplanması durumunda istibdadın doğacağını dolayısıyla da bu üç kuvvetin mutlaka sınırlandırılması gerektiğini vurgular. Düşünürü göre, iktidarın kötüye kullanılması ancak "iktidarın iktidarı durdurması" ile mümkün olacaktır.

²⁹ M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 1998, aktaran, Taylan Barın, *Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti*, 1. b., İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016, 97.

³⁰ Locke'tan aktaran, Barın, a.g.e., s. 98.

Ancak modern devlet yönetimi, yasama ve yürütme organlarının birbirleriyle artan bir düzeyde ve sıkılaşılan işbirliğini gerektirmektedir. Bugün parlâmenter rejimin, gerek anlamı gerekse de işleyişi açısından “kuvvetler arasında denge sağlanması” ile “iktidarın iktidarı durdurması” düşüncelerine dayandığını ileri sürmek gerçeklere uygun düşmez.³¹ Günümüz parlâmenter sistemlerinde siyasal partilerin de etkisiyle yürütmenin, yasama alanında daha etkin bir konuma sahip olduğu görülmektedir. Hatta katı kuvvetler ayrılığı modelinin uygulandığı başkanlık sisteminde yasama ile yürütme arasında modern devlet hayatının getirdiği zorunlu bir yakınlaşma olduğu gözlenmektedir. Gerçekten, Amerika’da gerek Federal Yüksek Mahkemesinin geniş ve günün şartlarına uygun gerçekçi yorumları, gerek anayasa dışında (marjında) yerleşen bazı usul ve teamüller yoluyla, yasama ve yürütme organları arasında asgari iş birliğini sağlayıcı temas noktalarının kurulması yönüne gidilmiştir.³²

Zaten kuvvetler ayrılığından da, birbiri ile hiçbir temas noktası bulunmayan organların kastedildiği anlamının çıkartılması gerçekçi değildir. Ayrıca 1961 Anayasası’nın başlangıç bölümünde; “Kuvvetler ayrımının Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu” şeklinde söz edilmektedir. Hukukî ve siyasal sonuçları olan bir ilke olarak kuvvetler ayrılığının bugün de önem ve değerini kaybetmeyen yanı, yargı organının diğer organlar karşısında bağımsız ve tarafsızlığını koruması gerektiğidir. Belirtmek gerekir ki, çağdaş anlamıyla kuvvetler ayrılığı, yasama ve yürütme organları arasındaki ayrılıktan ziyade, yargı organının bu iki siyasal nitelikli organ karşısındaki bağımsızlığını ön plâna çıkarmaktadır.³³ Çünkü bireyin özgürlükler alanı ancak yargı organının tam bağımsızlığa sahip olduğu bir ortamda güvence altına alınabilecektir. Siyasal iktidarın sınırlandırılması ile temel hak ve özgürlüklerin teminat altına alınması noktasında da yargının belki de yasamaya olduğundan daha çok, yürütmeye karşı bağımsız olması önem taşımaktadır.

1961 Anayasası yumuşak kuvvetler ayrılığı sistemini benimsemiştir. Anayasayla birlikte ulusal egemenliğin kullanılışı tek organ tarafından çıkarılıp diğer organlarla

³¹Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 7. b., Ankara: Yetkin Yayınları, 1993, s. 286.

³²Kapani, a.g.e., s. 286.

³³Ergun Özbudun, *Anayasa Hukuku*, 16. b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 41.

dengelenmiştir. Ayrıca kuvvetler ayrılığı prensibi yasama yürütme ve yargı organlarının sadece ayrı organlara paylaştırılmasını değil, tek bir kuvvetin farklı organlar arasında paylaşılmasını da içerebilir. Nitekim Türkiye Büyük Millet Meclisi iki meclisten kurulu parlamento niteliğine Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu ile sahip olmuştur. Böylece çoğunluğun ezici bütünlüğü engellenmek istenmiştir. Diğer yandan yasama organı, ilk defa bu Anayasamızda yer alan, Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tâbi kılınmıştır. Açık bir şekilde anayasa, kuvvetlerin dağıtılması, dengelenmesi, egemenliğin ve iktidarın kullanılmasının paylaşılması amacını taşımaktadır.

2.POLİTİK ANAYASACILIK: GELİŞİMİ VE MAHİYETİ

Anayasacılık özünde “politik” bir meseledir. Anayasa yapım sürecinin topluma bakan yönünü yadsıyamayız. Anayasayı yapma arzusu ve girişiminde esas alınan “toplumun siyasi kültürü” gibi kavramlar siyaset biliminin inceleme alanına girmektedirler.³⁴Dolayısıyla toplumun temenni ve isteklerinin yer aldığı anayasaların varlık sebebi kaçınılmaz şekilde siyasal niteliktedir.

Anayasacılık akımı 18. ve 19. yüzyıllarda sınırlandırılmayan mutlak iktidarların keyfi yönetiminin engellenmesi için başlamıştır. Mutlak, sınırlanamaz, devredilmez ve bölünmez bir güç olarak egemenliği elinde bulunduran monarkların varlığına karşı özgürlüklerin savunucusu biçiminde beliren bu akım hukukî anayasacılık şeklinde adlandırılırken 20. yüzyılda bu amacını korumakla birlikte artık yeni ulus devletlerin yol haritasını belirleyen siyasal metinlere, yani politik anayasacılığa dönüşmüştür. Böylece devletler anayasa aracılığı ile en başta kendi sınırları içinde devamında da küresel boyutta siyaset sahnesine çıkmışlardır.

18. ve 19. yüzyılda hazırlanan anayasalar egemen monarkın tek taraflı bir iradesinin ürünü şeklinde hazırlanan ferman veya misak anayasa biçiminde oluşmuştur. 20. yüzyıl politik anayasacılığında ise artık toplumun bütün kesimlerinin anayasa yapım sürecinin içine mümkün olduğu ölçüde katıldığı ve doğrudan ya da dolaylı biçimde sürece dâhil olduğu demokratik usullerle yapılan toplumsal sözleşme niteliğine bürünmüştür.

³⁴Ali Yaşar Sarıbay, “Politik Anayasacılık: Hukukun Politik Mantığı”, ed. Kemal Gözler, Serap Yazıcı, Fuat Keyman, *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan Cilt I-Siyaset Bilimi*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 385.

Politik anayasacılık kavramını John Griffith, 1979 yılında kaleme aldığı “The Political Constituion” başlıklı makalede Birleşik Krallık politik sistemi için kullanmıştır. Anayasaların politik boyutları üzerine çalışmalar yapan literatürde farklı yazarlar bulunmaktadır.

Politik anayasacılık için Marco Goldoni dört özellikten bahseder: (1) Siyaset her zaman hukuktan önce gelmektedir; hukuku ve dolayısıyla anayasayı da hukukun bir parçası olarak görürsek anayasayı da var eden siyasi bir iradedir. (2) Politik eşitlik; yani hukuki anayasacılar hukuki eşitlik savunusu yaparken, politik anayasacılar siyasi eşitlik ve demokratik genel oy hakkından yanadır. (3) Neo-parlamentarizm; parlamentonun yaptığı her türlü siyasi tasarruf anayasaldır ve anayasa yargısı gereksizdir. (4) Üstün bir hukuku reddedilmesi ve sıradan politikanın değeri; eğer demokrasi herkesin eşit şartlarda aynı konu üzerinde söz söylemesine izin veriyorsa, bu hakkı sınırlayan üstün bir hukukun olmaması gerekir.³⁵

Ali Yaşar Sarıbay, Richard Bellamy’i referans vererek hukuki anayasacılık ve politik anayasacılık arasındaki farka dikkat çeker. Hukuki anayasacılık, anayasaya politik alanın sınırlarını belirleyen ve bunu hukuki olarak korunmuş ve güçlendirilmiş kurallara bağlayan anayasacılıktır. Politik anayasacılık ise “yasama ve idari tasarruflarla teşvik edilen veya sınırlanan hakların meşruluğu süreci üzerine odaklanan bir anlayışı yansıtır, bu doğrultuda iktidarı kimin, hangi amaçla kullandığını esas alır.” Hukuki anayasacılıktaki amaç iktidarın sınırlanması olduğundan hayatın büyük bölümünü apolitik olarak algılayan, politik anayasacılık, toplumun tüm bireylerini adil bir düzen oluşturma yolunda eşit haklara sahip varlıklar olarak kabul eder. Böyle bakıldığında hukuki anayasacılık Amerika Birleşik Devletleri, politik anayasacılık ise İngiltere örneği ile özdeştir. Amerika’da hazırlanan anayasa siyasal iktidarı sınırlandırmak için değil, kurmak için hazırlanmıştır ve tam da pozitif hukukçuların tanımına uygun şekilde kurucu anayasa olmuştur. İngiltere’de ise hukuki teamüller, kralın emirlerinden çok daha önceye dayandığından, bir yazılı anayasa ihtiyacı geleneklere olan bağlılığın önüne geçememiştir.³⁶

³⁵Marco Goldoni, “Two Internal Critiques of Political Constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, C. 4, S. 10, 2012, pp. 928-936.

³⁶ Sarıbay, “Politik Anayasacılık: Hukukun Politik Mantığı”, s. 393.

Hukuk ile siyaset arasındaki zorunlu ilişki içinde, siyaseti hukuka öncelikli kılan egemenliğin gücünü elinde bulunduran iktidarın doğası ile alakalıdır. Hukukun iktidarı değil ancak iktidarın hukuku belirlediği ilişkinin şekli özü itibariyle siyasaldır. Örneğin hukuk aracılığıyla korunan haklar ülkelerin siyasal anlamda yönetim şekillerine göre farklılık gösterir. Bir burjuvazi tarafından belirlenen haklar ile totaliter, monarşi, veya liberal düzenin öngördüğü haklar bir olmayacaktır. Dolayısıyla hukuk, konulmuş olan bu hakların korunmasını daha farklı bir siyasal süreç oluştuğunda terk ederek, sürece bağlı olarak biçim ve değer kazanıp değişir. Bu açıdan baktığımızda, siyaset hukuku kuran, onu önceleyen ve belirleyen bir olgu olarak karşımıza çıkıyor. Nihai olarak egemen erkin belirlediği sınırlamaları gözetmek durumunda olan ikincil konumdaki bir sürece sokuyor.

Hukuku siyasete göre ikincil kılan bir diğer ilişki biçimi ise, egemenin hukuku askıya alan/alabilme olanağını elinde bulundurduğu *istisna hali*dir. İstisna hali egemenin olağanüstü durumları gerekçe göstererek hukuku askıya alma durumudur. Yasal sürecin siyasal bir kararla askıya alınmasını dayanaklaştıran zorunluluk hali egemen olanı hukuk üstü bir yere oturtur. İstisna hali sürecinde olağan yönetim koşulları geçerli olmaktan çıkmış; bu sürecin yönetiminde egemen tek yetkili duruma gelmiştir. Schmitt ve Agamben'in görüşleri hukuk ile siyaset arasında bir yer alan süreci anlamamız için önemli bir yere sahiptir.

Schmitt egemeni, “olağanüstü hale karar veren mercii” olarak ifade eder. Schmitt'e göre olağanüstü hal süreci, olağanüstü tedbirlerin uygulanmasını gerektiren her çeşit siyasal ve ekonomik karışıklığı barındırır. Olağanüstü hal, istikrar ve düzeni yeniden tesis etmek için krizlerin hangi şekillerde atlatılması gerektiği konusundaki ilkeleri ortaya koyan anayasal bir düzeni öngörürken, kuralı gereği, bir referans noktası olarak mevcut bir düzene ihtiyaç duymaz.³⁷

Agamben “İstisna Hali” eserinde *istisna* terimini :“dışarıda olmak gene de ait olmak” şeklinde ele alır. Agamben'e göre, bu sınırsal figürün gösterdiği şey, istisna ile kuralı, üyelik ile içlenmeyi, dışarıdaki ile içerdekini, birbirinden net şekilde ayırma yolundaki bütün uğraşların karşılaştığı radikal bir krizdir. Burada egemen aynı zamanda

³⁷ Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, çev. Emre Zeybekoğlu, 1. b., Ankara: Dost Kitabevi, 2002, s. 13.

hem hukukun içinde yer alırken hem de dışında yer almaktadır. İstisna hakkında karar veren egemenin varlığı bu istisna tarafından belirlendiği için bu iki zıtlığı barındırır.³⁸

Pozitif hukuk kuramlarında varsayılan, egemenin gücünü hukuktan aldığı görüşü yani “hukuk egemene bağlı değil, egemen hukuka bağlı” ifadesinin istisna hali sürecinde bunun tersine çevrildiğini göstermektedir. Sonuç olarak doğası gereği egemenin istisna ile güç ilişkisi zemininde hukukun ikincil konuma sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Hukuku oluşturan erk onu askıya alma hakkını yasal olarak değil ama siyasal bir *karar* ile alabilir.

Özetle politik anayasacılık anlayışı anayasacılığın toplumla olan bağlarına vurgu yapmaktadır. Anayasanın öznesi, toplum iradesini yansıtan ve bizzat sahibi olan halktır. Anayasaların sosyo-politik meşruiyetini ifade etmeye çalışan politik anayasacılık, varlık sebepleri politik nitelikte olan anayasaların toplum ile siyasal iktidar arasında sözleşme niteliğinde olması gerektiğine vurgu yapar. Varlık sebepleri politik nitelikte olan anayasalar, belli bir toprak parçası üzerinde yaşamını sürdürme arzusu içindeki toplum ile siyasal iktidar arasında yapılan bir sözleşmedir dolayısıyla anayasalar toplum sözleşmesi olarak adlandırılırlar.

3.POLİTİK ANAYASACILIK VE ANAYASALARIN MEŞRUIYETİ MESELESİ

Bir anayasanın meşruiyetini sağlaması için anayasadan beklenen, devletin temel yapısını ve işlevini düzenlemek, devlet iktidarının keyfiliğe kaçmasını önlemek amacıyla hukuk kurallarıyla sınırını çizmekle birlikte, temel hak ve özgürlükleri teminat altına almak olduğu için bunlardan farklı amaca hizmet eden anayasaların meşruiyeti tartışmalı olduğu düşünülmektedir. Meşruiyet kavramı artık günümüzde pozitif hukuk terminolojisi kalıpları arasına sıkışmış, kanunlara veya hukuka uygunluğu ifade eden anlamından daha geniş şekilde kullanılmaktadır. Hukukilik kavramı meşruiyete kıyasla çok daha sade ve dar içeriktedir ve bu açıdan baktığımızda meşruiyeti, hukukiliğin dar

³⁸ Giorgio Agamben, *İstisna Hali*, çev. Kemal Atakay, 1. b., İstanbul: Otonom Yayıncılık, 2006, s. 46.

anlamı içine hapsedmek de yanlış olur.³⁹Dolayısıyla hukukilik ve meşruiyet kavramlarının ayırt edilmesi zorunluluğu ortaya çıkar.

Hukukilik, yaptırım altında bulunan ve kamu güçleri tarafından güvence altına alınmış olan anayasal düzene saygıyı sağlamayı amaçlayan, zorlayıcı etkiyi ifade eder. Meşruiyet ise oybirliğiyle veya en azından yönetilenlerin büyük çoğunluğunun oluşturduğu bir katılmanın konusunu oluşturan erkin başvuru kistaslarına, ilham kaynaklarına ve ideolojilerine bağlı olmayı ifade eden bir niteliktir.⁴⁰Littre sözlüğü hukukilik ve meşruiyet arasında yer alan ilişkiyi “kanuna uygun olan hukukidir, hakkaniyete uygun olan meşrudur. Kanununu çiğneyen bir fiil hiçbir şekilde hukuki olamaz fakat şartlar gereğince meşru olabilir”⁴¹ şeklinde ortaya koyar. Ya da tersi olarak, bir karar eylem ya da işlem anayasa ve yasalara uygun ise hukuki meşruiyeti sağlıyor denilebilir ancak onun toplumun çoğunluğu tarafından kabul gördüğünü ispat etmez.

Modern sosyal bilimlerin kurucularından olan Weber meşruiyete ilişkin çözümlemesinde üç tip otoriteden bahseder: karizmatik, geleneksel ve hukuki-rasyonel otorite. Weber’in otorite kavramına ilişkin açıklamalarının kökeninde de meşruiyet yer alır.⁴²Karizmatik otorite bir liderin olağanüstü özelliklerinden kaynaklanır. Geleneksel otorite, seneler boyunca devam eden gelenek ve göreneklerin toplum tarafından benimsenmesi ile beraber bu gelenek ve göreneklere uygun şekilde toplumu yöneten siyasal iktidarın meşru olduğunun kabulüne dayanır. Hukuki-rasyonel otorite ise siyasal iktidarın soyut, genel ve kişilik dışı olan hukuk kurallarına bağlılığını ifade eder ve bu otoritenin meşruiyeti hukukilik üzerine kuruludur. Weber’in düşüncesine göre modern dünyada hukuki rasyonel otorite geçerli olan otorite tipidir.

Weber’in otorite sınıflandırmasının meşruiyet kaynakları şu şekilde özetlenebilir:

³⁹ Meltem Dikmen Caniklioğlu, *Anayasal Devlette Meşruiyet*, 1. b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2010, s. 29.

⁴⁰ Gülşah Yalçın Güler, “Anayasa Değişiklikleri, Kurucu İktidarlar ve Meşruiyet”, *Ankara, Sayıştay Dergisi*, S. 66-67, 2007, s. 44.

⁴¹ Ender Ethem Atay, “Hukukta Meşruiyet Kavramı”, *Ankara, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, 1997, s. 22.

⁴²Max Weber, “*Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı*”, çev. Özer Ozankaya, 1. b., Ankara: İmge Kitabevi, 1995, s. 92.

“Özet olarak, siyasi iktidarı ellerinde tutanlar, Weber’in çözümlemesine göre, yönetilenlerin rızasını talep ederken adeta şöyle seslenmektedir: Geleneksel şef: ‘Bana itaat et, çünkü halkımız yüzyıllardan beri şeflerine itaat etmiştir; karizmatik lider; ‘Bana itaat et, çünkü ben senin hayatını değiştirebilirim; hukuki-rasyonel yönetici: ‘Bana itaat et, çünkü ben senin hukuka uygun olarak atanan yöneticimim.”⁴³Bu ayrımlar da dikkatle incelendiğinde meşruiyet ile hukukiliğin aynı şey olmadığı ortaya çıkar.

Bu noktada anayasaların meşruiyetini hukuki ve sosyo-politik meşruiyet ayrımı üzerinden inceleyeceğiz.⁴⁴ Siyasal toplumda gerçekleştirilen eylem ve işlemlerin mevcut hukuka uygunluğu hukuki boyutunu, yine yapılan eylem ve işlemlerin toplum vicdanında kabul görerek en azından çoğunluk tarafından kabul ediliyorsa meşruiyetin sosyo-politik boyutunu ifade eder.

3.1. Anayasaların Hukuki Meşruiyeti: Politik Anayasacılığın Eleştirileri

Hukuki meşruiyet, meşruiyetin yasallık boyutuyla ilgili olup işlevselliğini de normlar hiyerarşisinden alır. Anayasaların hukuki meşruiyetlerini sorgularken anayasa yapım süreciyle ilgili şu iki ayrımdan yola çıkarak karar verebiliriz; ilki mevcut bir anayasada değişiklik yapılması sonucu oluşturulan anayasanın meşruiyeti, bir diğeri ise yürürlükte bir hukuk düzeninin olmayışında ilk defa hazırlanacak olan yeni bir anayasanın hukuki meşruiyetidir. Bu ayrımı dikkate aldığımızda ilki olağan dönem anayasası olarak adlandırılırken diğeri olağanüstü dönem anayasası denilebilir.

Anayasa değişikliğini yapma yetkisi verilmiş organın, mevcut hukukun öngördüğü usul ve esaslara uyarak yaptığı yeni/değişmiş anayasa hukuki meşruiyete sahip olacaktır. Anayasa değişikliğini meşrulaştırıcı kıstas ise normlar hiyerarşisinde en üstte bulunan anayasalardır.

Hukuki meşruiyette kıstasımız herhangi bir normun kendisinden daha üstte bulunan norma uygunluğu ise yürürlükte bir anayasa yokken hazırlanan anayasa (olağanüstü dönem anayasası) için hukuki meşruiyetten bahsedebilir miyiz? Anayasanın üstünde bir norm olmadığı için hukuki meşruiyetinden bahsetmek mümkün değildir.

⁴³ Gönenç, “Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi”, s. 134.

⁴⁴ Caniklioğlu meşruiyete ilişkin şu ikili ayrımı yapmaktadır: “Siyasi İktidarın Kaynağında Meşruiyet-Siyasi İktidarın Kullanımında Meşruiyet. Birincisi siyasi iktidarın demokratik meşruiyetine, ikincisi siyasi iktidarın hukuki meşruiyetine karşı gelecek bir açıklama getirmektedir.” Caniklioğlu, *Anayasal Devlette Meşruiyet*, s. 47.

Schmitt anayasaların meşruiyeti konusundaki düşüncesini kurucu iktidar kavramı üzerinden değerlendirmektedir. Schmitt'e göre, anayasalar için hukuki meşruiyet aranmaması gerekir, meşruiyetinin kaynağı geçerli olan hukuk kuralları dışında olmalıdır. Schmitt, yeni bir anayasanın yürürlüğe girmesi ile beraber kendisinden önce var olan anayasanın bütün kurallarıyla yürürlükten kalktığını; bu durumda, önceki anayasanın, yeni anayasa için hukuki meşruiyet kaynağı olamayacağını belirtmektedir.

Kelsen normlar hiyerarşisi üzerinden meşruiyet açıklamaya çalışmıştır. Kelsen'in kurucusu olduğu Saf Hukuk Kuramı, başlı başına hukuki pozitivizmin kuramıdır.⁴⁵ Hukukun nasıl yapıldığı ve ne olduğu sorularına cevap arar, hukukun ne olması gerektiği veya nasıl yapılması gerektiği sorularıyla ilgilenmez. Kendisini hukukun "saf" kuramı olarak karakterize etmesiyle hukuk bilimini bütün yabancı unsurlardan temizlemeyi amaçlar. Çünkü sadece hukuka odaklanmış bilişi amaçlar ve bilişinin açıklıkla hukuk olarak belirlediği nesnesine ait olmayan her şeyi bu bilişten ayıklamayı amaçlar.⁴⁶

Kelsen'e göre, hukuk düzeni aynı düzeydeki, yan yana duran hukuk normlarının oluşturduğu bir sistemi değil, aksine farklı katmanlardaki hukuk normlarının hiyerarşik düzenlendiği bir sistemdir. Sistemin geçerliliğini sağlayan ise kendi yaratılmaları da başka normlar tarafından belirlenen normlara doğru izinin sürüldüğü zincirdir.⁴⁷ Ancak Kelsen anayasanın hangi norma bağlı olduğunu ve dolayısıyla anayasanın meşruiyetini nereden aldığı konusunda açıklayıcı bir tezi olmamıştır. Sadece *varsayımsal* olarak nitelendirilen Temel (Grund) normun varlığından bahseder. Grundnorm pozitif hukuk alanına ait bir norm değildir.

Grundnorm'un varsayımsal niteliğini anlamak adına kendisinin bir örneği ile düşünebiliriz. Bir Hristiyan baba, çocuğuna okula git dediğinde, çocuğun babasının emrine uyması gerekir. Çocuk, neden babasının emrine uyması gerektiğini sorduğunda, alacağı cevap; çünkü Tanrı Hristiyanlara, babanızın dediklerine uyun diye emretmiştir, olacaktır. İşte bu emir, bir Hristiyan için varsayımsal nitelikteki temel normdur.⁴⁸ Bu

⁴⁵Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, çev. Ertuğrul Uzun, 1.b., İstanbul: Nora Yayınevi, 2016, s. 41.

⁴⁶ Kelsen, a.g.e., s.1.

⁴⁷ Kelsen, a.g.e., s.79.

⁴⁸ Ali Acar, "(Yeni) Bir Anayasanın Nihai Normatiflik Kaynağı Nedir? Hukuki Pozitivizmden Yanıtlar", *Ankara, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 2, 2011, s. 116.

örneği hukuka uyarlayacak olursak: Eğer hukuk kurumunun sınırları içinde kalmak istiyorsanız öznel iradenin (yasama organı) ürünü olan hukuk normlarını, Grundnorm varsayımı altında geçerli olduğunu kabul etmek zorundayız. Grundnorm'un hukuk kuralları için nasıl objektif geçerlilik sağladığını sorguladığımız andan itibaren hukuktan siyaset alanına geçmiş oluruz.

Bir diğer pozitif hukukçu Hart'a göre hukuk sistemi iki tür kuralın birleşiminden oluşur. Birincil kurallar, toplumsal davranışları yönlendirip ödev yüklerken, ikincil kurallar insanlara belirli koşullar altında yeni kurallar oluşturma, değiştirme ve bu kurallara uyulmadığında yargılayabilme yetkisi vermektedir.⁴⁹Modern bir hukuk sistemini bu iki tip kuralın birleşimi ve tanıma kuralını da geçerlilik kriteri olarak nitelendirmek mümkündür. Hart birincil ve ikincil kurallar arasındaki farkı ortaya koyabilmek adına yasama organı ya da mahkemelerin bulunmadığı ilkel bir toplum üzerinden devam eder. Toplumsal düzenin, toplumun kendi davranış standartlarına ilişkin genel tutumuyla sağlandığı bir ortamda kuralların ihlali karşısında birincil kuralların yeterli olmayacağını, birincil kuralların hukuk adıyla tanımlansa dahi ahlak kurallarından pek farklı sayılamayacağını belirtmektedir. Dolayısıyla Hart'a göre ilkel toplumlarda görülebilecek aksaklıklar karşısında birincil kurallar rejiminin belirsizliğinin çaresi toplumsal baskıyla desteklenmesi gereken, bazı kesin ve doğrulayıcı özellikleri tanımlayan "tanıma kuralları"nda yer alır.⁵⁰

Hukuk sisteminin geçerliliğini sağlayan tanıma kuralları, bir kuralın hukuk sistemine aidiyetinin nihai olumlu göstergesi kabul edilebilecek özellikleri ortaya koyar; ilgili kuralın yasama yoluyla, örf adet veya içtihatların etkisiyle oluşturulabileceği koşulları göstermektedir.

Anayasanın meşruiyeti konusunda gerek Kelsen'in normlar hiyerarşisi kuramı gerekse de Hart'ın tanıma kuralı açıklamaları yeterli olmamaktadır. Pozitivist hukuk anlayışı egemen kişinin buyruğu olarak gördüğu anayasanın hukuki meşruiyetini açıklama ihtiyacı hissetmez. Bu durumda anayasanın meşruiyeti için özellikle önemli olan içinden çıktığı toplumun ona rıza göstermesi yani sosyo-politik meşruiyettir. Bununla beraber belirtmek gerekir ki meşruiyetin hukukilik boyutu tamamen

⁴⁹H.L.A Hart, *The Concept of Law*, p. 81. aktaran, Şule Şahin Ceylan, *H.L.A. Hart'in Hukuk Kavramı*, 1. b., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014, s.71.

⁵⁰ Ceylan, a.g.e., s. 114.

soyutlanamaz. Çünkü meşruiyet kavramı ne salt hukukilik ne salt yasallık ne de salt toplumsal rızayı içerir.

3.2. Anayasaların Sosyo-Politik Meşruiyeti: Politik Anayasacılığın Tezleri

Anayasaların sosyo-politik meşruiyeti anayasaların siyasal yönüyle açıklanabilecek bir durumdur.⁵¹ Sarıbay, anayasaların politik yönünün geri planda bırakıldığını şu sözlerle açıklar:

“Genel anlamda anayasanın, devletin ana kuruluşunu ve işleyişini düzenleyen kurallar bütününi içeren hukuki bir metin olarak yapılan tanımı Türk politik kültüründe anayasanın ve anayasacılığın hukuki mahiyetine ağırlık verilmesini de beraberinde getirmiştir... Anayasanın her gündeme gelişinde ortaya çıkan tartışmalar devlete ve rejime ilişkin bir hukuk meselesi tartışılmıyormuş gibi son tahlilde apolitik bir tutumla yapılmaktadır.”⁵²

Sarıbay’ın anayasaların sadece hukuk metinleri olarak görülmesinin yanlış bir tutum⁵³ olarak değerlendirmesine benzer şekilde Can’ın düşünceleri şu şekildedir:

“Anayasa hukuku siyasal iktidarın gelişip serpildiği, güç mücadelesi ve güç dinamiklerinin hesaba katıldığı, demokratik siyasal iradenin etkin olduğu bir alanla ilgilidir. Siyasal iradenin varlığı anayasa hukukunun önkoşuludur; bu irade anayasa hukuku tarafından “kanalize edilir”, “organize edilir, biçimlenir ve belirlenir. Anayasa hukuku tercihen “siyasal hukuktur, daha etkili bir ifadeyle siyasal olanın hukukudur.”⁵⁴

Gönenç anayasaların üç boyutuna dikkat çekerek bunları, “ideolojik manifesto”, “normatif şelale” ve “iktidar haritası” olarak belirtir. İdeolojik manifesto, anayasanın dayanışmacı; “normatif şelale” olma özelliği, dayatmacı yönünü; iktidar haritası ise özellikle yasama ve yürütme arasında iktidarın organize biçimde kullanılmasını ifade eder. Bunlardan ideolojik manifesto olma niteliği, anayasacılığın siyasal yönüyle yakından ilgilidir. Anayasalar yoluyla toplumu bir arada tutan temel değer ve prensipler

⁵¹Duverger meşruiyeti hukuki gerekçelerin dışında arar nitelikte, “asli kurucu iktidar meşruiyetini ve gücünü anayasadan almaz; aksine anayasa meşruiyetini asli kurucu iktidardan alır” şeklinde düşüncelerini açıklar.

⁵² Sarıbay, “Politik Anayasacılık: Hukukun Politik Mantiği”, s. 384.

⁵³ Richard Bellamy, anayasaları hukukî sistemin ötesinde politik sistemi tanımlayan ve politik gücü organize eden ve bölen bir çerçeve olarak düşünür. Gülener, *Türkiye’de Anayasa Yargısı’nın Demokratik Meşruluğu*, ss. 183-184.

⁵⁴ Osman Can, *Kurucu İktidar*, 1. b., İstanbul: Alfa Yayınları, 2013, s. 20.

ilan edilirken, diğer yandan anayasal sosyalleşme yoluyla bu değerlerin ve prensiplerin öğrenilmesine ve sürdürülmesine katkıda bulunur.⁵⁵

Adını mühendislik veya tasarım olarak koyduğumuz toplumu yeni baştan inşa ediş, her durumda siyasal bir niteliğe sahiptir.⁵⁶Bir halkın yeni anayasa yapmaya yönelik arzusu, o halkın içinde yer aldığı ulusal, uluslararası politika ve kültürel ortamın söylemleri doğrultusunda toplumu yeniden inşa etme niyetidir.⁵⁷Anayasalar yoluyla toplumun tasarımı veya anayasa mühendisliği⁵⁸ asli kurucu iktidar eliyle olmaktadır; meşruiyetini sürdürmek isteyen iktidar için önemli olan bu tasarım sürecinin toplumla bütünleşmesi yönünde olmasıdır.

Versteeg, anayasaların taşıdığı değerler ile ülkede yaşayanların değerleri arasında ciddi farklar olduğunu belirttiği makalesinde, çarpıcı örnekler mevcuttur. Örneğin Güney Afrika Anayasası kaleme alınırken; Güney Afrika'nın %88'i eşcinselliğin ahlaken kabul edilemez olduğunu düşünmekteydi fakat yeni anayasada, buna karşın cinsel eğilime bakılmaksızın eşit koruma düzenlenmiştir. Yine Hollanda'da nüfusun yalnızca %22'si eşcinselliğe karşı çıkmaktayken anayasada eşcinsel olanların hakları hiçbir zaman düzenlenmemiştir.⁵⁹ Bu çalışma, halkın tercihlerinin anayasa metnine yansıtılmaktan ne kadar uzak olduğunu çarpıcı bir şekilde ortaya koyuyor.

Anayasaların sosyo-politik meşruiyeti en kısa ifadeyle, toplumsal rıza ile sağlanır. Anayasa yapım sürecine mümkün olan en geniş şekilde toplumun katılımı yeni anayasanın meşruiyet kazanması ve uzun ömürlü olması açısından önemli rol oynayacaktır.⁶⁰ Yurttaşlara bu sürecin edilgen değil etkin aktörü oldukları hissettirilmelidir. Günümüz modern ulus- devletlerinin toplum sözleşmeleri olan

⁵⁵ Gönenç, "Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi", s. 155.

⁵⁶ Şafak Evran Topuzkanamış, "Anayasalar Yoluyla Toplum Tasarımı ve İnşası: Anayasaların Gerçek Sahipleri ve Anayasacılık Sürecinde Birey", *İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 5006.

⁵⁷ Sarıbay, "Politik Anayasacılık: Hukukun Politik Mantığı", s. 385.

⁵⁸Bkz. Giovanni Sartori, "Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği", çev. Ergun Özbudun, 1. b., Ankara, Yetkin Yayınları, 1997.

⁵⁹Topuzkanamış, "Anayasalar Yoluyla Toplum Tasarımı ve İnşası: Anayasaların Gerçek Sahipleri ve Anayasacılık Sürecinde Birey", ss. 4998-4999.

⁶⁰ Gönenç anayasaların meşruiyetini sağlanmasını şu sözlerle bağlamıştır: "Bir siyasi sistemde bulunan büyük gruplar anayasa yapımına ne kadar çok katılırsa ve ortaya çıkan belge bu grupların anayasal istek ve beklentilerini ne kadar çok karşılarsa söz konusu gruplar o anayasaya o kadar sahip çıkar, destek verir. Sonuçta yine anayasanın meşruiyeti ve yaşama şansı artar." Levent Gönenç, "Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi", *Ankara, AÜHFĐ*, C. 56, S. 1, 2007, s. 139.

anayasalar toplumun siyasal kültürünü ne kadar çok yansıtıyorsa meşruiyeti o derece artar. Siyasal iktidarı elinde bulunduran, kendisine verilen görevi yerine getirirken içinde bulunduğu toplumun değer, inanç ve tavırlarını göz önünde bulundurma gerekliliğinin altında sosyo-politik meşruiyete sahip olma arzusu yatar. Demokratik anayasa yapım yöntemlerinden olan kurucu meclis ile kurucu referandum yöntemleri de anayasaların sosyo-politik meşruiyeti taşıması hedefiyle kullanılmaktadır.

Gönenç yeni bir anayasanın meşruluğa sahip olabilmesi için hukuki meşruiyetin yetersizliğini teorik bir model çizerek ortaya koymuştur: “Eğer bir siyasi sistemin mensupları, kendileri için, X anayasasının, Y ve Z anayasasından daha makul ve daha iyi olduğunu düşünüyorlar ve bu anayasayı destekliyorlarsa, X anayasası meşrudur.” Peki bireyleri bu düşünceye götüren sebep nedir? Lipset ve Linz’in cevabı *siyasi kültür ve fonksiyonel etkinlik*dir. Siyasi kültür ile kastedilen siyasi objelere ilişkin tavır, inanç ve değerlerdir. Fonksiyonel etkinlik ile ise siyasi kurumların belli bir siyasi sistemdeki birey ve grupların beklentilerini yerine getirebilme kapasitesi kastedilmektedir.⁶¹ Bu yapılan tespitler aynı şekilde anayasaların meşruiyeti için de geçerlidir.

1961 Anayasası hazırlanması sürecinde, seçmenlerin nerdeyse yarısına sahip bir siyasal partinin dışlanması meşruiyetine zarar veren bir unsur olmuştur. Halkoylamasında yaklaşık yüzde kırklık bir oranla halk tercihini “hayır” şeklinde ifade etmiştir. Referandum yoluyla toplumun düşünceleri yeni anayasanın başlangıçtaki meşruiyeti açısından fikir verici olacaktır.⁶² Anayasa kurucu meclis ya da kurucu meclis işlevi taşıyan olağan bir meclis aracılığıyla yapılırken gözetilmesi gereken husus toplumsal farklılıkları ve bütün çıkar gruplarını mümkün olduğunca temsil etmesidir. Bununla birlikte herkesin uzlaştığı ve uzlaşmayan hiç kimsenin kalmadığı bir anayasa metninin hazırlanması doğal olarak gerçeklikten uzaktır. Tek tek tüm bireylerin düşüncelerinin alınması oldukça güç olduğu için maksimum uzlaşma hedeflenmelidir.

⁶¹ A. yer.

⁶²Referandum için Soysal: “Referandumla, bir ülkede yaygın olarak benimsenen değerler ve inançlarla anayasa arasındaki mutabakat ve uygunluk ölçülmüş sayılır” şeklinde düşüncelerini ifade etmiştir. Ancak demokratik bir usûl olan referandumun plebisiteye dönüşmemesi önemlidir. Referandumun amacına ulaşması için hazırlanan anayasa taslağının tartışma ortamına sunulması, herhangi bir baskı ve korku ortamı yaratılmadan özgürce üzerine konuşulup fikir beyan edilmesi önemlidir.

4.POLİTİK ANAYASACILIK AÇISINDAN KURUCU İKTİDAR OLGUSU VE SINIRLARI

Anayasaların sosyo-politik meşruiyet kaynağının açıklanması için anayasaların topluma bakan yönü yani kurucu iktidar önemli bir konudur. Aynı zamanda anayasa teorisinin en tartışmalı konularından birisini de kurucu iktidarın sınırları oluşturur. Bir devletin anayasasını yapma ya da değiştirme, başka bir ifadeyle o devletin ana siyasal yapısını belirleme iktidarı “kurucu iktidar” ya da “kuruculuk fonksiyonu” adıyla anılır.⁶³Bu tanımda da vurgulandığı üzere, kurucu iktidarın anayasayı yapma ve değiştirme şeklinde iki yönü bulunmaktadır. Bir ülkenin anayasasının daha önceki hiçbir kurala bağlı kalınmaksızın yapılabilme gücü asli kurucu iktidar olarak adlandırılırken, mevcut hukuki düzen çerçevesinde gerçekleştirilen kuruculuk da tali kurucu iktidar olarak adlandırılır.⁶⁴Bu bağlamda kurucu iktidar siyasal düzen içerisinde anayasayı yapan ve değiştiren iktidardır.

Ancak siyasal düzende yetkiler tek kurucu iktidar tarafından kullanılmaz bununla beraber kurucu iktidarın belirlediği sınırlar dâhilinde öteki devlet organlarının da kendilerine verilen yetkileri kullanma hakkı bulunmaktadır. Bu da bizi kurucu iktidar ile kurulu iktidar ayırımına götürmektedir. Yeni bir anayasa aracılığı ile devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını kuran güce kurucu iktidar⁶⁵, kurucu iktidarın yürürlüğe koymuş olduğu anayasa ile siyasal ve hukuki statüleri düzenlenen devlet organlarına ise kurulmuş iktidar adı verilir.⁶⁶

Kemal Gözler kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar ayırımını şu şekilde ortaya koymaktadır:

“ Kurucu iktidar ile kurulmuş iktidarlar arasında gerçek anlamda bir ayırımın 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

⁶³Özbudun, *Anayasa Hukuku*, s. 167.

⁶⁴Cem Eroğul ise bu ayırımı asli kurma fonksiyonu ve türev kurma fonksiyonu olarak yapmaktadır.

⁶⁵Ömer Faruk Gençkaya, *Türk Siyasal Sisteminde Kurucu Meclis:1961 ve 1981 Deneyimlerinin Karşılaştırılması*, 27 Mayıs 1960 Devrimi ve 1961 Anayasası içinde, ed. Suna Kili, İstanbul: Boyut Kitapları, 1998, s. 15.

⁶⁶Kemal Gözler, *Kurucu İktidar*, 1. b., Bursa: Ekin Yayıncılık, 1998, s. 14.

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 iktidardır.”⁶⁷

Gözler, kurulmuş iktidar kavramı ile yasama, yürütme ve yargı organlarının üçünün de düşünülmesi gerektiğini ifade ederken; Kubalı 1961 Anayasası metninde yer alan Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kurulu’nun, Kapani ise devletin bilhassa siyasal karar organları niteliğinde bulunan yasama ve yürütmenin kurulmuş iktidar olduğunu belirterek kurulmuş iktidara daha dar bir anlam yüklemişlerdir. Kurucu iktidar-kurulu iktidar ayrımına daha sonra değinileceğinden dolayı literatürde kurucu iktidar üzerine yapılan tanımlamalara geri dönebiliriz.

Kurucu iktidar, siyasal toplum içinde anayasayı yapan ve yürürlükte olan anayasayı değiştiren iktidar olarak siyasal bir iktidardır. Kurucu iktidarın siyasal yönünü vurgulayan Kubalı kurucu iktidarı “hukuki ve siyasi bir müessese olarak kurmak için anayasayı yapan güç” şeklinde tanımlamaktadır.⁶⁸ Kurucu iktidarı siyasal iktidarın başlangıcı şeklinde düşünmek yanlış olmaz. Levent Gönenç, çalışmasında kurucu iktidar ile siyasal iktidarın farklılığını şu şekilde ifade etmektedir:

“Siyasal iktidar belli bir toplumdaki en üstün ve en kapsamlı iktidarı ifade eder. Bu biçimiyle siyasi iktidar aslında muazzam bir güçtür, ancak olağan dönemlerde bu güç anayasa ve hukuk düzeni ile çerçevelenmiştir. Bu bağlamda siyasi iktidar olağan dönemlerde, egemenliğin hukuk tarafından ehlileştirilmiş biçimi olarak görülebilir. Bu muazzam güç, potansiyel olarak toplumda varlığını korur, ancak normal siyaset içinde, anayasal düzenin arkasında gizlenir. Varlığı bilinir ama ortaya çıkmaz. Ne zaman ki, olağan dönemlerden- savaş, devrim, hükümet darbesi gibi- olağanüstü dönemlere geçilir; siyasi iktidar kendisi için kurulan anayasal setleri yıkar ve deyim yerindeyse özüne döner. Anayasal boşlukların ardından karşımıza çıkan siyasi iktidar artık uysal bir iktidar değildir; siyasi iktidar bu zamanlarda sınırsız, bölünmez, devredilmez biçimiyle yeniden doğar; yani yeniden egemenleşir.”⁶⁹

Carl Schmitt kurucu iktidarı, kendi siyasal varoluşunun formu ve biçimi hakkındaki somut temel kararı verme gücüne sahip olan siyasal irade (onun gücü ya da otoritesi) olarak tanımlar.⁷⁰ Bu eksende “egemen”i de olağan düzene son verebilme gücüne sahip “irade” olarak tanımlamaktadır. E. Sieyes ise kurucu iktidarı “kurulu bir

⁶⁷ Gözler, a.g.e., s. 14.

⁶⁸ Hüseyin Nail Kubalı, *Türk Esas Teşkilat Hukuku Dersleri*, 1. b., İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1960, s. 306.

⁶⁹ Gönenç, “Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi”, s. 158.

⁷⁰ Dinçer Demirkent, “Anayasal Kuruluş Konusunda Kapanmayacak Tartışma: Hannah Arendt ve Carl Schmitt’te Kurucu İktidar Sorunu”, *Ankara: Mülkiye Dergisi*, C. 39, S. 3, 2015, s. 108.

devlette kurulu olmayan iktidar” olarak tanımlamakta, somutta ise bunun “ulus” olduğunu ileri sürmektedir. Hans Kelsen, başlangıçta “varsayımsal temel norm” görüşü üzerinde dursa da, sonraları, kurucu iktidarın yalnızca sosyo-politik bir olgu olduğu, dolayısıyla hiçbir norm ile bağlı olmayan, anayasa öncesi iktidar olduğunu kabul etmiştir.⁷¹Hermann Heller, Anayasanın halk tarafından yapılmamış olsa da, kurucu iktidar tarafından yapılan, ancak bağlayıcı olarak kabul edilen bir norm olduğunu ifade ederek, halk unsurunu meşrulaştırma aracı olarak eklemektedir.⁷²

Kurucu iktidarı sınırlayan sosyo-politik unsurlar dışında birtakım unsurlardan da söz edebiliriz. Arendt “Devrim Üzerine” isimli kitabında şu tespiti yapmaktadır: “Başlama eylemini keyfilikten kurtaran kendi prensiplerini içerisinde taşımasıdır.”⁷³ Bu bağlamda, söz konusu prensiplerin amacı “başlama eylemini” yani anayasa yapımını sınırlamak değil, yönlendirmektir. Bu prensipler görünmez prensiplerdir ve anayasa yapım sürecinde görünür hale gelir. Arendt kurucu iktidarın keyfiliğin önlemek için “içkin prensipler”i bir çözüm olarak önerse de, bu prensiplerin içeriği ve nasıl uygulanacağı konusunda net bir değerlendirme yapmaz.⁷⁴

Habermas’a göre ise, anayasanın da kaynağı olan yeni bir hukuk sistemi kurma eyleminin kendisi, yeni anayasanın oluşturulması aşamasında formüle edilen ve somutlaştırılan içkin prensipler içerir. Anayasa yapım sürecine katılan aktörler, aralarında her yönden birçok fark olmasına rağmen, ortak bir noktada birleşirler; anayasa-yapıcılar ortak bir eylemle yeni bir düzen yaratmak için yola çıkmışlardır. Burada kilit kavram, “ortak eylem” veya “birlikte hareket etme iradesi”dir. Bu kolektif yasama faaliyetinde, aktörler sadece bu sürece ve bu süreç içinde gizli olan varsayımlara dayanabilir. Anayasa yapım aşamasında özellikle “eşitlik” (equality) ve “karşılıklılık” (reciprocity) prensipleri belirleyici olur.⁷⁵Böylece anayasa yapıcılar bu prensiplere anayasa yapım aşamasında kendilerini bağlı hissederek, yaptıklarını anayasaya da yansıtmış olurlar.

⁷¹ Osman Can, “Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu”, *Ankara, AÜSBFD*, C. 62, S. 3, 2007, s. 106.

⁷²Can, a.g.m., dipnot 5.

⁷³Hannah Arendt, *Devrim Üzerine*, çev. Onur Kara, İstanbul: İletişim Yayınları, 1. b., 2012, s. 13-15.

⁷⁴ Gönenç, “Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi”, s. 161.

⁷⁵ A. yer.

Kurucu iktidar-kurulmuş iktidar ayrımı kabul edildikten sonra, bu ayrımın somut yansımaları incelenmelidir. Uygulamada kurulmuş iktidar tali kurucu iktidar için kullanılmaktadır. Asli ve tali kurucu iktidar ayrımının ortaya çıkışı esasen Batı'da 1789 Fransız Devrimi sonrasında, bizde ise 27 Mayıs askeri darbesi ve bu darbenin ürünü olan 1961 Anayasası ile olmuştur. Asli ve tali kurucu iktidarın hareket ettikleri hukuki ortam tamamen farklı durumda olduğu için ayrı ayrı ele alınmaları daha yararlı olacaktır.

4.1. Asli Kurucu İktidarın Hukuki ve Sosyo-Politik Sınırları

Asli kurucu iktidar, hukuki boşluk durumundan yeni bir sistem, yeni ilkeler temeline dayanan yeni bir anayasa oluşturmaya çalışır. Asli kurucu iktidar bunu gerçekleştirirken kendisini sınırlayan yazılı ve üstün bir hukuk kuralıyla bağlı olmayıp kendi üzerinde başkaca bir otorite bulunmamaktadır. Kamu gücünü fiilen ellerinde bulunduran kurucular, -artık felsefi kanaatlerine göre- yetkilerini ya “Allah” tan, ya “Tarih” ten, ya “Millet” ten, ya bir “Sınıf” tan vs. aldıklarını ilân edebilirler.⁷⁶ Asli kurucu iktidarın sınırını oluşturan sosyolojik ve siyasal unsurlar, metajurik yani hukuk ötesi bir mesele olması nedeniyle hukuk biliminin inceleme alanı dışında olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla asli kurucu iktidar için anayasayı hazırlarken, uymak ile zorunlu olduğu herhangi bir şekil veya usul şartı söz konusu olmadığı için hukuki meşruiyet de aranmamalıdır.

Asli kurucu iktidar için yukarıda kullandığımız anlamda tanımını, tarihte ilk kez 1789 yılında Emmanuel Sieyès vermiştir:

“En genel ifadeyle, devlet anayasasını tam anlamıyla hür olarak (en toute liberte) veren, ne önceden var olan bir kuralla şarta bağlanmış ne de devletin dışındaki bir güç tarafından sınırlandırılmış güçtür. Bu güç ilk olarak anayasada şekli olarak ne yazılması gerektiğine hükmeder ve ikinci olarak da hukuki anlamda bir kesintinin söz konusu olduğu durumlarda ortaya çıkar ve yeni bir anayasanın hazırlanması anlamında müdahalede bulunur.”⁷⁷

⁷⁶Cem Eroğul, *Anayasayı Değiştirme Sorunu*, 1. b., Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1974, s. 23.

⁷⁷ Ender Ethem Atay, “Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki”, *Ankara, GÜHFD*, C. 12, S. 1-2, 2008, s. 526.

Asli kurucu iktidarın hukuk-dışı bir iktidar olduğunu belirten Eroğul, dayanağını Kelsen'i göstererek toplumsal davranış kuralları olan hukuk kurallarının hayata geçirilmesinin yalnız karşılığında bir yaptırıma bağlanması söz konusu ise mümkün olacağını düşünmektedir. Zira Eroğul'a göre bir işlemin hukuki olmasını sağlayan şey kendisinden önce var olan bir hukuk kuralına göre yapılmış olmasıdır. Asli kurucu iktidar anayasayı önceden var olan hukuka göre yapmadığından hukuk dışı olarak nitelendirilmek durumundadır.⁷⁸

Asli kurucu iktidarın hukukun dışında bir olgu olduğunu belirttik ancak tersini savunan yazarlar da mevcuttur. Örneğin Duverger ve Burdeau, asli kurucu iktidarın aksine hukuki bir iktidar olduğunu benimsemektedir. Burdeau, asli kurucu iktidarın hukuki niteliğini anlayabilmek adına onu meydana getiren durumun ne olduğunun bilinmesi gerekir. Asli kurucu iktidarı meydana getiren durumun devrim olduğunu savunan yazarın düşüncesine göre devrimlerin de hukuki bir manası bulunmaktadır. Burdeau'ya göre, devrim dediğimiz olay hukukun kesintiye uğraması değil, hukuk sisteminin yapısının değişmesidir. Dolayısıyla devrim beraberinde yeni bir hukuk sistemi getirmektedir. Böylece yeni hukuk sistemini inşa eden asli kurucu iktidar da hukuki bir işlem yapmış oluyor.

Duverger ise asli kurucu iktidarın hiçbir kurala bağlı olmayışının ve ortaya çıkışının da kendiliğinden oluşu iddialarını hatalı bulduğunu ifade etmektedir. Duverger asli kurucu iktidar da dâhil olmak üzere tüm iktidarların anayasadan türediği varsayımından hareket etmektedir. Carré de Malberg'in "tüm organlar ve keza kurucu güç diye adlandırılan organ da, temelde anayasadan çıkar, yetkilerini anayasa belirler"⁷⁹ sözlerini üzerine Duverger "anayasanın babası olan kurucu iktidar, nasıl olur da anayasanın aynı anda çocuğu olabilir" diye sormaktadır.⁸⁰

Ayrıca doktrinde bu düşüncelere ilave olarak asli kurucu iktidarın ne bütünüyle hukuki ne de bütünüyle hukuk-dışı olduğu görüşünü benimseyenler de bulunmaktadır. Örneğin Erdoğan'ın düşüncesine göre, asli kurucu iktidar tamamen hukuki değildir çünkü doğası gereği en azından bu iktidarı bağlayan bir anayasa mevcut değildir. Öbür

⁷⁸Eroğul, *Anayasayı Değiştirme Sorunu*, s. 22.

⁷⁹Raymond Carre de Malberg, *Contibution a la theorie generale de l'Etat*, 1922 p. 500'den aktaran, Gözler, *Kurucu İktidar*, s. 42.

⁸⁰Maurice Duverger, "Contribution a l'étude de la légitimité des gouvernements de fait", 1945, pp. 78-79'dan aktaran, Gözler, a.g.e., s. 42.

taraftan ise hukuk dışı diyemeyiz çünkü evrensel hukukun varlığı anayasalardan bağımsız ve anayasaların üzerindedir. Asli kurucu iktidar da hukukun genel ilkelerinden ve evrensel insan haklarından bütünüyle bağımsız olamaz.⁸¹

Asli kurucu iktidarın hukuken sınırsız bir iktidar oluşu onun tamamen keyfi bir iktidar olduğu anlamına gelmemektedir. Asli kurucu iktidarın uyması gereken sosyo-politik sınırlar vardır. Ortaya çıkaracağı anayasanın uzun ömürlü olması ve istikrarın sağlanması için toplumda egemen olan meşruluk anlayışı ve değer yargılarına uygun hareket etmesi gerekir.⁸² Aksi halde kısa zaman sonra politik alanda yaşanan sorunların çözüm süreci anayasa değişikliği ile giderilmek istenecektir.

Asli kurucu iktidarın ne zaman ve nasıl meşru olarak ortaya çıkacağı önemli bir konudur. Asli kurucu iktidarı ortaya çıkaran sebepler hukuki olmaktan çok siyasal ve sosyolojik niteliktedir. Dolayısıyla gücünü ve yetkisini siyasal ve sosyolojik şartlardan kazanmaktadır. Üstelik asli kurucu iktidarın siyasal ve sosyolojik sınırlarını belirleyen şartlar küreselleşme ile birlikte daha bir önem kazanmıştır. Böyle bir ortamda asli kurucu iktidar uluslararası alanda hâkim olan ilkeleri, uluslararası ve ulusüstü örgütlerin benimsemiş oldukları normları dikkate almak durumundadır. Örneğin Avrupa Konseyi'nin bir organı olarak 1990'da kurulan Venedik Komisyonu ülkelerin anayasa yapım süreçlerinde önemli bir etkiye sahip olmuştur. Komisyon sahip olduğu temel normlar ile yeni kurulan demokrasilerin anayasa yapımına hukuki yardım sunmaktadır.

Anayasanın yapılması devletin yeniden inşası anlamına geldiğinden, bu süreç siyasal toplum açısından gündelik sıradan bir mesele değildir. Bir ülkenin bağımsızlığına yeni kavuşması veya mevcut anayasal sistemin ihtilâl, hükümet darbesi, iç savaş, yabancı işgali ve bölünme gibi temel tarihsel kırılma anlarına denk gelen durumlarda asli kurucu iktidar ortaya çıkar. Dolayısıyla anayasa yapım ihtiyacı önemli siyasal kopuş anlarına tekabül eder. Anayasa yapım süreci olağan kanun yapımından farklı olarak hukuki olmaktan ziyade siyasal bir niteliğe sahip olmaktadır. Eğer biz

⁸¹ Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 4. b., Ankara, Orion Yayınları, 2007, s. 89.

⁸² Erdoğan'ın da belirttiği gibi "Hukuki durum ne olursa olsun, fiiliyatta hiçbir anayasa yapıcı kendi dışındaki bütün etkenleri göz ardı ederek tümüyle kendi iradesinin bir ürünü olan anayasa yapamaz. Demokratik olmayan yöntemlerle bir anayasa yapılması halinde bile, otokratlar toplumsal dinamiklerden az çok etkilenirken; toplumda yerleşik siyasal inanç ve tutumlar ve toplumsal güç dengeleri anayasa yapıcının yetkisini bir ölçüde sınırlar. Ayrıca, uluslararası ortam ve ülkenin dış ilişkileri de asli kurucu iktidarı bazı anayasal tercihleri benimsemek zorunda bırakabilir." Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 2. b., Ankara: Siyasal Kitabevi, 1997, s. 52.

siyaseti bir tercih süreci olarak tanımlarsak, anayasa yapımı siyasal olarak örgütlenmiş toplum tarafından temel siyasal tercihlerinin yapıldığı siyasal süreç olarak düşünülebilir.

Temel siyasal tercihleri kimin ve nasıl yapacağı önemli bir soru olarak karşımıza çıkar. Asli kurucu iktidara yeni bir anayasa yapma yetkisinin kim tarafından verildiğini inceleyecek olursak; bu konu siyaset bilimi ile kamu hukuku literatüründe önemli bir yer tutan “egemenlik” kavramının kurucu iktidar ile ilişkisine bakmamız gerekir. Çünkü asli kurucu iktidar ile egemen iktidar arasındaki ilişkiyi ortaya koymadan sonuca ulaşmak oldukça güçtür.

Egemenlik kavramı sistematik olarak ilk kez Jean Bodin tarafından açıklanmış ve Thomas Hobbes tarafından geliştirilmiştir. Bodin, egemene mutlaklık, süreklilik, bölünmezlik ve devredilmezlik atfetmektedir. Hobbes’un düşüncesinde de egemen mutlak, sürekli ve bölünmezdir. Egemenin buyrukları ve emirleri yasadır. Bu haliyle, klasik egemenlik anlayışına en çok yaklaşan iktidar asli kurucu iktidardır. Ancak vurguladığımız üzere asli kurucu iktidar hukuki açıdan egemen olmakla beraber, siyasal anlamda egemen bir iktidar değildir. Asli kurucu iktidarı sınırlayan tek şey, içinden çıktığı toplumun sosyo-politik gerçekleridir.

Zamanımızdaki sosyo-politik gerçeklerle uyuşmayan, onlara bütünüyle ayırık düşen egemenlik, net olarak söylemek gerekir ki artık *çağdışı* bir kavramdır.⁸³ Bu yüzden egemenliğin klasik anlamı o dönemlerin şartları altında kabul görse de artık egemenliğin ne sınırsızlığından, ne bölünmezliğinden ne de devredilemezliğinden bahsedebiliriz. Günümüz anayasacılık düşüncesine hâkim olan kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkesiyle egemenliğin sınırsızlığı ve bölünmezliği niteliği büyük ölçüde ortadan kalkmıştır. Ayrıca günümüzde devletler artık güçlerinin bir kısmını güçlü ve etkin olan ulus-örgütlere devredebilmektedir. Dolayısıyla Bodin ve Hobbes’un tanımladığı şekliyle egemenlik anlayışından bahsedemeyiz. Egemenliğin artık kilise, aristokrasi ve krallık gibi çeşitli güçler tarafından kullanılması anlayışı terk ediliyor. Egemenliğin klasik anlamından çıkarılıp günümüz modern devletlerinde yeniden tanımlanmasının arka planında Jean Jacques Rousseau ve Sieyes’in düşünceleri yatar.

Rousseau egemenliği, toplum sözleşmesi kuramı aracılığıyla, devleti meydana getiren bireylere aidiyetle açıklama yolunu tercih ederek, demokratik bir içeriğe

⁸³Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, 52. b., Ankara: BB01 Yayınları, 2016, s. 71.

kavuşturmuştur.⁸⁴ Onun egemenlik anlayışı halk egemenliği biçimindedir ve eşitlik ön planda yer alır. Rousseau egemenliğin mutlak, devredilmez ve bölünmez olduğuna inanır ama burada bahsedilen mutlaklığın tek sınırı egemen olanın yetkisini toplumun kötülüğüne kullanamamasıdır. Rousseau’da egemen pozisyonda olan halk, egemenliğini devretmediği için hükümet üyeleri aslında halkın görevlileri pozisyonundadır. Rousseau, egemenliği genel iradenin sahibi olarak kabul edilen halka verirken, siyasal iktidarı ise yalnızca yetkilendirmektedir. Genel irade genelin refahını amaçlayarak kamu yararını hedefler. Onun düşüncesinde, egemenliğin birincil unsuru olan yasama yetkisi bizzat halk tarafından kullanılmalıdır. Anayasa yapım yönteminde kullanılan kurucu referandum yolu Rousseau’nun düşünceleriyle uyumaktadır. Ancak her ne kadar egemenliğin temsil edemeyeceğini savunsa da özellikle geniş nüfus ve coğrafyaya sahip devletlerde bunun imkânsızlığını kabul etmektedir. Dolayısıyla da temsili demokrasinin de mecburen uygulanabileceğini eklemektedir.

Egemenliğin dönüşümü konusunda önemli fikirleri olan bir diğer düşünür Sieyès’tir. Ona göre, siyasal toplumda söz sahibi olan millettir, milleti yöneten yine onun iradesinin somut yansıması olacaktır. Ancak milletin siyasal topluluk olarak meydana gelebilmesi için de bazı evrelerden geçmesi gerekir. Birinci evrede ayrı olarak yaşayan bireylerin toplanmak istedikleri varsayılır ve bir araya gelerek meydana getirdikleri toplum millettir. Doğal olarak, siyasal toplumun oluşması milleti, yani ulusu ortaya çıkarmaktadır. Ulusların ortaya çıkması ile beraber geriye sadece hakların kullanımı kalmaktadır. İkinci evrede ise, ortak irade karşımıza çıkmaktadır. Siyasal toplulukta egemenliğin kaynağı ulustur, ulus kamusal ihtiyaçları ve bu ihtiyaçları karşılayacak araçları belirlemek zorundadır. Ancak ortak irade geniş bir coğrafyaya yayıldığından tam anlamıyla kullanılamaz. Bu noktada üçüncü evre devreye girer ve ulus iradesinin temsili söz konusu olur. Yani artık gerçek bir ortak irade değil temsili ortak irade söz konusudur ve egemenliği artık temsilciler kullanmaktadır. Ancak temsilcilerin yetkileri asla sınırsız değildir, ortak iradeyi kendi haklarıymış gibi kullanamazlar.⁸⁵ Dolayısıyla egemenlik içkindir ve her zaman ulusa ait olacaktır.

⁸⁴Yusuf Şevki Hakyemez, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, 1. b., Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004, s. 36.

⁸⁵Emmanuel Sieyès, “Tiers Etat Nedir?” çev. Süheyp Derbil, *Ankara, AÜHFD*, C. 8, S. 1-2, 1951, ss. 182-183.

Fransız İhtilali ile milletin temsilcisi olan seçilmişlerin oluşturduğu meclise verilen yasa yapma yetkisinin kaynağı yine millet olmaktadır. Eğer ki bu yasa, anayasa yapmak ise yetkili meclis asli kurucu iktidardır. Böylece asli kurucu iktidar ile egemenliğin kesiştiği unsur demokratik yöntemlerle oluşturulmuş milletin temsil ettiği parlamentolardır ya da kurucu meclis olarak adlandırılan diğer demokratik kurumlardır.

Asli kurucu iktidarın sosyo-politik meşruiyetini politik anayasacılık üzerinden okumak istersek meşruiyet ile ilgili öncelikle burada meşruiyetin günümüzde kullanılan anlamına bakmamız gerekir. Meşruiyet önceleri sadece “hukuka uygunluk” anlamında kullanılırken, günümüzde, yapılan işlem ve eylemlerin pozitif hukuka uygunluğuna ek olarak, yönetilenlerin en azından çoğunluğu tarafından benimsenmesi, kamu vicdanına uygun bulunması anlamında kullanılmaktadır. Bu da yukarıda da dile getirdiğimiz meşruiyetin iki unsurunu ortaya çıkarır: hukuki ve sosyo-politik meşruiyet. Sosyo-politik meşruiyete sahip olması bakımından asli kurucu iktidarın göz önünde bulundurulması gereken birtakım değerler vardır. Örneğin hukuk devleti, uluslararası hukuk, insan hakları ve azınlık hakları bunlardan bazılarıdır. Asli kurucu iktidarı hukuk dışı bir kavram olarak belirtmemiz meydana getireceği anayasanın meşru bir düzen yaratamayacağı anlamına karşılık gelmez.

Asli kurucu iktidar için bir diğer önemli konu onun devamlılığı meselesidir. Schmitt ve Negri kurucu iktidarın devamlılığını savunan tezler ileri sürmüşlerdir. Schmitt’e göre kurucu iktidar anayasal düzen içinde her an ortaya çıkarak yeni bir anayasa yapabilir. Negri’ye göre ise kurucu iktidar uygun bir zamanda yeni bir devrim olarak ortaya çıkmak üzere yer altına çekilir.

Bruce Ackerman normal gündelik politika ile anayasal politika arasında ayırım yaparak bu konuya farklı bir yaklaşım sergilemiştir. Ackerman’a göre, normal politikayı olağan yasamanın, anayasal politikayı ise kurucu iktidarın yani halkın işi olarak düşünmemiz gerekir. Anayasa yapımı devamlı bir yetki olmayıp kamunun ortak yararı üzerine odaklı nadir anayasal politika anlarına mahsustur. Bu anayasal anlar da hukuk dışıdır çünkü halkın iradesi hiçbir hukuki sınırlamaya tabi değildir.

Asli kurucu iktidarın mevcut anayasa ortadan kaldırılmadıkça ortaya çıkamayacağını savunmak en baştan itibaren yaptığımız tanımıyla çelişki içine girer, hem de egemenliğin millete ait olduğu teziyle karşıtlık oluşturur. Eğer ki egemenlik

kayıtsız şartsız millete aitse, bu yetkiye dayanarak anayasayı ortadan kaldırarak yeni bir anayasa metni ortaya çıkarılabilir. Tabii ki her istenilen anda bu yola başvurulsun anlamına gelmez. Netice itibariyle siyasal ve sosyal koşulların anayasa yapım ihtiyacına zemin hazırlaması gerekir. Yine siyasal ve sosyal koşulların hükûmet darbesi ve ihtilal gibi hukuk dışı kesintilerle oluşacak sebeplere münhasır olduğunu söylemek demokrasiyi yadsıyan bir yaklaşımı sergilemiş olur.

4.2. Tali Kurucu İktidarın Hukuki Sınırları

Anayasalar her ne kadar uzun süre yürürlükte kalmak üzere yapılırlar da artık uygulanamaz hale gelen anayasa metinleri sürekliliği sağlamak adına değiştirilmeye mahkûmdur. Anayasaların değiştirilemeyeceğini savunmak ise yeni kuşakların kendi kendini yönetme hakkını ortadan kaldırır ve iradeleri önceki nesiller tarafından ipotek altına alınmış olur. Böyle bir durumda ise anayasayı değiştiremeyen bir ulusun, egemenliğinden söz edilemez. Siyasal kurumun temel kuruluş belgesi olan anayasalar siyasal yapının istikrarının sağlanması amacıyla belli bir denge içinde değişiklik geçirebilmelidir. Anayasayı değiştirme yetkisi düzenlenirken, değişiklik ihtiyacı ile istikrar gerekliliği arasında makul bir dengenin kurulması temel hedef olmalıdır.⁸⁶

Tali kurucu iktidar, mevcut anayasada yer alan usul ve esas şartlarına bağlı kalarak değişiklik yapan iktidardır. Tali kurucu iktidar hem kuruculuk hem kurulmuş organ olmak üzere çift niteliğe sahiptir. Kurulmuş bir iktidar olarak varlığını anayasadan almaktadır. Çünkü anayasa ile kurulmuş ve sahip olduğu anayasayı değiştirme yetkisini de anayasadan almaktadır. Tali kurucu iktidarın kurucu boyutu, yapacağı anayasa değişiklikleri ile yeni iktidarlar kurabilmesinde yatar. Örneğin, TBMM, Cumhurbaşkanı ve halk arasında paylaşılan tali kurucu iktidar yetkisi, bu yetkinin kurulmuş tarafını gösterir. TBMM'nin yeterli çoğunluğu sağlaması ve Cumhurbaşkanının onayını alması halinde anayasayı değiştirerek yeni bir kurumu anayasallaştırması onun kurucu tarafını göstermektedir.

Anayasaların nasıl değiştirileceği anayasalarda öngörüldüğü için anayasayı değiştirme hukuki bir boşlukta cereyan etmemektedir. Tali kurucu iktidar yetkisini kullanırken mevcut anayasa askıya alınmamakta, yürürlükte kalmaya devam etmektedir.

⁸⁶Kubalı, *Türk Esas Teşkilat Hukuku Dersleri*, s. 102.

Dolayısıyla asli kurucu iktidar için söz konusu olan hukuk dışılık özelliği tali kurucu iktidar açısından söz konusu değildir. Tali kurucu iktidar mevcut anayasanın çizdiği yetki dâhilinde hareket etmeye mecburdur.

Tali kurucu iktidarın önceden belirlenmiş kurallar çerçevesinde hareket etmesi onun hukuken sınırlanmış olduğunun kabulünü gerektirir. Tali kurucu iktidarın anayasa değişikliklerini yaparken yetkisinin sınırları şekli ve maddi yönlerden farklılık göstermektedir. Asli kurucu iktidarın belirlediği kurallar dolayısıyla yetkisini kullanırken farklı bir şekilde hareket edememektedir. Aksi halde bu iktidarın sınırlandırılmış olduğunu söylemenin pek de bir anlamı kalmaz. Bu şekilde iktidarın yetki sınırlarını aşmasını denetleyen bir kurulmuş organ olarak Anayasa Mahkemesi yer almaktadır.

Bir diğer önemli mesele de anayasa değişikliklerini gerçekleştirirken anayasanın içeriğine bağlı kalıp kalmamadır. Bu konu bizi anayasa değişikliklerinin denetiminin esastan yapılıp yapılamayacağı meselesine götürmektedir. Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimini savunanlar haliyle tali kurucu iktidarın maddi yönden sınırlı bir iktidar olduğunu kabul etmektedir. Bu yaklaşım, anayasa metni içinde bir hiyerarşinin olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Özbudun, bu konudaki düşüncesini, hukuk normları hiyerarşisinde bir normun, ancak kendinden üstün konumdaki diğer bir norma aykırılığı durumunda iptal edilebileceğini belirtmekte ve eşit düzeydeki normlar arasında olsa olsa zaman açısından öncelik-sonralık ve konu yönünden ise genellik-özellik ilişkisi bulunabileceğini anlatmaktadır. O halde, anayasada öngörülen prosedür çerçevesinde yapılmış bir anayasa değişikliğinin, maddi(esas) yönden anayasaya uygunluğunu denetlemek mantıken imkansızdır.⁸⁷ Tali kurucu iktidarın anayasa ile bağlılığı yalnızca anayasayı değiştirmeye ilişkin şekli hükümler açısından geçerlidir. Dolayısıyla tali kurucu iktidarın anayasanın içeriği ile bağlılığından söz edilemez. Zira tali kurucu iktidarın değişiklik sonucu ortaya çıkan anayasa normu hiyerarşik açıdan asli kurucu iktidarın yaptığı norma göre daha aşağıda değildir.⁸⁸ Hatta yaptığı değişiklikle asli kurucu iktidarın yaptığı normu ortadan kaldırma yetkisine sahiptir. Peki diğer organların akıbetini de karara bağlayabilmek yetkisini taşıyan bir organ, diğer

⁸⁷ Özbudun, *Anayasa Hukuku*, s. 159.

⁸⁸ Gözler, *Kurucu İktidar*, s. 118.

organlarla nasıl hukuken eşit sayılabilir?⁸⁹Türev kurucu iktidarın hukuk hiyerarşisindeki yeri diğer kurulmuş organlardan farksızdır. Yaptığı iş ona üstün bir hukuki statü vermez.

Anayasa değişikliği konusunda değinmemiz gereken bir diğer önemli konu da anayasacılık ve demokrasi arasındaki gerilimdir. Demokrasi tüm devlet yetkilerinin halkın rızasına ve halktan kaynaklandığı fikrine dayanır. Anayasacılık ise devlet kudretinin bölünmesi, sınırlanması ve farklı organlar tarafından kullanılmasını öngörmektedir. Buradaki paradoks, bir taraftan halkın kendini yönetme gücünün sınırsızlığı yer alırken diğer tarafta da bu gücün kullanımının hukukla sınırlandırılması söz konusudur. Öncelikle belirtelim ki demokrasiyi esas itibariyle çoğunluğun sınırsız bir yönetme hakkı olarak tanımlayamayız. Çoğunluğu elde ederek yönetime gelen iktidar bilmelidir ki, azınlıkta kalan bireylerin çoğunluk oluşturabilmek için faaliyette bulunabilme hakkıyla sınırlıdır. Özbudun'a göre, çağdaş devlette yöneticilerin keyfi iktidarının önlenmesi ve birey hürriyetlerinin korunması sadece, seçimler yoluyla gerçekleşecek "dikey hesapverirlik" mekanizmalarından beklenemez.⁹⁰Özellikle ülkemizde de uygulanan yumuşak kuvvetler ayrılığına dayalı hükümet sisteminde yasama-yürütme organlarının adeta iç içe geçmiş şekilde faaliyetlerini yürütürken, çoğunluk yönetiminin etkili bir denge ve fren mekanizması ile sınırlandırılması gerekir. Bu noktada anayasa, anayasa yargısı ve yargı bağımsızlığı ve hukuk devleti ilkesinin benimsenerek hayata geçirilmesi önem kazanacaktır.

Anayasacılık, olağan kanunların yapımında yasama çoğunluklarının yapacağı yasalara sınır getirmektedir ve bu da genellikle yargı denetimiyle kurumsallaştırılmıştır. Diğer taraftan temel kanunlar halk tarafından yapılırken yine üzerinde yapılacak değişiklikler için de anayasanın istikrarı ve anayasanın üstünlüğü gereğince bir sınır getirilmiştir. Dolayısıyla anayasacılık ile demokrasi arasında yaşanan gerilimin bir görünümü olarak bu durumu Colon-Rios ortaya attığı teori ile bu tartışmayı bitireceğini ileri sürmüştür.

Ona göre halkın yönetiminden söz edilebilmesi için asgari iki temel unsurun bulunması gerekir. Bunlardan ilki demokratik açıklık ya da açık toplum, diğeri ise temel

⁸⁹ Eroğul, *Anayasayı Değiştirme Sorunu*, s. 29.

⁹⁰ Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi*, 1. b., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 25.

siyasal kararların halkın katılımıyla alınmasıdır. Açık toplum, en temel ilkelerin dahi tartışmaya açık olduğu ve her zaman değiştirilebilmesinin mümkün olduğu toplumdur. Bu nedenle anayasada yer alan değiştirilemez kuralların demokratik açıklıkla bağdaşmadığını ileri sürer.

Anayasa değişiklikleri açısından demokrasinin ağırlığını artırmak adına “zayıf anayasacılık” olarak nitelendirdiği bir yaklaşım ileri sürmektedir. Zayıf anayasacılık, tabandan yukarıya oluşturulan kurucu meclisler ve anayasal halk girişimleri olmak üzere iki kurumsal öneri içerir. Dolayısıyla anayasa değişiklikleri normal siyasal kurumların olağan gündelik meselelerde uyguladığı yöntemlerle gerçekleştirilemez, yoğun halk katılımı gereklidir.⁹¹ Colon-Rios teorisinin merkezine temel kararların alınmasında halkın katılımını almıştır. Anayasacılık lehine demokrasiyi yadsıyan bir anayasa teorisini eleştirmekte ve anayasacılığın idealleri ile demokrasinin ideallerinin birlikte göz önünde bulundurulmasını savunmaktadır.

Tali kurucu iktidarın meşruiyeti hukuki açıdan, anayasanın koyduğu anayasa değişiklik yöntemlerine uygun hareket ederek anayasayı değiştirmesinde yatar. Ancak tali kurucu iktidar için hukuki meşruiyet aranabilirken, sosyo-politik meşruiyetten iki sebepten dolayı bahsedemeyiz. Bunlardan ilki anayasayı değiştirme yetkisinin sahibi genellikle yasama organı olan parlamentolardır. Dolayısıyla yasama yetkisini kullanmak üzere halk tarafından seçilen parlamentolar milli iradenin temsilcisi olarak sosyo-politik meşruiyete sahiptir. İkincisi ise, yapılan anayasa değişikliği karşısında referandum zorunlu olsa dahi bu durum tali kurucu iktidarın değil anayasanın meşruiyeti ile ilintilidir. Çünkü yapılan referandum ile tali kurucu iktidar milli iradeye danışmakta ve son sözü ona bırakarak anayasa değişikliği sonucu ortaya çıkan yeni anayasa meşruluğunu milli egemenlikten almış olacaktır. Bununla beraber yapılan referandum sonucu diyelim ki, anayasa değişikliği reddedilse bile bu durum parlamentonun sosyo-politik meşruluğunun ortadan kalktığını göstermez. Çünkü halkın vetosu parlamentoya değil, yapılan anayasa değişikliğinedir. Netice itibariyle tali kurucu iktidarın meşruluğunu hukukî meşruiyet içinde aramamız gerekir, şekil şartlarını yerine getirerek anayasa değişikliği yapan tali kurucu iktidar meşrudur.

⁹¹Joel Colon-Rios, “*The End of the Constitutionalism- Democracy Debate*”, 2010, aktaran, Ali Rıza Çoban, *Anayasayı Değiştirme Yetkisi: Sınırları ve Denetimi*, 1. b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, s. 176.

İKİNCİ BÖLÜM

SİYASİ VE HUKUKİ DÜZENİN KURUMSAL BİR PARÇASI OLARAK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YERİ VE SINIRLARI

1. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İŞLEVLERİ

Anayasaya uygunluk denetiminin çeşitli yöntemleri bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi hukuksal-yargısal denetim olarak kabul edilmekte iken ayrıca siyasal denetim olarak değerlendirebileceğimiz yöntemler de mevcuttur. Siyasal denetimi benimsemiş ülkeler, bu denetimi çeşitli siyasal organlardan bir veya birkaçına bırakmaktadırlar. Ancak siyasal denetim mekanizmaları er ya da geç siyasal iktidarın güdümüne girerek amacından uzaklaştığı için pek yaygın değildir.⁹² Dolayısıyla zaman içinde yargısal denetim sistemi yaygınlık ve üstünlüğünü sağlamıştır.

En geniş anlamıyla anayasa yargısı, “doğrudan doğruya anayasaya uyulmasını sağlamak amacını güden her türlü yargı işlemi”ni ya da anayasa hukuku meselelerinin yargısal usûller çerçevesinde bir karara vardırılması sürecini ifade eder. Dar anlamıyla ise, anayasa yargısı, kanunların ve diğer bazı yasama işlemlerinin anayasaya uygunluğunun yargısal merciler tarafından denetimini ifade eder.⁹³ Anayasacılığın en somut kurumu olan anayasa yargısının, siyasal ve hukukî düzen içerisinde yerini anlamamız açısından ilk olarak ortaya çıkışını açıklayan teorilere değinmeye çalışacağız.

Anayasa yargısı, kuvvetlerin dikey olarak federal sistemde ve yatay olarak da yasama-yürütme-yargı organları arasında paylaşımında sınırların muhafazası için önemli bir göreve sahiptir. Federal sistemi benimseyen ülkelerde, farklı yasama organlarının çıkardığı yasalar arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların giderilmesinde mahkemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Yine üniter devlet yapısını tercih eden ülkelerde yatay kuvvetler ayrılığı modeli ile devletin üstün gücünün sınırlanması ve her bir kuvvetin kendi sınırları içerisinde kalarak işlevini yerine getirmesinde önemli rol

⁹² Bu denetimin önemli örneği olarak 4 Ekim 1958 tarihli Anayasa ile siyasal bir denetim mercii olarak kurulmuş “Fransız Anayasa Konseyi”ni verebiliriz. En başta siyasi kaygılarla oluşturulan konseyin politik kompozisyonu eleştirilere neden olmuştur. 1970’li yıllara kadar Anayasayı ve özgürlükleri koruma konusunda başarılı olamayan Konsey, 1971 tarihli bir kararla misyon değiştirerek anayasal hakların koruyucusu durumuna gelmiştir.

⁹³ Metin Kıratlı, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu*, 1. b., Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1966, ss. 15-19.

oyunmaktadır. Ancak demokratik temsil aracı olmadığı düşünölen yargı mercilerine gereğinden fazla yetki verildiğı eleştiri konusu olmuştur. Kuvvetler ayrılığı kuramının anayasa yargısının doğuşuna sunduğı katkılar yeterli olmamakla beraber önemlidir.

Anayasa yargısının kurumsal varlığını açıklamada yardımcı olan bir diğör unsur normlar hiyerarşisi sistemidir. Kelsen, hukuk sistemini gelişigüzel bir normlar toplamı olarak değil, normların bir bütün olarak birbiriyle ilgili olduğı sistem olarak tasavvur eder. Kelsen modelinde normların geçerliliğı, normun ancak bir üst norma dayandığı ve ona aykırı olmadığı müddetçe sağlanabilir. Dolayısıyla normlar hiyerarşisinin varlığı ancak hiyerarşiyi denetleyecek bir anayasa yargısı mekanizması ile korunacaktır. Anayasa yargısı, anayasanın üstünlüğünün gerçekleşmesini sağlayan uygulamalardan biridir.⁹⁴ Kelsen modeli anayasa yargısı ilk olarak 1920’de Çekoslovakya’da kurulmuş; onu takiben yine 1920 yılında Kelsen’in kendi ülkesi olan Avusturya’da kurulmuştur. 1961 yılında kurulan Türk Anayasa Mahkemesi de Kelsen modeli esas alınarak oluşturulmuştur.

Anayasa yargısının gerekliliğini haklılaştıran bir diğör işlevi ise temel hak ve hürriyetleri korumada en etkili mekanizmalardan biri olmasıdır. Hatta Anayasa Mahkemelerinin meşruiyetini insan haklarını korumadaki etkin kurum olması varsayımından aldığı kabul edilmektedir.⁹⁵ Temel hak ve hürriyetlerin anayasa metinlerinde pozitif hukuk normları olarak yer alması, bireyler için önemli bir teminat haline gelmiştir. Özellikle II. Dünya Savaşının ardından, totaliter rejimlerin özgürlükler noktasında doğurduğu sakıncaların tecrübesiyle temel haklara anayasalarda ayrı bir önem verilerek yasamaya karşı korunmak istenmiştir. Etkin bir şekilde korunmasında ise anayasa yargısı başrolü oynamaktadır. Arslan, bu durumu şu şekilde açıklamaktadır:

“İnsan haklarının sadece yaldızlı bir “retorik” olmaktan çıkarılıp, bireylerin yaşamına yansıyan ve gerçekten uygulama değeri bulan haklar ve

⁹⁴ Hasan Tunç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı: Denetim Kapsamı ve Organları*, 1. b., Ankara: Yetkin Yayınları, 1997, s. 23.

⁹⁵ Sweet temel hak ve özgürlüklerin yargısal denetim ile korunmasının gerekliliğini şu şekilde ifade etmektedir: “Devlet, anayasal haklar olmaksızın daha iyi durumda mı olacaktır? Anayasal haklardan nasıl yararlanılacağı ve bunların hukuken nasıl korunacağına, yasama organı üyeleri tek başlarına mı karar vermelidir? Bugün Avrupa’nın çok büyük bölümünde her iki sorunun da cevabı, açık ve kararlı bir hayırdır... Anayasa hâkimlerinin hakları korurken kanun koyup koymadıkları sorusunun ötesine geçerek, gerçekte anayasa hâkimlerinin hakları hükümetlerden ve parlamentolardan daha iyi koruyup koruyamayacaklarını sorarsak, gerçeğe daha fazla yaklaşmış oluruz. Bu sorunun cevabı, olumlu olduğı ölçüde, anayasal denetimin meşruluğı da o ölçüde güçlenir. “ Sweet’ten aktaran, Özbudun, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”, ss. 144-145.

özgürlükler haline getirilmesi bu alandaki pozitifleştirme girişimlerinin başarısına bağlıdır. Başka bir deyişle, insan haklarının etkili bir şekilde korunabilmesi bu hakların hem ulusal anayasalar hem de uluslararası insan hakları belgeleri gibi pozitif hukuk metinlerinde korunmasıyla mümkündür. Elbette bu koruma, haklar ve özgürlükler ihlal edildiğinde başvurulabilecek etkili mekanizmaları da gerektirmektedir.”⁹⁶

Hirschl, 2000 yılında kaleme aldığı “Jüristokrasi’ye Doğru Yeni Anayasacılığın Temelleri ve Sonuçları” (Towards Juristocracy The Origins and Consequences of the New Constitutionalism) adlı makalesinde, dört ülkenin İsrail (1992), Kanada (1982), Yeni Zelanda (1990), Güney Afrika (1993)’da gerçekleştirilen anayasal reformları incelemiş ve anayasa yargısının anayasacılığın bir gereği olarak ortaya çıkmadığını ileri sürmektedir. Hirschl’e göre anayasa yargısının kuruluş amaçları “temel hakların korunması” olarak gösterilse de, asıl amacın siyasal ve ekonomik elitlerin karşısında “çevre” grupların ve çoğunluğun siyasal etkilerinin artmasına bir önlem olarak yargının güçlendirildiğini iddia etmektedir.

Hirschl’e göre, anayasa yargısı üç anahtar grup arasındaki stratejik ve çoklu bir etkileşimin ürünüdür. Bu gruplardan ilki, siyasal seçkinlerdir. Siyasal seçkinler, demokratik politika yapım süreçlerinde siyasal hegemonyalarını koruma ve sürdürme çabası içindedirler. İkinci grubu, ekonomik seçkinler oluşturur. Bu grubu oluşturanlar, neo-liberal serbest piyasa yoluyla sağlanan deregülasyon, anti-devletçilik, anti-kollektivizm gibi özgürlüklerin anayasalaştırılmasını takip ederler. Üçüncü ve son grubu oluşturan yargı seçkinleri ve yüksek mahkemeler ise politik hayat üzerindeki etkilerini ve uluslararası itibarlarını artırmayı hedeflemektedirler.⁹⁷

Hirschl, “Anayasa Mahkemeleri Dinsel Köktencilğe Karşı: Üç Ortadoğu Masalı” adlı makalesinde, Türkiye’yi ele aldığı kısmında savunduğu “anayasal denetim hegemonik elite hizmet eder” tezine destek verecek sonuca ulaşmıştır.⁹⁸Hirschl’e göre, Türkiye’de Batı tipi sekülerizm ile dinsel kimlikler birbirinden ayrılmıştır. Gerek Cumhuriyet’in ilk anayasası olan 1924 Anayasası’nda gerekse de liberal nitelikli 1961 Anayasası’nda din ve devletin net bir ayrılığı söz konusudur. Anayasal anlamda böylesi düzenlemeler olmasına rağmen özellikle son yirmi yıldır politik İslam’ın elde ettiği

⁹⁶Arslan, *Anayasa Teorisi* s. 26.

⁹⁷Ran Hirschl, *Towards Juristocracy The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, 2004, aktaran, Serdar Güleener, *Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, 1.b., İstanbul: On İki Levha Yayınları, ss. 202-203.

⁹⁸ İlknur Türe, “Ran Hirschl, *Anayasal Denetim, Sekülerizm*”, *Türkiye Günlüğü*, S. 89, 2007, s. 29.

destek, Türk Anayasa Mahkemesi'ni, çoğunlukçu karar mekanizmaları aracılığıyla gelen böylesi istenmeyen talepler karşısında önemli bir seküler aktör haline sokmuştur.⁹⁹ Mahkeme, politik İslam'ın temsilcisi olan partilerin yanında merkezin temel değerlerine uymayan politikaların savunucusu olan siyasi partilere de benzer tavrı sergilemiştir. Ona göre anayasa mahkemelerinin dünyadaki bu yükselişleri bir “yargı iktidarı”na (Juristocracy) yol açabilecektir.

Hirsch'in makalesinin teorik altyapısını oluşturan merkez-çevre ilişkileri, Türk siyasetini ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin doğuşunu anlamlandırmada bir anahtar olarak kullanılmıştır.¹⁰⁰ Amerikalı sosyolog Edward Shils 1961 yılında kaleme aldığı “Merkez ve Çevre” (Center and Periphery) başlıklı makalesinde, her toplumun bir merkezi olduğunu, bu merkezin toplumun inançlar ve değerler dünyasının da merkezi olduğunu iddia etmiş ve Batı'daki siyasal ve sosyal dönüşümü merkez-çevre arasındaki gerilim ve yakınlaşma ekseninde analiz etmiştir.¹⁰¹

Shils'in çizdiği bu çerçeveden hareket eden Şerif Mardin 1973 yılında “Türk Siyasetini Açıklayabilecek Bir Anahtar: Merkez-Çevre İlişkileri” başlıklı makalesinde Osmanlı İmparatorluğu'ndan Türkiye Cumhuriyeti'ne uzanan bir süreçte merkez-çevre ilişkisinin tahlilini yapmaktadır. Batı'da devlet-kilise çatışması ve sınıfsal çatışmalar olduğu için bu iki çatışma alanındaki problemlerin ayıklanması çevresel bir gücün merkezle bütünleşmesi sonucunu doğurabilmekteydi.”¹⁰² Osmanlı'da merkez-çevre ilişkisi Batı'dakinin aksine her zaman tek boyutlu olarak merkez ile çevrenin karşı karşıya gelmesi şeklinde olmuştur. Kökleri Osmanlı toplumunda yatan merkez-çevre geriliminde, Mardin'e göre “merkez”, Osmanlı İmparatorluğu'nda bürokrasiyi, devletin işlemlerini sağlayan özü yani merkezi ifade etmekte iken “çevre”, merkezin dışındaki toplumsal ve coğrafi alan ve kurumlardan ibarettir.¹⁰³

⁹⁹ Serdar Güleler, *Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, s. 204-205.

¹⁰⁰ Caniklioğlu bu konuya ilişkin eleştiriler ortaya koymaktadır. Caniklioğlu, *Anayasal Devlette Meşruiyet*, ss. 286-287.

¹⁰¹ Edward Shils, “Merkez ve Çevre”, çev. Yusuf Ziya Çelikkaya, *Ankara: Türkiye Günlüğü*, S. 70, 2002, s. 86.

¹⁰² Şerif Mardin, “Türk Siyasetini Açıklayabilecek Bir Anahtar: Merkez-Çevre İlişkileri, Türkiye'de Toplum ve Siyaset” der. Mümtaz'er Türköne ve Tuncay Önder, 11. b., *İstanbul, İletişim Yayınları*, 2003, s. 35.

¹⁰³ Mardin, “Türkiye'de Gençlik ve Şiddet, Türk Modernleşmesi” Makaleler-4, 13. b., çev. Mustafa Erdoğan, *İstanbul, İletişim Yayınları*, 2004, s. 275.

Özbudun¹⁰⁴ ve Kalaycıoğlu¹⁰⁵ ise merkez-çevre ikiliğinin siyasal toplum üzerindeki etkilerine yoğunlaşmış ve seçmen davranışlarının analizi ile merkez değerleri savunan partiler ile çevre değerleri savunan partilerin karşılıklı konumlarını ön plana çıkarmışlardır.¹⁰⁶ 1961 Anayasası merkez-çevre geriliminin zirveye ulaştığı bir dönemde hazırlanmıştır. Türk Anayasa Mahkemesi de ilk defa 1961 Anayasasıyla hukuk sistemimizde yer almıştır. 1924 Anayasası döneminin 1925-1946 yıllarına denk gelen döneminde tek partili rejim altında anayasa yargısının eksikliği pek hissedilmezken, 1946 yılında çok partili siyasal hayata geçilmesiyle birlikte, yokluğunun sakıncalarını hissettirmeye başlamıştır. Çoğunlukçu demokrasinin uygulandığı bu dönemde merkez-çevre ilişkisindeki çatışmayı Özbudun şu şekilde açıklar:

“Türkiye’de de, Tanzimat reformlarından bu yana, siyasal hayata hâkim olmuş bulunan askeri-bürokratik elitler ve onların siyasal temsilcileri konumundaki İttihat ve Terakki ve CHP gibi partiler, bu üstünlüklerini 1950 seçimleriyle birlikte kaybetmişlerdir. Çevre güçlerinin temsilcisi olarak nitelendirilebilecek olan DP’nin 1950-1960 yıllarında 1924 Anayasası’nın fren-denge mekanizmalarına yer vermeyen yapısının da yardımıyla, sürdürdüğü sınırsız çoğunluk yönetimi, eski hâkim elitlerin siyasal ve sosyal konumunu büyük ölçüde zayıflatmıştır. Nitekim CHP bu dönemde anayasa yargısının kurulmasını ısrarla talep etmiştir. Dolayısıyla, bu partinin hâkimiyetinde hazırlanmış olan 1961 Anayasası’nın bu sistemi iştihakla benimsemiş olması kolayca açıklanabilmektedir.”¹⁰⁷

Ginsburg, anayasa yargısının neden ortaya çıktığını araştırdığı çalışmasında anayasa yapıcılarının anayasada neden böyle bir kuruma yer verme gereği duydukları üzerinde durmuştur. Çünkü anayasayı hazırlayanlar, metni kendi menfaatleri doğrultusunda kaleme alabilecekleri için anayasa yargısının varlığı net bir izaha kavuşturulmalıdır. Her ne kadar hükûmette olan parti seçimleri kazananlara geniş yetkiler tanıyan bir anayasadan yana olsa da, bir sonraki seçim sonuçlarından emin olmadığı için muhalefette kalma ihtimalini göz önünde bulundurur. Dolayısıyla hiçbir partinin, seçimleri kazanarak iktidarda kalacağı konusunda kendisine tam anlamıyla

¹⁰⁴ Ergun Özbudun, *Social Change and Political Participation in Turkey, 1976’dan aktaran, Levent Gönenç, “2000’li Yıllarda Merkez-Çevre İlişkilerini Yeniden Düşünmek”, İstanbul, Toplum ve Bilim, S. 105, 2006, s. 131.*

¹⁰⁵ Ersin Kalaycıoğlu, “Elections and Party Preferences in Turkey: Changes and Continuities in the 1990s”, 1994’ten aktaran, Gönenç, a.g.m., s. 131.

¹⁰⁶ Gönenç, a.g.m., ss. 130-131.

¹⁰⁷ Özbudun, *Türkiye’de Demokratikleşme Süreci Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı*, 1. b., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014, s. 146.

güvenemediği için, çoğunluğu sınırlamak suretiyle azınlığı koruyan anayasa yargısı gibi kurumlara yer verme eğilimi bulunur. İşte bu anayasa yargısının sigortacı modeli (the insurance model of judicial review) olarak adlandırılmaktadır.¹⁰⁸

Son olarak diyebiliriz ki, gerek küreselleşme gerekse de uluslararası ve ulusötesi kuruluşların devletler üzerindeki taleplerinin ve baskılarının giderek artması anayasa yargısının tüm dünyada yaygınlaşmasında önemli olmuştur. Ancak ele aldığımız teoriler anayasa yargısının varlığını anlamak adına tek başına yeterli olmamakta ya da o dönem için kabul edilebilir iken sonraki dönemleri açıklamakta yetersiz kalabilmektedir. Anayasa yargısının Batı'daki ve ülkemizdeki tarihsel gelişimini açıklamaya çalışacağımız bölüm ile birlikte teorilerin daha da aydınlığa kavuşacağını düşünüyoruz.

“Dr. Bonham’s Case” olarak bilinen 1610 tarihli dava, yasama organı işlemlerinin anayasaya aykırı olamayacağı, aykırı olanların ise hiçbir hüküm ifade etmemekle beraber anayasaya aykırı kanunların mahkemeler tarafından uygulanmayacağına ilişkin ve bununla bağlantılı olarak hukuk devletini anlamlandırmak ve güvence altına almak konusunda yargı yerlerinin etkisini ortaya koyan ilk pratik örnektir.¹⁰⁹ *Bonham Davası*’na ilişkin uyuşmazlık, Londra’da görev yapacak hekimlerin çalışma izinlerini veren, bu alana dair düzenleme yapma ve gerektiğinde ise ceza verme yetkisi olan İngiltere Kraliyet Tabip Odası’nın (*London Royal Collage of Physicians*) lisans vermemesine karşın Thomas Bonham’ın Londra’da çalışmak istemesi sonucu tutuklanarak cezaevine konması ve ayrıca para cezasına çarptırılması karşısında yargı yerine başvurmasından doğar.¹¹⁰

Mahkeme hâkimi Sir Edward Coke, Tabip Odası için hiç kimsenin aynı davada hem yargıç hem de iddia makamı olarak yer alamayacağını bu şekilde bir düzenlemenin tarafsızlık ilkesine ters düşeceğini belirterek, “kendi davasında yargıç olamamak” ilkesinin yer aldığı ortak hukuk kuralını (Common Law) işletmiştir. Ortak hukuk, parlamentolar tarafından çıkarılan kanunlardan üstündür ve çıkarılan bir kanun ortak yararı gözetmeyen ve akla uygun olmayan düzenlemeler içeriyorsa onların

¹⁰⁸Mehmet Turhan, “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, *Ankara, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 62, S. 3, 2007, s. 384.

¹⁰⁹ David Deener, “Modern Anayasal Sistemlerde Yargı Denetimi” çev. Tuncer Karamustafaoğlu, *Ankara, AÜHFD*, C. 26, S. 3-4, 1969, s. 181.

¹¹⁰Ian Williams, “*Dr Bonham’s Case and ‘Void’ Statues*”, *Journal of Legal History*, Vol. 27, No. 2, 2006, s. 111.

geçersizliğine hükmedebilir.¹¹¹ Dolayısıyla *Bonham Kararı*, parlamento işlemlerinin yargı yerleri tarafından hukuka uygunluğunun denetlenmesi bakımından yargısal denetimi doğuran bir karar olmuştur.

İngiltere'deki bu ilk örnek sonrası ikincisi 1803 yılında ABD'de yaşanan *Marbury v. Madison Davası* olmuştur. ABD Anayasası, kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesine yönelik mahkemeye açıkça yetki vermediği hâlde Yüksek Mahkeme, ABD Federal Anayasası'na dayanarak ilk denetimini yapmıştır. Mahkeme, davaya konu olayda kullanılacak olan düzenlemenin anayasaya aykırı olduğundan bahisle kanuna mı yoksa anayasaya göre mi karar vereceğini tartışmış; Anayasa ile kanun hükmünün çatışması halinde yargıcın kanunu uygulayıp anayasayı ihmal etmesindense, anayasayı uygulayıp kanunu ihmal etmesi gerektiği sonucuna varmıştır.¹¹² Mahkeme kararında, Anayasanın VI. maddesinde yer alan “Anayasanın egemenlik sahasındaki en üstün hukuk” (the supreme law of the land) hükmünü gözetmiştir.¹¹³

Karardan, Lipson'un deyişiyle “aynı ana-babanın çocukları arasındaki bağa benzer”¹¹⁴ bir bağ ile karara bağlı ve neticede hukukun üstünlüğü biçiminde formüle edilebilecek birtakım sonuçlar çıkarılabilir; buna göre: Sınırlı iktidar düşüncesi yazılı ve sert bir anayasa gerektirir. Yazılı ve sert bir anayasa ise hukuk normları arasında hiyerarşiyi gerekli kılar. Yazılı anayasa- sert anayasa- normlar hiyerarşisi ise yalnızca anayasaya uygunluk denetimiyle anlam kazanır. Bu denetim yetkisi yasama organına verilebileceği gibi halka da verilebilir. Eğer ki bu denetim yasama organı tarafından gerçekleştirilirse, yasama aynı konuda bir yandan hakem bir yandan ise taraf olacak ve sınırlı iktidar anlayışının hiçbir anlamı olmayacaktır. Bu görevi halk yerine getirirse,

¹¹¹ Kararın detaylı açıklaması için bkz. F.T. Theodore Plucknett, “*Bonham's Case and Judicial Review*”, *Harvard Law Review*, Vol. 40, No. 1, ss. 30-70.

¹¹² Tunç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, s. 32.

¹¹³ Aldıkaçtı, Marshall'ın kararını şu şekilde değerlendirmektedir: “Hâkim Marshall'ın kararının mesnedi ABD Anayasası'nda bulunan iki temel ilkedir. Bunlardan birincisi, yargı kuvvetinin fonksiyonuna ilişkindir, ikincisi de sert Anayasa kavramıdır. Yargı kuvvetinin fonksiyonuna göre, hâkimin görevi, hükümlerini memleket kanunlarına göre vermektir. Kanunlar birbirleriyle çatışmalar bile, hâkim görevini yerine getirmek, hüküm vermek zorundadır. Memleket kanunları arasında Anayasa da vardır; Anayasanın katılığı ilkesi de Anayasanın kanunlara olan üstünlüğünü sağlamakta ve kanunları yapan çoğunluğun Anayasayı değiştiremeyeceğini göstermektedir. Şu hâlde hâkim görevi sırasında Anayasayla âdi kanunlar arasında bir çatışma müşahade ederse üstün olan kanunu yani Anayasayı uygulamakla yükümlüdür.” Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, 3. b., İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978, ss. 353-354.

¹¹⁴ Lipson, *Politika Biliminin Temel Sorunları*, s. 297.

zalim bir iktidarın anayasaya aykırı kanunlarının karşısında başkaldırı hakkı olan halkın yanında artık devletten bahsetmek mümkün olmayacaktır.¹¹⁵ Dolayısıyla bağımsız ve tarafsız olduğuna inanılan yargıçlar tarafından gerçekleştirilecek denetim anayasasının üstünlüğünün sağlanması bakımından tercih sebebidir.

Amerika’da Yüksek Mahkeme, kendisini kanunların anayasaya uygunluğu noktasında yetkili gördüyse de bu yetki ilk olarak 1920 yılında açıkça anayasal düzenlemede yer almıştır. 1920 yılında Çekoslovakya, 1931 yılında İspanya merkezileşmiş bir Anayasa Mahkemesi sistemi kurmuşlardır. 1920 tarihli Avusturya Anayasası ile birlikte kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini gerçekleştirecek Avrupa Modeli veya Kelsen modeli olarak bilinen Avusturya Anayasa Mahkemesi yer almıştır.¹¹⁶ II. Dünya Savaşı ise anayasa yapımında bir dönüm noktası yaratmıştır. Anayasalarda temel hak ve özgürlüklere geniş yer ayrılması ve bu hakların anayasa mahkemelerince güvence altına alınmak istenmesi bu dönemde yaşananların bir yansımasıdır.

Anayasa mahkemeleri aynı zamanda, demokrasinin ikinci ve üçüncü dalgalarında demokrasiye geçen ülkelerin totaliter ya da otoriter rejim ihtimalini engelleyecek bir araç olarak ve çoğulcu demokrasiyi daha sağlam güvencelere kavuşturma arzusuyla benimsenmiştir. Duran, totaliter rejimin bertaraf edilmesinde anayasa yargısının rolünü şöyle açıklamaktadır:

“Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, demokrasinin faşizme karşı savaşının zaferi olarak nitelenen İkinci Dünya Savaşı sonrasında, insan hak ve hürriyetlerinin korunması gerektiği bilinciyle, Batı Avrupa ülkelerinde yaygınlaşmış ve başlangıçta Batı Almanya, İtalya, Avusturya ve Fransa’nın, daha yakın zamanlarda dikta rejiminden kurtulan Yunanistan, Portekiz ve İspanya’nın yeni anayasalarında, değişik usullerle benimsenip, uygulamaya konmuştur.”¹¹⁷

Ayrıca Huntington’ın üçüncü demokratikleşme dalgası olarak adlandırdığı dönemde¹¹⁸ anayasa yapımında dikkat çeken bir konu da anayasa yapım aşamasına

¹¹⁵ Turhan Feyzioğlu, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi*, 1. b., Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 1951, s. 170.

¹¹⁶ Avusturya Anayasa Mahkemesinden yalnızca birkaç ay önce kurulan Çekoslovakya Anayasa Mahkemesi, devam edememiş olması nedeni ile göz ardı edilmektedir.

¹¹⁷ Lütfi Duran, “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, *Ankara, Amme İdaresi Dergisi*, S.17, 1984, s. 4.

¹¹⁸ Huntington’ın üçüncü demokratikleşme dalgası olarak adlandırdığı dönem, Portekiz diktatörlüğünün 1974’te sona erişini izleyen on beş yıl içinde Avrupa, Asya ve Latin Amerika’daki yaklaşık otuz ülkede demokratik rejimler, otoriter rejimlerin yerini aldığı önemli bir dönüm noktası olmuştur. Samuel P.

halka verilen rolün artmasıdır. Peki hazırlanmasında halkın daha fazla rol aldığı bir anayasada, kendi temsilcilerinin yaptığı kanunlar üzerinde denetimi öngörmesi bir çelişki değil midir? Bu tür geçişleri anlamlandırmak için kullanılan kavramlardan birisi de siyasetin anayasallaştırılmasıdır. Bu sayede ülkelerde kurulan anayasa mahkemeleri, siyasi söylemleri etkileyerek onların içine anayasal kaygılar gözetme alışkanlığını aşılamışlardır. Anayasacılık, anayasa mahkemeleri aracılığıyla siyasetin kurumsallaştırılmasına aracılık etmiştir.¹¹⁹

Anayasa yargısı literatürüne önemli katkılar sunan Türk Anayasa Mahkemesi de II. Dünya Savaşı sonrası kurulan dünyadaki ilk örnekler arasında yer almaktadır. Gerek siyasal tarihimizin ilk anayasası olan 1876 tarihli Anayasamızda gerekse de 1924 Anayasası'nda anayasanın üstünlüğü açıkça benimsenmiş olmasına rağmen, kanunların anayasaya uygunluğunun hukuki denetimine yer verilmemiştir. 1924 Anayasası döneminde Meclise egemen olan siyasal parti çoğunlukları, kimi zaman Anayasaya aykırı kanunlar çıkararak muhalefetin haklarını sınırlandırma yoluna gitmişlerdir. Bu durum zamanla iktidar-muhalefet ilişkilerinin daha gergin bir hâl almasına ve sonunda da 27 Mayıs 1960 Askeri Müdahalesi ile karşılaşılmasına neden olmuştur. Kanunların anayasaya uygunluğunun hukuki denetimi ise görevlendirilen özel bir mahkeme ile 1961 Anayasası'nda sistemimize girmiştir. Mahkemenin görevi, anayasada şu şekilde ifade edilmiştir: “Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler.”

1961 Anayasası ile bu kuruma yer verilmesinde, anayasacılığın bir gereği olarak iktidarın sınırlandırılmanın etkin bir aracı pozisyonuyla ihtiyaç hissedilmesi, merkez veya elitlerin Anayasa Mahkemesine kendi çıkarlarını koruma misyonu yükleyerek onu araçsallaştırması ve son olarak da anayasanın üstünlüğünü sağlama çabasında etkili bir mekanizma oluşu etkilidir.

Anayasa yargısının kabul edildiği bütün ülkelerde tartışma konusu olarak gündeme getirilen temel mesele, halkın temsilcilerinden oluşan parlamentonun

Huntington, *Üçüncü Dalga Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, çev. Ergun Özbudun, 1. b., Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 18.

¹¹⁹Wojciech Sadurski, “Anayasacılık ve Anayasa Yapımı Üzerine, Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim”, Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Sempozyum, çev. Ersoy Kontacı, ed. Ozan Ergül, Ankara, 2010, s. 46.

üzerinde, atamayla belli sayıda hâkimden oluşan bir mahkemenin yaptığı denetimin demokratik ilkelerle nasıl bağdaştığıdır.¹²⁰Bu konu anayasa mahkemesinin biri hukukî meşruiyeti ve diğeri de demokratik meşruiyeti olmak üzere iki tür meşruiyet anlayışıyla ilintilidir. Hukukî meşruiyetini, halkın üstün iradesinin ürünü olan anayasanın, üstün hukukî gücünden alan anayasa yargısı; demokratik meşruiyetini de özgürlüklere güvence sağlama işlevinden ve temsilciler üzerinde halk denetimini sağlayan bir organ olmasından almaktadır.¹²¹ Aşağıda yer alan iki alt başlıkta bu iki ayrımı değerlendirmeye çalışacağız.

1.1. Anayasa Mahkemesi'nin Hukuki Meşruiyeti

Anayasalar asli kurucu iktidarlar tarafından ortaya çıkarılır ve devlet organlarının görev ve yetkileri anayasada yer alır. Ancak asli kurucu iktidarın meşruiyeti bir pozitif hukuksal mesele olmayıp, toplumda hâkim olan adalet, değer ve güvenlik gibi sosyo-politik faktörlere ilişkindir. Dolayısıyla halkoyuna¹²² sunulurken kabul edilen anayasanın kabul edilmesi ile meşru bir zemine oturur ve sonrasında oluşturulan kurumlara da meşruiyet kazandırılır. Levent Gönenç'e göre, eğer bir anayasa halkoyuyla kabul edilip yürürlüğe giriyor ise bu anayasa siyasal sistemin mensupları tarafından destek almış ve ortaya çıkışı bakımından meşrudur demektir.¹²³Anayasa Mahkemeleri de kurucu iktidar tarafından oluşturulan anayasada var olarak meşruluklarını sağlamış olurlar.

Osman Can'ın belirttiği gibi; “Anayasa çerçevesindeki kurulu iktidarların meşruiyetleri, kurucu iktidarın yarattığı hukuksal otorite sınırları içinde hareket etmeleri koşuluna bağlıdır. Yasama, yürütme, yargı iktidarları ya da iktidarların alt birimleri, kurucu iktidarın sistem bütünlüğü içinde tanımladığı yetki alanının dışına çıktıkları anda

¹²⁰Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 15. b., İstanbul: Beta Basım, s. 473.

¹²¹Caniklioğlu, *Anayasal Devlette Meşruiyet*, s. 257.

¹²²Ancak belirtmeliyiz ki anayasaların halkoyuna sunuldukları dönem taşıdığı şartlar itibariyle önemlidir. “Günümüzde, genel olarak siyaset bilimi, özel olarak ise siyaset sosyolojisi alanındaki çalışmalar göstermiştir ki, halkoylaması her zaman halkın tercih ve beklentilerini yansıtmayabilir. Bir halkoylamasının sonuçları değerlendirilirken, oy kullananların siyasi alışkanlıkları, oylamanın zamanı, oylamanın yapılaş yöntemi, oylamada sorulan soruların formüle edilmiş biçimi, oylamayı düzenleyenlerin konumları ve yetkileri gibi hususlar göz önüne alınmalıdır.” Levent Gönenç, “Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi”, *Ankara, AÜHFD*, C. 50, S. 1, 2001, dipnot 17.

¹²³Gönenç, a.g.m., s. 137.

meşruiyet kaybı yaşayacakları tartışmasızdır.”¹²⁴ Anayasa mahkemelerinin varlıklarını borçlu oldukları anayasalara “iktidar haritası”¹²⁵ işlevinin yüklenmesi bu nedenledir. Yani devlet kurumları yetki ve görevlerini yerine getirirken haritanın çizdiği alandan çıkmamalıdır.

Hukukî meşruluk, kişi ve kurumların hukuku uygulamasını, görevlerini hukuk içinde ve hukuka uygun olarak yerine getirmelerinin bir sonucu olarak değerlendirilebilir.¹²⁶ Dolayısıyla diğer hukukî düzenlemelerin, en üstün norm olan anayasaya uygunluğunu denetleme görevini Anayasa Mahkemesi yerine getirirken hukukî meşruiyetini anayasanın üstünlüğünü hayata geçirmesinden almaktadır. Aksi halde, kanunu, daha üstün hukuk normu olması gereken anayasadan ayıran bir ölçüt bulunmayacaktır. Anayasa yargısının hukukî meşruluğunun temellerini A.B.D. Yüksek Mahkemesi’nin 1803 yılındaki *Marbury v. Madison* davasında verdiği kararda da bulmak mümkündür.

Mahkeme Başkanı hâkim John Marshall’ın yazdığı karar, yargısal denetimi destekleyecek nitelikte gerekçeleri ihtiva etmektedir. Hâkim Marshall’a göre, bir kanun Anayasaya aykırı olursa, belli bir olay hakkında kanunda da, Anayasada da uygulanacak kural varsa mahkeme ya bu davayı kanuna göre halledecek yahut da anayasaya göre hallederek kanunu ihmal edecektir. Bu, doğrudan doğruya yargı görevinin kendisidir, özüdür. Şu halde, mahkemeler Anayasayı göz önüne alacaklarsa ve Anayasa yasama organının alelâde işlemlerinden üstünse, kanunla Anayasanın çarpışması halinde, olay, kanuna göre değil, Anayasaya göre çözümlenmelidir.¹²⁷ Böylece anayasa yargısının hukuki meşruiyeti anayasanın üstünlüğü ilkesi üzerinde temellendirilmiş olmaktadır.

Kemal Gözler ise, anayasa yargısının meşruiyetinin kanunların anayasaya aykırı olamayacağı ilkesine dayandırılmasını tutarlı bulmamaktadır. Çünkü bir kanunun anayasaya uygunluğuna ancak yorumlanarak karar verilebilecektir. Anayasa yargısının kabul edildiği bir sistemde, bu yorum Anayasa Mahkemesi aracılığıyla yapılır. Anayasa yargısının olmadığı bir düzende ise yasama organı tarafından bu denetim gerçekleştirilir. Anayasa Mahkemesinin yorumunun yasama organının yorumundan

¹²⁴ Can, “Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu” s. 107.

¹²⁵ Gönenç, “Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi”, s. 154.

¹²⁶ Caniklioğlu, *Anayasal Devlette Meşruiyet*, s. 99.

¹²⁷ Feyzioğlu, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi*, ss. 168-172.

daha doğru olduğunun ispatlanması mümkün olmadığı gibi her iki kurumun yorumu da yanlış olabilir. Anayasanın yorumlanması nihayetinde “bilme alanı”nda değil, “irade alanı”nda yer alır. Demokratik bir yönetimde ise irade gerektiren alanda, karar verme yetkisi hâkimlere değil, halka veya halkın temsilcilerine aittir.¹²⁸

Yukarıda belirttiğimiz üzere meşruluk sorunu taşımayan bir anayasaya dayanarak yapılan anayasaya uygunluk denetimi, hukukun üstünlüğünün sağlanması noktasında amacına ulaşacaktır. Ancak faşist ya da sosyalist bir devletin yaptığı yasaya uygunluk denetiminde hukukun üstünlüğü meşru temellere dayanmakta mıdır? Dolayısıyla hukuksal meşruluğun varlığı anayasa yargısının siyasal ve anayasal sistem içinde meşru olarak benimsenmesinde yeterli olmayacaktır. “Anayasa yargısının meşruiyeti problemi saf formel mantık problemi olmaktan çok demokratik meşruiyet problemi”¹²⁹ olması dolayısıyla anayasa mahkemesinin demokratik meşruiyetine de değinmemiz gerekmektedir.

1.2. Anayasa Mahkemesi’nin Demokratik Meşruiyeti

Bir anayasa yorumlanır ve bu yorumdan bir anlam çıkartılırken iki temel unsurun göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bunlardan ilki yazılı olandır, yani anayasanın normatif boyutudur. İkinci unsur ise, anayasada yazılı olmayan ancak anayasanın ruhuna sinen ve onu yapanların amaçladıkları “şey”dir.¹³⁰ Anayasanın yorumlanması sürecinde arzu edilmeyen bir şey olarak anayasa yargıcının siyasal tercihlerinin, kararlarına yansıma olasılığı bulunmaktadır. Kaldı ki, anayasa hukuku da incelediği alan dolayısıyla, çözülmek istenen uyuşmazlık sadece bir hukuk sorunu olmayıp, aynı zamanda siyaset sorunudur. Anayasa yargısı ile demokrasinin bağdaşık bağdaşmadığı sorunu işte tam bu noktada, yorum faaliyeti gibi önemli bir meselenin halk tarafından seçilmemiş yargıçlar tarafından yerine getirilmesinde yatar.

Caniklioğlu’na göre, meşruiyeti “*seçimle işbaşına gelmiş organların ellerinde tuttuğu bir hak*” olarak kavradığımızda; meşruiyet çatışması, demokratik yöntemlerle

¹²⁸ Kemal Gözler, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, *Ankara, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 61, S. 3, 2007, s. 132.

¹²⁹ Bakır Çağlar, *Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı*, 1. b., İstanbul: BFS Yayınları, 1989, s. 175.

¹³⁰ Jeffrey Goldsworthy, *Interpreting Constitutions A Comparative Study*, 2007, s. 1, aktaran, Gülener, *Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, s. 146.

yani genel oyla seçilmiş organlar arasındaki yetki ve çıkar çatışmasına indirgenmektedir. Genel oyla seçilmiş siyasi organları, “meşruiyetin sahibi” olarak nitelendirdiğimizde, meşruiyet tıpkı egemenlik gibi bir yetkiye dönüşmektedir.¹³¹ Dolayısıyla da anayasa yargısının demokratik meşruluğuna yapılan itirazlarda demokrasinin sadece temsil boyutu ile ele alınması bize yeterli bir değerlendirme imkânı sunmuyor.

Anayasa yargısının demokratik açıdan meşruluğunun açıklanmasında belki de ilk önemli aşama demokrasi kavramının nasıl anlamlandırıldığıdır. Çünkü anayasa yargısı ile demokrasi ilişkisinde gerilim noktasının temelini anayasacılık teorisi ile demokrasi teorisi arasında var olduğu düşünülen çatışma oluşturur. Birinci bölümde de bahsettiğimiz üzere, demokrasi tüm devlet yetkilerinin halktan kaynaklandığı ve halkın rızasına dayandığı fikrine dayanır. Anayasacılık teorisi ise, devlet yetkilerinin farklı organlar arasında paylaşılması ve sınırlandırılması anlayışına dayanır. Anayasacılığın paradoksu olarak nitelendirilebilecek bu durum anayasa yargısının ülkelerin anayasal düzenleri içinde yer almasında kuşkuya da yer bırakmıştır. Ancak demokrasi kavramı çoğunluğun iradesiyle eş anlamlı değildir. Halkın iradesi, halkın çoğunluğunun iradesi olmadığı gibi parlamentodaki çoğunluğun iradesine de indirgenemez.¹³²

Halk egemenliğinin üstünlüğünün yanında, azınlık haklarını, bireyin hak ve hürriyetlerini ve insan haysiyetini teminat altına alacak bir bağlam içinde değerlendirildiğinde¹³³, çoğunluğun azınlık üzerinde kurabileceği potansiyel tiranlığın ve özgürlük tehditlerinin engellenmesini sağlayacak mekanizmaların yer aldığı bir sistemi demokrasi olarak değerlendirmek mümkündür.¹³⁴ Bu bağlamda anayasa yargısı, bireyin hakları ile çoğunluğun iradesi arasındaki dengeyi kurmada önemli bir kurum olarak yer alır. Şunu da belirtmek gerekir ki, aslında kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyen organın yaptığı – ya da yapması gerektiği – şey, sözde “millî irade” nin temsilcisi sayılan parlamentonun iradesine karşı kendi iradesini değil, fakat “millî

¹³¹ Caniklioğlu, *Anayasal Devlette Meşruiyet*, s. 131.

¹³² Michel Troper, “Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi”, Demokrasi ve Yargı Sempozyumu Bildiriler Kitabı, ed. Ozan Ergül, *Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları*, 2005, ss. 18-19.

¹³³ Bakır Çağlar, “Anayasa Yargısı Ve Normatif Devreler Karşılaştırmalı Analizi”, *Ankara, Anayasa Yargısı Dergisi*, S. 6, 1989, s. 140.

¹³⁴ Ömer Anayurt, “Referandumlar Üzerinde Anayasallık Denetimi Sorunu”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, ed. Serap Yazıcı, Kemal Gözler ve Ece Göztepe, C. 2, *Ankara, Yetkin Yayınları*, 2008, s. 25.

iradenin en üstün ve en güçlü ifadesi olan anayasanın iradesini çıkarmaktan ibarettir.”¹³⁵ Bu noktada, Anayasa Mahkemesi, kanunlara karşı anayasanın üstünlüğünü ve önceliğini sağlamaktadır.

Anayasa yargısının demokrasi ile uyumlu olabileceğini savunanların başında 20. yüzyılın hukuk ve siyaset felsefecisi Ronald Dworkin gelir. Öne sürdüğü düşünceler itibari ile klasik pozitivist teori ve doğal hukuk doktrini içerisinde değerlendirilemeyen Dworkin kurguladığı adalet teorisi ile pozitivist ve doğal hukuk ekollerinden ayrılmış, adeta tek başına ayrı bir ekol oluşturmuştur.¹³⁶“Hakları Ciddiye Almak” isimli çalışmasında, pozitivistin önde gelen kuramcılarında H.L.A. Hart’ın yazıları üzerinden eleştirisini yaparak, hukukun kurallara indirgenmesine karşı çıkan Dworkin’e göre hukuk, kurallar yanında politikalar ve ilkelerden oluşmaktadır. Hukuki pozitivistin ilkeleri yok sayan anlayışı, uygulanacak kuralın yokluğunda yargıçlara güçlü bir takdir yetkisi vermektedir. Böylelikle hukuki pozitivistin, yargıcın adeta bir yasama organı gibi hareket etmesine imkân verdiğini değerlendirmektedir.

Dworkin’in pozitivistliğe olan bakışı demokrasi düşüncesini de etkilemiştir. Dworkin’in demokrasi anlayışında çoğunluk iktidarına yer yoktur ve hakları ciddiye alarak çoğunluğun sınırlanması gerekmektedir. Bunun da en etkili yolu hakları ve anayasayı ahlaksal yoruma tabi tutabilecek bir yüksek mahkemenin varlığıdır. Herkül¹³⁷ olarak tanımladığı ideal yargıç figürünün hak temelli bir yorum anlayışı ile her davada adil bir sonuca ulaşabileceğini savunmuştur.¹³⁸Dworkin için hak ve özgürlükler siyasi ve hukuki olmanın öncesinde ahlaki bir karakter taşımaktadır. Haklar tezi olarak ifade ettiği bu yaklaşım gereği, hak ve özgürlüklere başta yargı olmak üzere tüm otoriteler saygı göstermek zorundadır.

¹³⁵Georges Vedel, “Siyasi İktidar ve Planlama”, çev. Ayferi Göze, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınevi, 1966, s. 123.

¹³⁶ Yıldırım Torun, *Ronald Dworkin’in Hukuk ve Siyaset Felsefesinde Adalet Eşitlik ve Özgürlük Sorunu*, 1. b., Ankara: Savaş Yayınevi, 2008, ss. 63-64.

¹³⁷Dworkin Herkül’ü, insanüstü beceri, kavrayış, sabır ve sezgileriyle her davaya bir filozof mantığıyla yaklaştığını iddia ederken bazı yazarlara göre bu toplumsal gerçeklikle uyumlayacak kadar ütöpiktir. Bkz. “Zira bazı yargıçlar Dworkin’in savunduğunun aksine kişisel ve etik anlamda yeterli olmayabilir. Bu çerçevede bazı yargıçlar taraflı davranabilir, diğerleri yeterli muhakeme gücüne sahip olmayabilir, diğer bazıları da aidiyet hissettiği sosyal sınıfın çıkarlarını davanın gerçeklerine tercih edebilir.” Serdar Korucu, *Yargısal Aktivizm Anayasal Sınırların Yargısal Yollarla Belirlenmesi Sorunu*, 1. b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 139.

¹³⁸Ahmet Ulvi Türkbağ, *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin’in Hukuk Kuramı*, 1. b., İstanbul: Derin Yayınları, 2010, ss. 113-116.

Dworkin'e göre, iyi yönetim, iyi ve daha adil sonuçlara ancak anayasa yargısı ile ulaşılabilir. ABD'nin anayasal hakları çoğunlukçu kurumların vicdanına bırakılmıyorsa, yargı denetimini benimseyen bir sistem seçmesi bu anlamda çok isabetli olmuştur.¹³⁹ Ancak Dworkin güçlü bir anayasa yargısını desteklemesine karşın ABD Yüksek Mahkemesi'nin temel haklar konusunda olumsuz kararları da mevcuttur. Nihayetinde Dworkin, anayasa yargısının demokrasiyle bağdaşık bağdaşmadığı sorunu devam etse dahi, anayasanın hak eksenli bir anlayışla yorumlanarak demokrasiye katkı yapabileceği umudunu taşımaktadır.¹⁴⁰ Dolayısıyla çoğulcu demokrasiyi sürdürülebilir hale getirmek ve hakları ciddiye alan bir anayasa sistemi, anayasa yargısının korumasıyla sağlanabilecektir.

Yargı denetiminin sınırlarını yargıcın yorum yetkisine alan açmayacak şekilde daraltma eğiliminde olan H. Ely'nin zihnindeki meşru anayasal denetim, esasa ilişkin olmaktan ziyade usule ve süreçlere ilişkin bir denetim biçimidir. Anayasa yargısı denetimini, "meşru sonuçlar" (legitimate outcomes) üzerine değil, meşru süreçler (legitimate process) ölçüsüne göre kurulduğunda, demokrasiyle anayasa yargısı arasında bir çatışma kalmayacaktır.¹⁴¹ Diğer bir deyişle anayasa yargıçıları, "rakip değerler ve siyasal anlayışlar" arasında bir tercih yapmayarak bunu seçilmiş otoritelerin takdirine bırakmalı, denetimlerini demokratik sürecin işlerliği ile ilgili hususlara inhisar ettirmelidir. Bununla da, özellikle demokrasinin temsili niteliğini güçlendirecek ve herkese eşit siyasal katılma hakları tanıyacak bir denetim kastedilmektedir.¹⁴² Fakat Özbudun'un da ifade ettiği gibi, yargısal denetimi demokratik sürecin işleyişi ile sınırlamak zordur; zira temel haklar üzerindeki yargısal denetim süreçten daha çok siyasal değerler ve buna bağlı olarak tercihler ile ilgilidir.¹⁴³ Gerçekten de, siyaset ve hukukun iç içe geçtiği sınırların belirsizleştiği bir zeminde böyle bir ayırımın kolaylıkla yapılamayacağı söylenebilir.

¹³⁹ Nur Uluşahin, "Anayasa Yargısının Meşruluğu: J. Waldron Karşısında R. Dworkin, Aydınlanma ve Hukuk: Modern Hukukun Sorunları Bağlamında Türkiye'de Hukuk", ed. Levent Köker, İstanbul: Osmanlı Bankası Arşiv ve Araştırma Merkezi Yayınları, 2008, s. 110.

¹⁴⁰ Gülener, *Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, s. 179.

¹⁴¹ Mehmet Turhan, "Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletinde İşlevi ve Meşruluğu, Anayasa Yargısı İncelemeleri, der. Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen, *Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları*, 2006, s. 54.

¹⁴² Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, s. 49.

¹⁴³ Özbudun, *Türkiye'de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı*, 1. b., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014, s. 126.

Diğer bir yandan anayasa yargısının demokratik meşruiyetine ilişkin en güçlü itirazlardan biri Waldron'dan gelmiştir. Ona göre, seçimle işbaşına gelmemiş ve siyasi sorumluluğu olmayan az sayıda yargıç kendi aralarında çoğunlukla aldıkları kararlarla sıradan vatandaşları oy haklarından mahrum bırakmaktadır. Bireylerin hiç kimse ya da hiçbir grup tarafından ihlal edilemeyecek haklara sahip olduğunu savunan Waldron, eşit katılımı esas alan demokratik bir yönetimi tercih etmektedir.

Ona göre, temel hakların anayasada yer alması ve anayasa yargısının kabul edilmesi, temel hakları tehlikeye atmaktadır. Ayrıca bu durum vatandaşların otonomi ve sorumluluk duygularına ilişkin bir güvensizliğin yansımasının yanında yaşamaya karşı güvensizliği de göstermektedir. “Hakların hakkı” (right of rights) olarak tanımladığı siyasi katılma hakkının karşısında yer alan tüm engeller kaldırılmalıdır. Waldron'a göre, demokratik usullere uygun bir şekilde oluşturulmuş parlamentonun yaptığı kanunların, anayasa yargısı tarafından iptal edilebilmesi, önemli bir bireysel hak olan kendi kaderini demokratik yollarla tayin hakkının (a right to democratic self-determination) reddi anlamına gelir.¹⁴⁴

Jan Erik Lane de güçlü yargı denetiminin demokrasi ile bağdaştırılmasının zor olduğunu söylemektedir. Lane'nin düşüncesine göre, güçlü yargı denetimi olan yerlerde eninde sonunda mahkeme ile ulusal parlamento arasında yasama yetkisini hangi organın kullanacağı noktasında ihtilaf çıkması kaçınılmazdır. ABD örneğinde zayıf yargı denetiminden güçlü yargı denetimine geçiş, politikanın yargısallaşması yolu ile demokrasiyi kısıtlama sonucun gibi, aynı dersi Almanya, İtalya ve Fransa'dan da çıkarmak mümkündür.¹⁴⁵

Anayasa yargısının demokratik meşruiyetiyle yakından ilgili bir diğer konu da, Anayasa Mahkemelerinin kurumsal yapısıdır. Anayasa Mahkemesi, diğer mahkemeler için de gerekli olan yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı güvenceleriyle korunması gerekir. Ayrıca anayasa mahkemelerinin bağımsızlığı gerek kendi bağımsızlığı için gerekse de yargı kurumlarındaki diğer mahkemelerin bağımsızlığının sağlanması açısından oynadığı rol önemlidir. Gerçekten de Anayasa Mahkemeleri hem kendileri

¹⁴⁴Wojciech Sadurski, “*Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights*”, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 22, No. 2, p. 279.

¹⁴⁵Jan-Erik Lane, *Anayasalar ve Siyasal Teori*, 1. b., İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, 2014, s. 75.

bağımsız olması gereken yargı yerleri olarak hem de “yargı bağımsızlığı ve güvencesinin koruyucusu olarak ön plana çıkan kuruluşlardır.”¹⁴⁶

Anayasa yargısının faaliyet alanı siyasetle yakından ilgili olduğu için verdiği kararların siyasal boyutu geniş kesimleri etkilemektedir. Doğal olarak bu durum yargı ile diğer devlet organları arasında bir gerileme neden olmaktadır. Aslında burada sorun olan şey siyasal sorunların inceleme konusu olması değil, yargıçların partizanca tavırlarıdır. Hâkimlerin burada yanıtlaması gereken soru: kendilerini iktidarın mı yoksa hukukun mu sadık birer hizmetkârı olarak gördükleridir.¹⁴⁷ Burada şunu net olarak söyleyebiliriz ki, yargıçlar yasama ve yürütmeyi memnun etmek için değil, hukukun sözünü söylemek için o mevkidedirler.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçimi ise bir diğer önemli konudur. Yargı denetiminin tehlikeli sonuçlarından endişe eden bir temsilci, bu konudaki korkularını şöyle açıklamıştır: “Yasama organının iktidarını kötüye kullanmasından hiç korkmuyorum. Çünkü bu organ iki yılda bir halk tarafından seçilmekte ve halka karşı sorumlu bulunmaktadır. Bunun gibi yürütme organının iktidarını kötüye kullanması da beni ürkütüyor. Çünkü o da dört yıllık sınırlı bir dönem için iş görmektedir. Ama beni gerçekten korkutan şey, öteki organları kontrol imkânına sahip olan yargı organının bütün iktidarı ele geçirmesidir.”¹⁴⁸ şeklinde ifade etmektedir.

Diğer yargı organlarından farklı olarak siyasal yönü de olan Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesi konusunda genel mahkemelerin üyelerinin seçiminden farklı yöntemler kullanılmasını gerektirmiştir. Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde siyasal organlara, bilhassa millî iradenin temsilcisi olan parlamentolara ağırlık vermek kuşkusuz anayasa yargısının demokratik meşruluğunu güçlendiren en etkin yöntemlerden biridir.¹⁴⁹ Meşruluğu sağlama noktasında parlamentolara üye seçme yetkisinin iyi tarafları olduğu gibi kötü tarafı da

¹⁴⁶ İl Han Özay, “Yargı Güvencesi-Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi”, *Ankara, Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 8, 1991, s. 113.

¹⁴⁷ Mustafa Tören Yücel, “Yargılamada Objektiflik ve Tarafsızlık”, *Ankara, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 111, 2014, ss. 118-119.

¹⁴⁸ Tuncer Karamustafaoğlu, “Anayasa Yargısının Önemli Sorunları”, *Ankara, AÜHFD*, C. 25, S. 3-4, 1968, s. 92.

¹⁴⁹ Özbudun, “Anayasa Yargısının Yeniden Yapılandırılması, Yargısal Düğüm: Türkiye’de Anayasa Reformuna İlişkin Değerlendirme ve Öneriler”, ed. Serap Yazıcı, *İstanbul, TESEV Yayınları*, 2010, s. 13.

bulunmaktadır.¹⁵⁰ Anayasa mahkemesine üye seçiminde parlamentonun etkisi olması halinde her halükarda siyasal bir görüşe olan yakınlığıyla anılması kuvvetle muhtemeldir. Dolayısıyla yine parlamentonun seçim sürecinde belirleyici olmasına ek olarak nitelikli çoğunluk aranması usulü kullanılabilir. Aynı şekilde üyelerin bir kısmını atayan Cumhurbaşkanlığı siyasal yönü olan bir kurumdur. Siyasallaşma iddiası Cumhurbaşkanı tarafından atanacak kişiler için de söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla dengeli bir seçim dağılımı, mahkemenin demokratik meşruluğuna olumlu katkısı olacaktır.

Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki, mahkeme üyelerinin bir kısmı veya tamamının parlamento tarafından seçilmesi mahkemeyi demokratik ilkeler ekseninde meşruiyetini artırıcı bir unsur olup olmadığına teşhisi çok da kolay değildir. Çünkü demokratik bir düzende seçimler çok önemli olmakla birlikte tek başına bir meşruluk kriteri değildir. Göreve gelenlerin atanmaları halinde gayrimeşru, seçilmeleri halinde ise meşru olarak değerlendirilmeleri, meşruiyet kavramının siyasal, sosyolojik ve tarihsel açıdan taşıdığı anlamı tam olarak ortaya koymamaktadır. Kaldı ki, günümüz demokrasileri için seçimlerin en temel özelliği, seçmenlerin tek dereceli seçimlerle yani doğrudan doğruya kullandığı oy ile belirleyici olmasıdır. Ancak Gözler'in belirttiği gibi bizdeki sistem ile mahkeme üyelerinin parlamento tarafından seçilmesi çift dereceli bir seçim görünümünde olacaktır.¹⁵¹

1961 Anayasası'nın benimsediği sistemde Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesi, yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinin tümünün katılımıyla gerçekleşmektedir. Yargıç kompozisyonunun oluşturulmasında seçilenlerin atananlara karşı sayıca üstün olmakla beraber güçler dengesi bakımından ağırlık yargı fonksiyonundadır. Anayasada üyelerin belirlenmesi yöntemine ilişkin 1971 yılında yapılan değişiklikte sadece yasama meclislerinde aranan çoğunluk sayısı, "salt çoğunluk" sayısına indirilmiştir.

¹⁵⁰ Bülent Yavuz bu konuda düşüncelerini şöyle açıklamaktadır: "...yasama organı tarafından seçilen üyelerin yine yasama organının işlemlerini denetleme görevi üstlenmesi karşısında, bu denetimin etkisinin azalacağını, Mahkemenin yasama organı karşısında kısmen de olsa bir bağımlılığının oluşmasına sebep olacağını da belirtmek gerekir." Bülent Yavuz, *Kuruluş ve İşleyişi Açısından Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, 1. b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s. 56.

¹⁵¹ Gözler, "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu", s. 141.

Anayasa Mahkemesinin üye kompozisyonuna baktığımızda ise ağırlığın hukukçulara verilmesinin çok isabetli bir karar olmayacağını düşünüyoruz. Anayasa Mahkemesi'nin, kanunların anayasaya uygunluğunu yargısal yolla denetlemesi diğer yargı düzenlemelerindeki yargılamalardan farklı nitelik göstermektedir. Yargılamaya konu olan norm içerik olarak siyasal, sosyal, ekonomik ve benzeri boyutları taşımasıyla salt hukukî bakış açısıyla değerlendirme yapmak yeterli olmayacaktır. Anayasa Mahkemesi üyeliğine sosyal bilimlerin siyaset bilimi, maliye ve ekonomi alanlarında uzmanlaşmış kişilere de yer verilmesinin kararlarının teorik altyapısına olumlu katkı sağlaması beklenir. Aliefendioğlu'nun belirttiği gibi, üyelik seçimlerinde arkadaşlık ilişkisi ve siyasal eğilimler yerine, objektif yeterlilik koşulu ön plana çıkarılmalıdır.¹⁵²

Bu doğrultuda Erdoğan, anayasa yargıcının görevinin önemini şu sözlerle ifade etmektedir:

“Anayasa yargısı alanında görev yapan yargıçların konumunun, yargıcın rolüne ilişkin geleneksel anlayışla tam olarak uyummadığı doğrudur. Gerçekten de anayasa yargıçları kanunların anayasaya uygunluğunu değerlendirirken her şeyden önce anayasayı yorumlamak zorundadırlar. Özünde siyasi bir metin olan anayasayı yorumlamak ise kaçınılmaz olarak siyasal yansımaları olan bir işlemdir. Başka bir anlatımla, anayasanın belli bir biçimde yorumlanması, siyasal aktörlerin sistem içindeki yerleri ve işlevleri hakkında bazı varsayımlarda bulunmak ve devlet-vatandaş ilişkisi hakkında bir anlayışa dayanmak demektir. Bu bakımdan, anayasa mahkemeleri siyasal alanın kuralları hakkında değerlendirme yapan organlar olarak, terimin dar anlamında “mahkeme”nin boyutlarını aşan, bir ölçüde siyasal nitelik taşıyan kuruluşlardır. Burada önemli olan, bu mahkemelerin siyasal alanı ‘hukukileştirme’de ne derece teknik yeterliliğe sahip olduklarıdır. Başka bir ifadeyle, diğer alanlara ilişkin olarak söz konusu olduğu gibi, siyasi alanda da ‘hukuki-teknik’ kararları verilmesi prensip olarak mümkündür.”¹⁵³

Anayasa Mahkemesi üyelerinde aranacak yaş kriterinde, orta yaşı geçmiş kişilerin tercih edilmesi suretiyle yaşam boyu elde ettikleri tecrübeden yararlanma ve verecekleri kararlarda daha az baskı altında hissetmeleri olasıdır. Ancak yaşlı yargıçların verecekleri kararlarda toplumsal gerçeklik ve ihtiyaçlardan kopuk olmaları ihtimali de mevcuttur.¹⁵⁴ Yine de böylesine önemli bir pozisyonda yer alacak yargıçların belli bir olgunlukta olması uygun olacaktır.

¹⁵² Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, 1. b., Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, s. 242.

¹⁵³ Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 74.

¹⁵⁴ Artun Ünsal, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, 1. b., Ankara: AÜSBF Yayınları, 1980, ss. 190-191.

Mahkemenin demokratik meşruiyetiyle ilintili bir diğer konu da yargıçların görev süresidir. 1961 Anayasasına göre Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilen üyeler 65 yaşına kadar görev yapabilmektedirler. Batılı ülke örneklerinde ise ağırlıklı olarak uygulamada önceden belirlenmiş bir süre için bu göreve gelmektedirler. 1961 Anayasası'ndaki modele göre, bir kişi 40 yaşında Anayasa Mahkemesi üyesi olduğunda, toplam 25 yıl bu görevini sürdürebilmektedir. Ya da tam aksi olarak 65 yaşına yakın bir yaşta anayasa yargıçlığı seçilen bir üyenin kısa bir süre içerisinde anayasa yargısı konusunda kendilerini yetiştirebilmeleri zor olacaktır. Dolayısıyla yargıçlara uzun süre görevde kalma hakkının verilmesi yargıç güvencesi için önemli olmakla birlikte değişen ve gelişen sosyal, siyasal ve ekonomik şartlara uyum sağlama açısından belli bir sınırlama getirilmesi makul olacaktır. Böylece Anayasa Mahkemesi'nde çok uzun ve çok kısa görev yapan anayasa yargıçları bulunmayacağı için bu durumun doğurduğu sakıncalar ortadan kalkabilecektir. Ayrıca son olarak da şunu söylemeliyiz ki, Anayasa Mahkemesi'nde yer alacak üye sayısı farklı düşünceleri yansıtacak kadar geniş olmalı ve karar alınması ve toplanılmasını zorlaştırmayacak kadar da az olmalıdır.

2. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ “HAK EKSENLİ” VE “OTORİTE EKSENLİ” ÖLÇÜTLERİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan anayasaların soyut normlar ihtiva etmesi sebebiyle uygulanabilmeleri için somutlaştırılmaları gerekir ki, somutlaştırmak da yorumla mümkün olmaktadır. Yargıç artık “kanun koyucunun ağzı” değil, normu yorumlayarak, uyarlayarak ya da yeniden tasarlayarak somutlaştıran ve böylece siyasal ve toplumsal yaşamı etkileyen kişidir.¹⁵⁵ Yunanca *hermeneuein* sözcüğünden gelen (“Hermeneutics” [yorumbilgisi]), kısaca “yorumlamak” anlamına gelmektedir. Yorumbilgisi, yazılı metinlerin yorumlanması bilimidir.¹⁵⁶ Kavramın mitolojik kökenine indiğimizde ise karşımıza Hermes çıkar. Mitolojide Hermes, Tanrıların kralı olan Zeus'un mesajlarını ileten ancak bunu yaparken de bu mesajın muhataplarınca anlaşılabilmesi için açıklayan bir yorumlayıcıdır. Hermeneutiğin kökenleri ilkçağa kadar götürülebilse de esas olarak Ortaçağda dinsel metinlerin yorumlanmasında ortaya

¹⁵⁵ Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, 1. b., İstanbul: Beta Basım, 2010, s. 1.

¹⁵⁶ Brian Fay, *Çağdaş Sosyal Bilimler Felsefesi- Çokkültürlü Bir Yaklaşım*, 3. b., İstanbul: Ayrıntı Yayınları, s. 188.

çıkar. Daha sonra ise edebiyat yapıtları ile hukuk metinlerinin yorumlanmasıyla gündeme gelir.

Sosyal bilimler literatüründe hermeneutiği bugün kullanılan anlamıyla ilk olarak kullanan Schleiermacher, anlamın gerçeklikte değil niyette yer aldığını ve anlamının araştırma ile değil sezgiyle kavranabileceğini savunur.¹⁵⁷ Ona göre metin yazarından bağımsız ele alınamaz ve yorumcu da yazarı anlamakla mükelleftir. Ayrıca yorumcu kendini yazarın psikolojisine yerleştirerek, yazarın metni yaratırken bilincinde olmayan şeyleri de bilince çıkartmaya çalışır. Schleiermacher'ın açtığı yoldan ilerleyen Dilthey hermeneutiğe felsefi bir anlam katarak onu beşeri bilimlerin yöntemi olarak belirlemiştir. “Anlama, Ben'in Sen'de yeniden keşfidir” şeklinde özetlenebilecek düşüncesiyle anlamının öznel bir süreç olduğunu, anlayanın geçmişi şimdiye taşıyarak bunu gerçekleştirdiğini ifade eder.¹⁵⁸ Anlamın sabit ve durağan olmadığını ve zaman içerisinde değişeceğini savunur. Ona göre beşeri bilimler, yazılı metinlere yönelişinde öncelikle filolojik anlam eleştirisi yapmalı ve daha sonra da belli bir dönem ya da çağ için yüklendikleri tinsel anlamları ortaya çıkarmalıdır.¹⁵⁹

Felsefi yorumbilimin (philosophical hermeneutics) hukuk alanını etkilemesinin sonucu olarak yorumun hukukun ontolojisine ilişkin olduğu hatta hukukun bizatihi yorum işi olduğu tezi çağımızda kabul görmektedir.¹⁶⁰ Gadamer'e göre anlama ve yorumlama, doğrudan insanın dünya tecrübesiyle ilişkili bir süreçtir. Dolayısıyla hermeneutik fenomen, özünde bir yöntem ya da metodoloji sorunu olmadığı gibi diğer bütün tecrübe nesnelere olduğu gibi metinleri, bilimsel araştırmaya konu olan araçlarla anlama yöntemiyle de ilişkili bir şey değildir.¹⁶¹ Bu doğrultuda Gadamer'e göre anlama, ancak önyargılar ve peşin hükümlere bağlı olarak gerçekleşebilir. Gadamer, hukuksal hermeneutiğin temel sorununu “hukukta somutlaştırma” olarak belirlemiştir. Bir yasa metni, tarihsel olarak anlaşılacak suretiyle varlık kazanmaz. Zira yasa, yorumlanacak suretiyle hukuksal meşruiyeti çerçevesinde somutlaştırılması için

¹⁵⁷ Muharrem Kılıç, “Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz”, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar- II Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, *İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları*, ed. Hayrettin Ökçesiz, 2005, s. 93.

¹⁵⁸ Sengün Meltem Acar Vanleene, “Wilhelm Dilthey'da ‘Anlama’ Üzerine”, *Ankara, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 1, 2012, s. 164.

¹⁵⁹ Özlem Doğan, *Tarih Felsefesi*, 1. b., İstanbul: Notos Yayınevi, 2012, s. 178.

¹⁶⁰ Sururi Aktaş, “*Hukukta Yorum Çabaları*”, Erzincan, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 3-4, ss. 1-2.

¹⁶¹ Kılıç, “Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz”, s. 11.

vardır.¹⁶² Hukuksal hermeneutikte yorumcu, metin ile içinde bulunulan durum arasında bağ kurarak sonuçta yorumcunun varolan dünyasında ne anlama geldiğini içerir. Neticede Gadamer'e göre yorum, metnin anlam ufku ile yorumcunun anlam ufkunun birbiri ile kaynaşmasıdır.

Hukukta hermeneutiğin öncülerinde biri olarak görülen Savigny, yorumun dört unsurunu öne çıkarmıştır. Savigny bu unsurları gramatik, mantıki, tarihsel ve sistematik unsurlar olarak adlandırmaktadır.¹⁶³ Gramatik unsur “yasa koyucu tarafından dil yasalarının ortaya konuluşu”dur; mantıki unsurun hedefi düşüncenin ana hatlarının, düşüncenin çeşitli kısımlarının birbiriyle içinde bulunduğu mantıki ilişkidir; tarihsel unsur, yasanın yapıldığı dönemde yasanın düzenlediği konu dönemindeki hukuki durumun göze alınmasıdır; sistematik unsur ise, bütün hukuki kurumların ve hukuk ilkelerinin bir büyük birliğe bağlı olmasına ilişkin içsel bağlamdır. Bütün hukuki kurumlar bir bütünlüğün parçası olarak içsel bir bağlamda bulunmaktadır; bu bağlılık sonraları “hukuk düzeninin birliği” olarak adlandırılacaktır.¹⁶⁴

K. Gözler ise yorumu yukarıda açıkladığımız şekilde ele alan tavra “klasik yorum teorisi” adını verir. Bu teoride hâkimin hukuk kuralının uygulanması noktasında yaratıcı olmadığını belirtir. Bu teoriden farklı olarak yorumu hermeneutik bir süreç olarak ele aldığını ifade ettiği realist yorum teorisini inceler.¹⁶⁵ Realist yorum teorisinde yorum konusu, sadece normun yorumlanması (ya da hukukun uygulanması) sorunu değil, daha asli bir sorun olan “hukuk nedir”in cevabını arama çabasına

¹⁶² Kılıç, a.g.m., s. 99.

¹⁶³ Yılmaz Aliefendioğlu, yargıcın bu ilkelerden yalnız birini seçmek yerine tamamını aşamalı olarak uyguladığını şu şekilde ifade eder: “Yargıç, metni yazılı biçimiyle inceleyerek ilk anlam ya da anlamları çıkarır (gramatik yorum); daha sonra metni, bütün içinde inceler, önceki ve sonraki kurullarla bağlantılarını araştırır (sistematik yorum); gerekçeyi, gerekiyorsa meclis tutanaklarını, başka bir deyişle kuralın yasalaşmadan önceki hazırlık belgelerini inceler ve yasa yapıcının kuralı yasalaştırmadaki amacını araştırır (tarihsel yorum); kuralın günün koşullarına ve toplumun değişen dinamik yapısına uygun kazandığı anlamı araştırır (amaçsal yorum). Yargıç bu evrelerde yaptığı incelemeler sırasında kuralın değişen anlam ya da anlamlarına göre ilk edindiği izlenimde sürekli düzeltmeler yapar. Başka bir deyişle inceleme evrelerinde damla damla çıkardığı anlamları bütün içinde yerine oturur gerekli düzeltmeleri yapar. Sonuçta kurala verdiği anlam ya da anlamlardan uygun bulduğunu seçer.” Aliefendioğlu, “Anayasal Yargıda Yorum”, *Ankara: Amme İdaresi Dergisi*, C.28, S. 3, 1995, ss. 5-6.

¹⁶⁴ Altan Heper, “Almanya’da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler”, *Ankara, Ankara Barosu Dergisi*, C. 1, 2012, s. 77.

¹⁶⁵ J. Karakaş, Gözler’in bu düşüncesine itiraz olarak, klasik yorum teorisi hermeneutik olmayan bir süreç olarak algılanabilir ancak Gözler’in “klasik yorum teorisi” olarak adlandırdığı teorisinin “klasik hermeneutik yöntem” şeklinde adlandırıldığını söylemektedir. Jale Karakaş, “Hermeneutik ve Hukuk”, s. 103.

dönüşmüştür.¹⁶⁶Kemal Gözler, realist yorum teorisini sıralayacağımız on önermeyle özetlemektedir:1-Norm kanunun metni değil, bu metnin anlamıdır. 2-Yorumun konusu norm değil, metindir. 3-Yorum kaçınılmazdır. 4-Bir hukuki metin birden fazla norm içerebilir. 5-Yorum, metnin içerdiği alternatif normlar arasında yapılan bir seçimdir. 6- Metinler kendi kendilerini yorumlayamazlar. 7-Yorum, yorumcuya bağlıdır.8-Yorum, yorumcunun serbest iradesinin ürünüdür. 9-Gerçekten kanun koyucu, kanunun yazarı değil, yorumcusudur.10-Yorum, tanıma işlemi değil, irade işlemidir.¹⁶⁷

Anayasa yargısının yaygınlaşması ve jürisprüdansiyel -içtihadi- anayasa hukukunun gelişmesi ile yorum teorisi anayasa hukuku alanında pratik bir değer kazanmıştır.¹⁶⁸ Her metin gibi anayasalar da yoruma muhtaçtır, hatta anayasaların diğer mevzuata göre daha fazla soyut düzenlemeler içermesi dolayısıyla daha fazla yoruma ihtiyaç duyduğunu belirtmiştik. Anayasa normlarının somutlaştırılması esnasında yorumun kaçınılmazlığı yorum metotları ve yorumda sınırlarının belirlenmesini gerektirmiştir. Çünkü Anayasa yargısı zamanla kendisini öyle güçlü biçimde benimsetmiştir ki artık onun meşruiyetini değil sınırlarının nerede aranması gerektiği tartışılır olmuştur.

Anayasa yargıcının anayasallık denetimini yerine getirirken yorumun sınırı doğrultusunda, yargısal aktivizm (judicial activism) ve tersi niteliğinde olan yargının kendi kendini sınırlandırması (judicial restraint) sıklıkla gündeme gelen kavramlardır. Yargısal aktivizm kavramı Schlesinger'in 1947 tarihli makalesinde, dokuz Yüksek Mahkeme yargıcını aktivist olanlar ve olmayanlar olarak ikiye ayırmasıyla doğmuştur. Bu ayırma belirleyici olan da Mahkemenin yaptığı yorumun sınırıdır.

Hakyemez anayasa yargısındaki yargısal aktivizmi şu şekilde açıklamaktadır:

“Gerçekleştirdikleri anayasaya uygunluk denetimi sürecinde mahkemelerin, belli bir sonuç elde etmeye odaklanmış aktif bir yaklaşımla, anayasa hükümlerini sahip olduğu anlamı zorlayacak ya da bazen tamamen tersyüz edecek biçimde yorumlayarak, nihai aşamada yasama tasarruflarına ilişkin olarak siyasal iradenin de hedeflemediği yeni uygulamalara yol açabilen kararlar vermeleri durumudur.”¹⁶⁹

¹⁶⁶ Karakaş, a.g.m., s. 104.

¹⁶⁷ Kemal Gözler, “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, *Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları*, C. 15, 1998, ss. 210-215.

¹⁶⁸ Bakır Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, *İstanbul: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 5, S. 1-3, 1984, s. 4.

¹⁶⁹Hakyemez, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, 1. b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s. 35.

Bu açıdan bakıldığında, yargısal aktivizm genelde olumsuz anlamda kullanılan bir kavramdır. Türk Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tutumuna ilişkin 1961 Anayasası dönemi için verilebilecek en iyi örnek, Mahkeme'nin bazı anayasa değişikliklerini iptal etmiş olması gelir. Yargısal aktivizmin daha az kullanılan ve olumlu olan anlamı ise anayasa mahkemelerinin kararlarında kuruluş felsefesine uygun kararlar vermesidir. Siyasi iktidarın olası keyfi tutumları karşısında, hak ve özgürlüklerin zarar görmesini engelleyici duruş sergilemesi anayasa mahkemeleri için olumlu yargısal aktivizm olarak değerlendirilmektedir.

Anayasa yargıçları, kararlarına toplum tarafından meşruluk izafe edilmesine de önem verirler. Bu durum da onları, kendi kendilerini sınırlandırmaya yöneltebilir. Yargının kendi kendini sınırlama düşüncesinin dünyadaki en iyi uygulayıcılarından biri olarak Alman Anayasa Mahkemesi gösterilmektedir. Yargının kendi kendini sınırlaması ise, Mahkeme önüne gelen dava karşısında yargı ile çözülemeyecek bir sorun varsa bunu belirtmektedir. Mahkeme bu ilkeyle anayasa yargısı ile demokrasinin çoğunluk kuralını bağdaştırmaktadır. Alman Anayasa Mahkemesi bu hareketiyle siyasetin alanına girmekten kaçınmaktadır. Esasında bir konunun siyasi bir sorun olup olmadığının tespiti de bizzat siyasi bir çözümlenme gerektirmektedir.

Yargısal kendi kendini sınırlama düşüncesi bir noktada “siyasal sorun doktrini” (political question doctrine) ile benzerlik göstermektedir. Amerika Birleşik Devletlerinde uygulanan doktrinin kapsamı, mahkemelerin; anayasa ve yasalarda yasama ya da yürütmenin yetki alanında olduğunu düşündüğü konular veyahut mahkemelerin uygulamaları sonucu, sorun hukuki olmaktan ziyade siyasi olduğu ve çözüm yeri olarak da siyaset alanını belirttiği uyuşmazlıkları içerir.¹⁷⁰ Dolayısıyla mahkeme önüne gelen uyuşmazlıkta ilkin sorunun hukuki mi yoksa siyasi mi olduğuna bakmaktadır. Karşı tezi savunan Yargıç Douglas ise Baker v. Carr kararında; “siyasi sorun” kavramının varlık temeli olmadığını ileri sürmüş, mahkemelerin siyasi yerindelik sebepleri ile yetkilerini kullanmayı reddetmelerinin anayasaya uygunluk denetimi mantığı ile bağdaşmadığını savunmuştur. ¹⁷¹“Yargısal kendi kendini sınırlama”da olduğu gibi burada da mahkemelerin konunun siyasi bir sorun olduğunu düşünerek, davadan el çekmeleri

¹⁷⁰Fatih Öztürk, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli Mi?*, 1. b., İstanbul: Beta Yayınları, 2012, s. 51.

¹⁷¹ Çağlar, *Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı*, s. 178.

siyasi bir çözümlene neticesinde olmaktadır. Ancak gerek yargısal kendini sınırlama gerekse de siyasi sorun doktrini yargının sınırlarının çizilmesinde net bir ayırım ortaya koyamamaktadır. Çünkü siyasi sorunun ne olduğu ve anayasa yargıcını davadan el çekmesine neden olacak siyasi sorun niteliğindeki bir işlemin niteliği konusunda tam bir belirsizlik vardır.

Mahkemeler karar verirken karşılarında çatışan iki hukuksal paradigma bulunur. Bunlar, liberal “hak-eksenli” paradigma ve otoriter “ideoloji-eksenli” paradigmadır. Hak-eksenli paradigma bireye ve onun haklarına öncelik verirken, ideoloji-eksenli paradigma ise devleti ve resmi söylemi koruma kaygısına dayanmaktadır.¹⁷² Anayasa Mahkemesinin varlık nedeni ile çelişecek şekilde özgürlükleri koruma işlevinden uzaklaşarak otorite eksenli kararlar vermesi eleştiri konusu olmaktadır.¹⁷³

Anayasa Mahkemesi, denetim görevine başladığı yıllardaki ilk kararlarından birisinde ifade özgürlüğü konusunda oldukça eleştiri alan bir karar vermiştir. Mahkeme verdiği kararla, 27 Mayıs 1960 Askeri Müdahalesini değişik biçimlerde eleştirmenin suç sayılmasını öngören kanunun Anayasaya uygun olduğunu ifade etmiştir. Gerekçesi de aşağıda yer almaktadır:

“Anayasanın metnine dâhil bulunan ve onun dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmında 27 Mayıs Devrimi ‘Anayasa ve hukuk dışı tutum davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı Türk Milletinin direnme hakkını kullanması’ olarak vasıflandırılmış ve Anayasa’nın dayandığı temel görüş ve ilkeler ‘insan hak ve hürriyetlerini, millî dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devletini bütün hukuki ve sosyal temelleriyle kurmak’ şeklinde ifade edilmiştir.

(...)

Anayasa’nın 11 ve 20 nci maddelerine aykırılığı ileri sürülen 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendi ile yasaklanmış olan fiiller, 27 Mayıs Devrimini zedeleyecek şekilde bu devrimin neticesi olarak Yüksek Adalet Divanıncı ve diğer yargı mercilerince verilmiş ve kesinleşmiş olan karar ve hükümlerin sözlü, yazılı veya diğer yayın vasıtalarıyla kötülenmesi, adı geçen divan tarafından mahkûm edilenlerin mahkûmiyetlerine esas teşkil eden fiillerin veya şahısların övülmesidir ve 1 inci maddenin (B) bendi sadece bu bakımdan düşüncü ve kanaat hürriyetini sınırlamaktadır.

¹⁷²Arslan, *Anayasa Teorisi*, s. 241.

¹⁷³“Nitekim bugünkü Türkiye’de başta anayasa mahkemesi olmak üzere yüksek yargı organlarının içtihadı vatandaşlar için güvence oluşturmaktan çok, esas olarak, ‘kurulu düzen’i ve onun ideolojisini tahkim etmeye hizmet etmektedir. Özellikle yüksek yargı ‘adalet dağıtan’ bir merci olmaktan çok, demokratik siyaset üzerindeki bir vesayet organı gibi işlev görmektedir.” Hakyemez, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesi’nin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, s. 16.

Yüksek Adalet Divanı veya diğer yargı mercilerinin verdiği kararların kötülenmesi ve mâhkum edilmiş olanların mahkûmiyeti intaç eden fiillerinin veya şahıslarının övülmesi, sonucu itibariyle 27 Mayıs Devriminin meşruluğunu ve haklılığını inkâra yol açan ve halk efkârına bu devrimi yani Türk Milletinin meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnmesini yersiz ve gayrimeşru gibi göstermeye müncer olan ve bu yoldan vatandaşları birbiri aleyhine tahrik ederek onlar arasında kin ve düşmanlık duyguları yaratan bir davranış teşkil etmektedir.

Böyle bir davranışa cevaz verilmesi, vatandaşlar arasında kin ve düşmanlık duyguları yaratılmasına ve millî huzurun devamlı şekilde ihlâlüne yol açar; bu ise Anayasa'nın dayandığı temel ilkeleri tahrip etmek sonucunu doğurur; bu itibarla böyle bir davranışı mezkûr ilkelerle bağdaştırmak mümkün değildir. Zira Anayasa'nın dayandığı milli dayanışma, fert ve toplum huzuru gibi ilkeler, ancak siyasi kanaatleri ne olursa olsun aynı toplumun fertleri olan vatandaşlar arasında karşılıklı anlayış ve saygı duygularının ve toplum şuurunun kuvvetlenmesiyle doğar ve yerleşir. Bu duyguları yok etmeyi ve vatandaşlar arasında ikilik yaratmayı hedef tutan her hareketin Anayasa'nın sözüne ve ruhuna aykırı olduğuna şüphe edilmez.”¹⁷⁴

Anayasa Mahkemesi verdiği karar ile kuruluş felsefesine hiç de uygun olmayan bir şekilde özgürlüklerin sınırlandırılması yolunda adım atmıştır. Böyle bir kararın alınmasında belki de 1961 Anayasanın yapımında ve özellikle de Anayasa Mahkemesinin oluşumunda 27 Mayıs 1960 Askeri Müdahalesini gerçekleştirenlerin rolü ve içinde bulunulan siyasal konjonktürün etkisi olabilir. Özbudun, benzer düşüncelerle Anayasa Mahkemesinin bu biçimdeki bir kararı vermesinde, elbette ki Mahkemenin kuruluşuna sebebiyet veren 27 Mayıs 1960 Askeri Müdahalesini yapan ve ardından Anayasanın yapılmasında temel aktör olarak kendisini gösteren ve son olarak da Anayasa Mahkemesinin oluşumunda belli ölçüde ağırlığını hissettiren bürokratik elitin ve daha özelde Millî Birlik Komitesinin anlayışına uygun hareket etme ihtiyacı hissedilmesinin etkisinin akla geldiğini ifade etmektedir. Daha sonraki kararlarda da bu biçimdeki endişe ön plana çıkabilmiştir. Nitekim doktrinde de bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin kuruluşundan bu yana kendisini yetkilendirilmiş olan devlet elitlerinin beklentilerine uygun hareket etmiş olduğunun söylenebileceğine işaret edilmektedir.¹⁷⁵

Anayasa Mahkemelerinin kararlarında dikkate aldıkları başlangıç ilkeleri Anayasanın hangi şartlarda hazırlandığını ve etkilendiği temel felsefeyi vermektedir. Anayasaların başlangıç kısımları ideolojik vurgularla dikkat çeker. Schmitt'in “politik olan”a ilişkin tanımından hareketle, politik birliğin temsilcisi olan devlet, politik olanı

¹⁷⁴ Bkz.: E.S.: 1963/16, K.S.: 1963/83, K.T.: 8.4.1963.

¹⁷⁵ Özbudun, a.g.e., ss. 343-345.

tekeline almakta ve toplumun her alanını belirlemektedir.¹⁷⁶ Politik olanın iinin doldurulmasını sağlayacak olan, devletin yönetimini yani siyasi iktidarı elinde bulunduran egemen olacağına göre anayasa da bu egemen gücün yasaı halini almaktadır.¹⁷⁷ Böylece anayasaya aktarılan ideolojik vurgular, iktidarın yöneldiği temel hedefleri, anayasa ile amaçlanan toplum tasarımı ve yine anayasanın ilan edildiği toplumu bir arada tutan bağın unsurlarını açıklar. Gönenç’in ifadesiyle ideolojileri “toplumların peşine düştükleri kapsamlı yaşam projeleri” olarak tanımlarsak, başlangıç bölümlerinde ideolojik göndermeler olması şaşırtıcı olmayacaktır.¹⁷⁸

Yine kararda dikkat çeken noktalardan biri de Mahkemenin, Anayasanın temel hakların sınırlandırılması sürecinde hakkın özüne dokunulamayacağına yer veren 11. maddesi ile düşünce özgürlüğünün yer aldığı 20. maddesini lt almaktan ziyade Anayasanın yoruma açık soyut ilkeleriyle hareket ettiği görülmektedir. Kararında milli dayanışma, fert ve toplumun huzurunun sağlanması gibi ilkelere yer vererek sağlamaya çalıştığı nihai hedef “kamu yararı” gibi oldukça sübjektif bir kavram çerçevesinde gerçekleşmiştir. Demokratik bir devlette elbette düşünce özgürlüğünün sınırsızlığından bahsedemeyiz ancak sınırlamanın demokratik ltlere uygun olması gerekir.

Tanr’n belirttiği gibi bir düşüncenin kamu yararına uygunluğu durumu bir hukuk meselesi teşkil etmez. Bu bir siyasi tercih meselesidir. Ayrıca kamu yararı gibi oldukça müphem bir kavram gerekçesiyle bir fikrin yasaklanmasını varsaydığımızda; kamu yararını tayin yetkisine sahip olan yasama organı son derece geniş bir siyasi takdir yetkisine sahip kılınmış olacaktır. Dolayısıyla ya siyasi organın takdir yetkisine karışmayacaksınız ve sonuçta düşünce hürriyetinin teminatını ortadan kaldıracaksın ya da bu takdir yetkisini denetlemeye girişerek, bir mahkeme olarak yetki alanının dışına çıkacaksınız. Bu noktada Anayasa Mahkemesi kamu yararı amacıyla düşünce hürriyetinin sınırlandırılabilereğini kabul ederken böyle bir amazın içine dşmştir.¹⁷⁹

1961 Anayasası sınırlamaya ilişkin “Anayasa’nın sözüne ve ruhuna uygun olarak ve ancak yasa ile” olmasını öngörüyordu. Anayasa haklar ve ödevler bakımından

¹⁷⁶ Bünyamin Bezci, *Carl Schmitt’in Politik Felsefesi: Modern Devletin Müdafaası*, 1. b., İstanbul: Paradigma Yayıncılık, 2006, s. 49.

¹⁷⁷ Sarıbay, “Politik Anayasacılık: Hukukun Politik Mantığı”, s. 388.

¹⁷⁸ Gönenç, a.g.m., s.150.

¹⁷⁹ Bülent Tanör, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası*, 1. b., İstanbul: nc Kitabevi, 1969, ss. 136-137.

özgürlüğü genel, sınırlamayı ise istisna olarak kabul etmektedir. Sınırlama hiçbir zaman bir hakkın kullanılmasını tamamen ortada kaldıracak şekilde sonuç doğurmamalıdır. Ancak buradaki mesele temel hak ve özgürlüklere ilişkin “öz”ün nerede başlayıp, nerede sonlandığı belirtilmediği için Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında somutlaşacaktır.

Anayasa Mahkemesinin bir diğer eleştirisi alan kararın konusu da 6.11.1969 tarih ve 1188 sayılı Kanun’un, Anayasa’nın milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen 68.maddesinde yaptığı değişiklik ile ilgilidir. Mahkeme söz konusu davada, anayasa değişikliğini şekil yönünden Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir ve aynı zamanda anayasa değişiklikleri üzerinde esas yönünden denetim yapmaya yetkili olduğuna da hükmetmiştir.

Öğretide ciddi eleştirilere uğrayan karara göre:

“Buradaki değişmezlik ilkesinin sadece (Cumhuriyet) sözcüğünü hedef almadığını söylemek bile fazladır. Yani Anayasa’da sadece (Cumhuriyet)sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmenin Anayasa’nın bu ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira 9. Maddedeki değişmezlik ilkesinin amacının, Anayasa’nın 1., 2. Maddelerinde ve 2. Maddenin gönderme yaptığı başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş, ‘Cumhuriyet’ sözcüğü ile ifade edilen Devlet sistemidir. Bir başka deyimle, 9. Madde ile değişmezlik ilkesine bağlanan ‘Cumhuriyet’ sözcüğü değil, yukarıda gösterilen Anayasa maddelerinde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. Şu halde, sadece ‘Cumhuriyet’ sözcüğünü saklı tutup, bütün bu nitelikleri, hangi istikamette olursa olsun, tamamen veya kısmen değiştirme veya kaldırmak suretiyle 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan başka bir rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasa’ya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır. Bu bakımdan bu ilkelerde değişmeyi öngören veya Anayasa’nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunamaz. Bu esaslara aykırı olarak çıkarılmış bulunan bir kanunun Anayasa’nın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir. Görülüyor ki Anayasa değişikliğini öngören kanunlar üzerinde, Anayasa’nın 147. Maddesi gereğince, Anayasa Mahkemesine esas yönünden de denetim görevi düştüğü meydandadır. Bu nedenlerle söz konusu kanun, gerek biçim, gerekse esas yönünden Anayasa Mahkemesince denetlenebilmelidir.”¹⁸⁰

Mahkeme kendini anayasa değişiklikleri üzerinde esas yönünden denetlemeye yetkili kabul etse de, anayasa metninden o hükmü çıkarmak mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi’nin yetkilerinin düzenlendiği 147. maddenin ilk fıkrasında: “ Anayasa

¹⁸⁰Bkz.: E. 1970/1, K.1970/31, K.T. 16.6.1970.

Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetler.” demek suretiyle esas yönünden denetleme yetkisiyle donatmamıştır. Üstelik usulüne göre yürürlüğe girmiş olan anayasa değişikliklerinin, anayasanın diğer normlarıyla eşit düzeyde normlar olduğu; eşit düzeydeki hukuk normları arasında içerik yönüyle bir çelişki olsa dahi, bu çelişkinin hukuka aykırılık sorunu yaratmayacağı; bu bağlamda bu tür çelişkilerin ancak genel norm-özel norm, veyahut asıl kural ve onun istisnası biçiminde değerlendirildiğinde, anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetimini savunmak, teorik açıdan da imkânsızdır.¹⁸¹

Cem Eroğul da bu konuda hukuken anayasa kuralları arasında bir hiyerarşinin varlığının ileri sürülemeyeceğini, koşul koyan kural ile bu kurala uyulmasıyla konulan kuralın eşit hukukî nitelikte olmasının nedeni de, bu kuralların şekilleri olduğunu belirtir.¹⁸² Yani her iki kural da sonuç olarak anayasa kuralıdır. Anayasa Mahkemesi üyelerinin “cumhuriyet” sözüne ilave olarak Anayasanın başka ilkelerine de değişmezlik atfetmesi ve buna dayanarak anayasa değişikliğini iptal etmesi, kendisine verilen yetkiyi aştığını gösterir. Mümtaz Soysal da Mahkemenin kararını: “Bu, aslında çok tehlikeli bir gerekçe”dir. Bu tür bir gerekçenin, “Sonunda, toplumu ‘yargıçlar devleti’ denen bir anlayışa götürmesi, halkın oylarıyla kurulmuş bir parlâmentonun elindeki değiştirme yetkisini hiçe indirmesi mümkündür.” düşünceleriyle eleştirmiştir.¹⁸³

Anayasa Mahkemesi’nin yorum ve içtihat yoluyla kendisine verilen yetki ve görev alanını genişletmesi bir anlamda yetki gaspıdır.¹⁸⁴ 1961 Anayasası’nın 4. maddesinde “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz.” yer alan böyle bir durumu açıkça yasaklamıştır. Siyasi elitlerin bu karara nihaî tepkisi neticesinde Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini sadece şekil yönünden denetleyebileceği kuralı 20.09.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanun’la kabul edilmiştir. Değişikliğin gerekçesi şu şekildedir:

¹⁸¹ Serap Yazıcı, *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye- Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine*, 1. b., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009, s. 213.

¹⁸² Eroğul, *Anayasayı Değiştirme Sorunu*, s. 25.

¹⁸³ Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 3. b., İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1976, ss. 218-219.

¹⁸⁴ Kemal Gözler, Anayasa Mahkemesi’nin bu tutumundan dolayı ülkede adeta “fiili tali kurucu iktidar” hâline geldiği yorumunu yapmıştır. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 1. b., Bursa: Ekin Kitabevi, 1998, ss. 1021-1022.

“ Anayasanın sadece kanunlara ve içtüzüklere hasrettiği bir denetleme yetkisinin, Anayasa Mahkemesince, Anayasa değişikliklerine teşmil edilemeyeceği tâbiidir (...) Bu denetim yetkisinin, Anayasa değişikliğinin, sadece teklif, müzakere ve kabul edilmesine ait Anayasa hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunup bulunmadığı noktasına münhasır olduğu, esasa teşmil edilemeyeceği (...) tesbit olunmuştur.”¹⁸⁵

Ancak bu karara rağmen, Mahkeme anayasa değişikliklerini esas yönünden denetlemeye devam etmiştir. Onu da esas yönünden denetimi doğrudan bir şekilde değil, şekil denetimi altında kapsamını yorum yoluyla genişletmek suretiyle yapmıştır. Tanör’e göre: “ Anayasamız 9. Maddesinde ‘Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.’ diyerek açıkça hangi hükmünün değiştirilemeyeceğini göstermiştir. Eğer ki bundan başka değiştirilemeyecek bir hüküm olsaydı, Anayasada bu ifade açık bir şekilde belirtilirdi. Nitekim, Anayasamızın kaynaklarından olan Federal Alman Anayasası başta olmak üzere, Lander Anayasaları ve daha birçok ülke Anayasası’nda, değiştirilmesini istemedikleri hükümleri açık olarak belirtme yoluna gitmişlerdir. Anayasamızın da bunlara yer vermesi pekâlâ mümkünken, sadece, devlet şeklinin cumhuriyet olduğu şeklindeki hükmünün değiştirilemeyeceğini kabul etmesi, yanına yenisi eklenemeyecek bir istisnâî hüküm olduğunu gösterir.”¹⁸⁶

Anayasa Mahkemeleri demokratik meşruluğunu koruma açısından iptal kararlarında yasama organına pozitif direktifler verecek ifadelerden kaçınmalıdırlar. Böyle bir durum yasama organının hareket alanını oldukça kısıtlar, çünkü parlamento çıkaracak olduğu kanunda Mahkemenin vermiş olduğu kararları da dikkate alacaktır. Avrupa tipi Anayasa yargısının fikir babası Kelsen, kanunları iptal yetkisini kanun yapma yetkisiyle eşdeğer görmektedir. Anayasa Mahkemelerinin fonksiyonunu bu bağlamda “negatif kanun koyuculuk” olarak nitelendirmektedir. Yani anayasa maddelerini farklı yorumlama teknikleriyle anayasa yargıçları yasayı tamamlayan “önsayıcı, olumlu yasayıcı ya da en azından eşyasayıcı” konumuna gelebilmektedirler.¹⁸⁷

Anayasa Mahkemesi’nin bir diğer tepki alan kararları ise siyasi parti kapatma davalarına yöneliktir. Mahkemenin özellikle siyasi parti kapatma davalarında kararlarını

¹⁸⁵ Yazıcı, *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye – Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine*, s. 214.

¹⁸⁶ Tanör, a.g.e., ss. 183-184.

¹⁸⁷ İbrahim Kaboğlu, *Anayasa Yargısı, Avrupa Modeli ve Türkiye*, 3. b., Ankara: İmge Kitabevi, 2000, s. 237.

insan haklarına dayanarak değil, “otorite-eksenli” paradigmayı devreye sokarak karar vermektedir.¹⁸⁸1961 Anayasası döneminde Mahkeme’nin parti kapatma nedenlerine bakıldığında başta Cumhuriyetin korunması yolundaki anayasa ilkesine aykırı hareket olmak üzere, demokratik devlet ilkesinin korunması, milli egemenliğin korunması ilkesi, bağımsızlığın korunması ilkesi, laikliğe aykırı hareket ve devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırılık gibi nedenlerin olduğu görülmektedir.¹⁸⁹

1961 Anayasası döneminde, merkezi değerler sistemine karşı oluşan muhalefetin en somut örnekleri olarak gösterilebilecek Milli Nizam Partisi ve Türkiye İşçi Partisi’nin kapatılmasına yönelik kararı ile ilk parti kapatma davaları görülmüştür. Mahkeme ilk olarak 1971 yılında Milli Nizam Partisini laiklik ilkesine aykırı faaliyet ve vaatleriyle kapatmıştır. 1971 tarihli bir başka kararında, Türkiye İşçi Partisi’nin gerçekleştirdiği bir kongre esnasında “Doğu” sorununu Kürt Halkı sorunu biçimine soktuğu, anayasal vatandaşlık dışında birtakım özelemleri dile getirdiği gerekçesiyle, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ihlal ederek, Siyasi Partiler Kanununda yer alan ülke üzerinde milli veya dini kültür farklılığı ya da dil farklılığına dayanan azınlık yaratma yasağına aykırı hareket ettiği gerekçesiyle kapatmıştır.¹⁹⁰

Mahkeme’den beklenen siyasal parti özgürlüğü ile ilgili özgürlükçü bir değerlendirme yapması olmuştur. 1961 Anayasası döneminde altı adet siyasal parti kapatma davasını karara bağlamıştır. 1961 Anayasası ile önemli bir yenilik olarak siyasal parti kapatma davalarının, partilerin demokratik bir düzende işlevine uygun olarak Anayasa Mahkemesinde görülmesi esası getirilmiştir. Ancak uygulamada siyasal parti özgürlüğü açısından güvenceli bir durum yaratmamıştır.

Anayasa yargısının siyaset ile hukuk arasında ince bir çizgide yer alması ve alınan kararların hukuk kaynaklı ancak siyasi yansımaları olması Anayasa Mahkemesi üzerine tartışmaları kuruluşundan günümüze beraberinde getirmiştir. Anayasa

¹⁸⁸ Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan, Mahkemenin 2015 yılındaki kuruluş yıldönümü konuşmasında, Mahkemenin “hak-eksenli” paradigma değişimi sürecinin henüz başında olduğunu ve yaşanan bu paradigma değişiminin özellikle bireysel başvuru kararları üzerinden takip etmenin mümkün olduğunu belirtmiştir. Bu kararlarda, Anayasa Mahkemesi yaşam hakkından kişi hürriyeti ve güvenliğine, adil yargılanma hakkından ifade ve örgütlenme özgürlüğüne, özel hayata saygı hakkından din ve vicdan özgürlüğüne, bir dizi temel hak ve özgürlüğün koruma alanını genişleten ve standartlarını yükselten bir yaklaşım benimsendiğini de eklemiştir. Anayasa Mahkemesi, 27 Nisan 2015, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/konusmalar/1.html>.

¹⁸⁹ Bülent Daver, “Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasi Partiler: Birkaç Örnek Olay”, *Anayasa Mahkemesi Yayınları*, C. 2, 1985, ss. 111-112.

¹⁹⁰ Bkz. :E.S.: 1971/3 (Parti Kapatma), K.S.: 1971/3, K.T.: 20.07.1971.

Mahkemesi'nin kararlarını verirken hukuku zorlayarak ve anayasa normlarını siyasi hedefler doğrultusunda yorumlayabildiğini görebiliyoruz. Mahkemenin bu tutumunu “Hegemonik Koruma Tezi” yaklaşımıyla anlatmaya çalışmıştık. Türkiye’de merkezi bürokratik sınıf hegemonyasını sürdürebilmek için zaman zaman askeri darbeler veya muhtıralar zaman zaman ise hukuk kurumları ile demokratik sivil hayata müdahale etmiştir. Şunu net bir şekilde belirtmeliyiz ki bu tür müdahaleler, gerek müdahaleyi yapan kurumun meşruiyetini gerekse de demokratik düzeni yok edici niteliktedir.

Kuşkusuz Anayasa Mahkemeleri demokratik anayasal bir düzende temel hak ve özgürlüklerin korunması ve genişletilmesinde vazgeçilmez anayasal kurumlardır. Ancak Anayasa Mahkemeleri anayasa ile kendilerine tanınan görev ve yetkilerin sınırlarını ihlal etmekten ve siyasi hedeflerin odağı olmaktan kaçınmalıdır. B. Daver’in de ifade ettiği üzere, anayasa yargıcı hukuk devleti düşüncesini amaç edinen bir yaklaşımla meseleleri ele almalı, çağdaş, çoğulcu, katılımcı demokrasinin kurum ile kurallarını işleterek, özerk bireyi ön plana çıkaran değerler sistemini devletin ile toplumun güvenliği ve esenliği temel ilkesiyle bağdaştıracak şekilde hareket etmelidir.¹⁹¹

¹⁹¹Daver, “Anayasa Mahkemesi Üyesi (Yargıcı)”, *Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları*, C. 3, 1986, s. 25.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

1961 ANAYASASI'NIN ÖNGÖRDÜĞÜ SİYASAL VE ANAYASAL DÜZEN

1. 1961 ANAYASASI'NIN YAPILMASINI ORTAYA ÇIKARAN SÜREÇ

1961 Anayasası, 27 Mayıs 1960 askerî müdahalesinin ve onu hazırlayan koşulların bir ürünüdür. Yeni Anayasanın yapılış nedenini ortaya koyabilmek için, onu meydana getiren toplumsal ve tarihsel çerçevenin özellikleri üzerinde durmak gerekiyor. Buradan hareketle 1960'ın ve öncesinin irdelenmesi, çok partili sisteme geçiş kararı öncesindeki siyasal yaşama doğru geriye gidilerek bazı saptamalarda bulunabilir.

Siyasal koşulların ürünü olan tek partili rejim, 1924 Anayasası'ndan doğmuş değildi. 1945'e gelinceye kadar tek partili devlet düzeni, Anayasa hükümlerinin oldukça esnek şekilde yorumlanmasına neden olmakla birlikte "Anayasaya aykırılık" iddiasında bulunabilecek siyasal kuruluş ve kamuoyunun sesi de yoktu. Çok partili hayata geçişte hukuk ötesi faktörler etkili olmuştur.¹⁹² İkinci Dünya Savaşı, Türkiye'nin ekonomik ve sosyal yapısında önemli değişimler yaratmıştır. Zaten sınıfsız olmayan toplumda sınıflararası farklılıkları daha belirgin hâle getirmiş, bu yüzden de toplumun değişik sınıf ve tabakaları farklı endişeler ve değişim arayışları içine girmiştir. Tek partili rejim hayatında sınıf mücadelesi ve özgürlükler kısıtlanmış (sendika, grev, düşünce ve basın yasakları gibi); işçi sınıfı, ekonomik zaruretlerin doğurduğu bir mahzur olarak görülmüştü.¹⁹³ Orta sınıfın toprak sahipleri, tüccar ve sanayicileri ise ekonomik ve sosyal büyümeden önemli bir pay alırken, bir yandan da tedirginlik yaşıyorlardı. Çünkü çıkarılan bazı yasalar (11 Kasım 1942 tarihli Varlık Vergisi Hakkında Kanun, 11 Haziran 1945 tarihli Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu ve 9 Temmuz 1945 tarihli Ormanların Devletleştirilmesine ilişkin yasa) onları panik ve tepkiye itiyordu. Orta

¹⁹²Ali Yaşar Sarıbay, ülkemizde politikanın salt hukuki bir yaklaşımla incelenemeyeceği düşüncesinin belirmesinde en önemli etkenin, 1950'de çok partili politik hayata geçişle beraber yaşanan rejim değişikliğinin doğurduğu yeni toplumsal ve politik oluşumların zorlaması olduğunu belirtir. Hukuk çerçevesinden baktığımızda, hukukun bu oluşumları tam anlamıyla açıklamakta yetersiz kalması, politika bilimi çerçevesinden incelemeye yöneltmiştir. Ali Yaşar Sarıbay, *Global Bir Bakışla Politik Sosyoloji*, 4. b., Bursa: Sentez Yayıncılık, 2014, s. 59.

¹⁹³ Kemal H. Karpat, *Türk Demokrasi Tarihi*, 1. b., İstanbul: İstanbul Matbaası, 1967, s. 100.

sınıfın diğer unsurları olan sabit gelirliler ve memurlar da enflasyonun olumsuz etkilerini yaşıyorlar ve demokrasiye olan özlemlerini içlerinde taşıyorlardı.

Türkiye'nin çok partili düzene geçişinde dünya koşullarının rolüne baktığımızda, savaştan galip çıkan Batı demokrasilerinin içinde Türkiye'nin kendine yer araması, Batılı ülkelerin siyasal rejimi olan demokrasiyi de gündeme getiriyordu. Bunun yanında SSCB'nin 7 Aralık 1925 tarihli Dostluk Anlaşmasını yenilemeyeceğini bildirmesi ve Türkiye üzerindeki bazı tehditleri de etkilidir. Dış dinamiklerin bu yönde olumlu katkısı rejimin demokratikleşmesi açısından elverişli bir ortam hazırlaması olmuştur. Tanör'e göre Türkiye'deki tek parti modeli, faşist modelden farklı olarak sürekli değil *geçici*, faşist ve komünist tek partili düzenlerden farklı olarak da totaliter değil *otoriter* nitelikteydi; bir *vesayet partisi* modeliydi.¹⁹⁴ Çok partili hayata geçiş düşünce ve eylem özgürlüğü bakımından artık zorunlu görülmemekteydi.¹⁹⁵ Parti ile devletin özdeşleştiği tek parti rejimi döneminde Cumhurbaşkanı ve CHP Genel Başkanı konumunda bulunan İnönü, 1945 yılı başlarında bu kararı verecektir.

Çok partililiğe geçişte anayasal bir sorun yok iken¹⁹⁶, parlamento içi demokrasinin kaynağı olan ve hatta "sessiz anayasa"¹⁹⁷ olarak da söz edilen içtüzükler o kadar önemlidir ki, bunların artık yeni gereksinimlere göre düzenlenmesi uygun olurdu. 1927 tarihli TBMM Dahilî Nizamnamesi tek parti dönemi koşulları içinde hazırlanmış, "azınlık-çoğunluk", "muhalafet-iktidar" gibi ikili kavramlara yeterli çözüm üretebilmiş değildi. Nitekim tek parti rejiminin kurumsal temelini oluşturan iki dereceli seçim sistemi herhangi bir değişikliğe uğramamıştır. 1930'lu yıllarda yasal mevzuata giren basın yasalarında herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Yine çoğunluk yönetimini olabildiğince kolaylaştıran ve denge fren sistemi açısından eksiklikler içeren bir anayasadan iktidar partilerinin şikayetçi olmaması demokrasiye bakışlarında bir iç çelişki olduğunu yansıtıyordu.

¹⁹⁴Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 27. b., İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2016, s. 338.

¹⁹⁵ Bu noktada ünlü Fransız siyasal bilimcisi Duverger CHP tek parti rejimi için şu ifadeleri kullanmıştır : "Türk tek parti sistemi, hiçbir zaman bir tek parti doktrinine dayanmamış; tekele resmi bir nitelik vermemiş; onu sınıfsız bir toplumun varlığıyla ya da parlamenter çekişmeleri ve liberal demokrasiyi ortadan kaldırma arzusuyla meşrulaştırmaya çalışmamıştır. Sahip olduğu tekelden dolayı daima rahatsızlık hatta utanç duymuştur. Türk tek partisi, bir suçlu vicdanına sahip olmuş ve bu noktada, kendilerini taklit edilmesi gereken modeller olarak gösteren Faşist ya da Komünist kardeşlerinden ayrılmıştır." Maurice Duverger, *Siyasal Partiler*, 2.b., İstanbul: Bilgi Yayınevi, 1974, s. 360.

¹⁹⁶ Çok partili dönem boyunca, 1945'te Türkçeleştirilmiş olan Anayasa metni 1952'de yeniden Osmanlıca ilk hâline geri döndürülmesinden başka bir değişiklik yapılmayacaktır.

¹⁹⁷Tanör, *Osmanlı – Türk Anayasal Gelişmeleri*, s. 346.

1938 tarihli Cemiyetler Kanunu çerçevesinde “siyasal nitelikli derneklerin” yani partilerin kurulması İdare’nin izni koşuluna bağlanmıştı. Bu iznin de verilmemesinden dolayı 1945’e kadar parti kurmak için herhangi bir girişim olmayacaktı. Bu iznin verilmeye başlanmasından sonra Türkiye’de 1945 yılında çok partili hayata geçilmiş ve ilk kurulan siyasal parti “Millî Kalkınma Partisi” olmuştu.¹⁹⁸ Ancak, muhalefete özlem duyulan bir siyasal ortam içinde parti kendisinden beklenen gelişmeyi gösterememiş ve toplum gerek programı gerekse de üyelerinin tutum ve davranışları bakımından partiyi benimsememişti. Dikkate değer olan bu durum gösteriyor ki, iktidara karşı ne kadar derin bir memnuniyetsizlik duyulursa duyulsun insanların muhalefete hemen bağlanması söz konusu değildi. Bu durum da siyasiler için önemli bir ders niteliğindedir.¹⁹⁹ Böylece Millî Kalkınma Partisi hiçbir varlık göstermeden silinip gitmiştir.

Asıl muhalefet hareketinin doğuşu 1945’te çıkarılan “Çiftçi Topraklandırma Kanunu” karşı CHP içinde tepki gösterenler vesilesiyle olmuştur. Celal Bayar, Adnan Menderes, Fuat Köprülü, Refik Koraltan’ın imzalarıyla parti grubunca verilen ve meşhur “Dörtlü Takrir” olarak adlandırılan önergeyle birlikte çok partili yaşama adım atılmıştır. Demokratik bir düzene geçmeyi, insan hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasını, millet denetiminin sağlanmasını, demokratik bir içerik taşımayan hükümlerin ve baskının kaldırılmasını hedefliyorlardı. 7 Ocak 1946’da Demokrat Parti’yi kurmuşlardır. 5 Haziran 1946 Cemiyetler Kanunu’nda yapılan değişiklikle parti kurmak için İçişleri Bakanlığı’ndan izin alma zorunluluğu kaldırılmış, bildirimde bulunmak yeterli sayılmıştır.

Çok partili düzenin ilk milletvekili genel seçimi 1947’de yapılması gerekirken seçimler bir yıl öne alınarak 21 Temmuz 1946’da yapılmış ve seçim süreci bir hayli tartışmaya yol açmıştır. Bu seçime tek dereceli ancak açık oy-gizli sayım şartları ile gidilmiş, yapılan itirazların tarafsız denetimi gerçekleştirilememiştir. Sonunda idari mekanizmaların baskısıyla CHP kazanmıştır. Demokrat Parti ise Meclise

¹⁹⁸ Ergun Özbudun, tek parti rejiminin, rejimde ihtilâl, hükümet darbesi, iç savaş, askerî yenilgi veya yabancı işgal gibi radikal bir kesinti ya da kopma olmaksızın, barışçı yoldan çok partili hayata geçmesi, o dönem için böyle bir dönüşümün tek örneği olması açısından, gerek Türk, gerek yabancı bilim adamlarının ve siyaset çevrelerinin büyük ilgisini çektiğini belirtmektedir. Özbudun, *Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye*, 1. b., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 117.

¹⁹⁹ Rıfıkı Salim Burçak, *Türkiye’de Demokrasiye Geçiş 1945-1950*, 1. b., Ankara: Olgaç Matbaası, 1979, s. 402.

küçümsenmeyecek sayıda milletvekili sokmayı başarmıştı, ancak iktidar değişikliği 1950 yılında gerçekleştirilen genel seçimler ile olmuştur. 14 Mayıs 1950’de gerçekleştirilen seçim, Milletvekilleri Seçim Kanunu’nda yapılan değişiklikler sonucunda *gizli oy, açık döküm ve adli teminat*²⁰⁰ hususları çözüme kavuşturularak gidilmiş; eşit, özgür ve demokratik şartlar altında yapılmıştır.²⁰¹ Bunun sonucunda halk verdiği oy yoluyla ve serbest iradesiyle ilk defa iktidar değiştirmiş, ülkeyi idare edecek yöneticilerini seçmişti. Geçerli oyların %53.3’ünü alan Demokrat Parti, Mecliste yaklaşık %84’lük bir temsil oranına sahip olmuş iken CHP ise yaklaşık %40’lık oy oranıyla Mecliste %14’lük bir temsil gücüne sahip olabilmişti. Ayrıca %89.3 gibi bir oranla seçimlere katılım gösterilerek siyasal canlılığın ve değişimin yansımalarını görmek mümkün olmuştur.²⁰²

1950-1960 yılları arasında Demokrat Parti iktidarlığını sürdürmüş ve ilk dönemleri de başarılı geçmiştir. Ne var ki bu başarı uzun sürmemiş ve meclis içi parti baskısını önleyebilmekten çok uzak kalmıştı. Asker ve sivil bürokrasiyle özdeşleşmiş olan CHP karşısında kendisini baştan itibaren tehdit altında hissetmiş ve muhalefete karşı baskı politikası izlemiştir. Çünkü iktidarı kaybetmeyeceği düşüncesiyle hareket eden CHP, çok partili yaşama geçiş sürecinde muhalefetin devamı için gerekli yasal güvenceyi sağlayacak değişiklikleri gerçekleştirmemesinin bedelini bu şekilde ödüyordu, diyebiliriz. Buna karşın, 1950 öncesinde liberal ve çoğulcu söylemleri olan DP liderleri ise azınlık haklarını yok sayan bir tutum izlemeye başlamıştır.

Özellikle 1953 yılından başlayarak Demokrat Parti “meclis üstünlüğü” ilkesine dayanarak baskıcı bir rejim kurma girişimlerinde bulunmuştur. Bu dönem içinde iktidar partisi tarafından savunulan demokrasi modeli “çoğunlukçu” anlayışa sahipti. Meclisin oluşturduğu çoğunluk iradesinin “millî irade” olduğu havası oluşturulup, bu iradenin mutlak olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla 1950-1960 dönemi de rekabetçi ve çoğulcu bir politik sistemin oturtulmadığı, muhalefetin kurumsallaşmadığı bir dönem

²⁰⁰Tanör, *Osmanlı – Türk Anayasal Gelişmeleri*, s. 343.

²⁰¹Milletvekilleri Seçim Kanunu’nda 1950 yılında yapılan değişiklikler ile “milletvekili seçimleri tek derecelidir ve ekseriyet usulüne göre genel, eşit, gizli oyla yapılır. Oy serbest ve şahsidir. Oyların sayılması ve ayrılması açıktır” (md. 1). Yasa ayrıca seçimlerin yargıç denetim ve gözetimi altında yapılmasını sağlayıp, yargısal güvenceler getirmekteydi.

²⁰² Nermin Abadan, *Anayasa Hukuku ve Siyasi Bilimler Açısından 1965 Seçimlerinin Tahlili*, 1. b., Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1966, s. 73.

olmuştur. 1946 yılından bu yana tartışma konusu yapılan Seçim Kanunu, bu sefer muhalefetin nispi temsil talebiyle gündeme gelmiştir.

Üniversite öğretim üyelerinin siyasal kuruluşlarda yer almaları, siyasal yayın ve beyanda bulunmaları bir yasayla yasaklanmıştı. Muhalefet partisi CHP'nin elinde olan Halkevleri hazineinden önemli miktarda yardım almaktaydı. DP iktidarı bu yardımların CHP'ye gittiği yönündeki kanaatleri sonucu, 14 Aralık 1953 tarihinde "CHP'nin Haksız İktisaplarının İadesi Hakkında Kanun" u çıkartarak CHP'nin malvarlığına el koymuş ve bunları Hazine'ye aktarmıştır. DP bu hareketiyle yargı alanına giren bir konuda meclisteki üstün gücüne dayanarak ceza uygulamış oluyordu. Siyasal baskıların bir başka yönü ise muhalefete oy veren seçmenler ve seçim bölgelerinin cezalandırılması yoluyla olmuştu. Parti faaliyetlerine yönelik kısıtlamalar açısından, partilerin radyodan seçim propagandası yapmalarına son verilmişti. Böylece radyonun partizanlaştırılması süreci de başlamış oldu. DP'nin bir başka baskıcı politikası ise, partilerin seçim dönemleri dışında toplantı ve gösteri yürüyüşleri düzenlemesini yasaklamak olmuştur. Ancak iktidar partisi bu konuda serbest hareket edebilecekti. Kamu görevlileri açısından ağır bir darbe ise, idareye tanınan re'sen emekliliğe sevk yetkisi ve buna karşı yargı yolunun kapatılmış olmasıdır. Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay üyeleri ile üniversite üyelerini de kapsayan bu değişiklik ile beraber adli ve akademik güvenceler zedelenmiştir. Bu doğrultuda zaten sorunlu olan yargı bağımsızlığı iyice ortadan kalkmış olacaktır. DP'nin iktidarda kaldığı süre içerisinde bu baskıların devamı gelmiştir.

Tepkilerin gittikçe büyümesine neden olan ise "muhalefetin ve bir kısım basın faaliyetleri hakkında tahkikat icra etmek" üzere "Meclis Tahkikat Komisyonu" kuran 27 Nisan 1960 tarihli yasadır.²⁰³ Buna göre komisyon, savcılar sivil ve askeri hâkimlerin sahip oldukları yetkilerle donatılacak, her türlü özel evraka, belge ve eşyaya el koyabilecek, ayrıca gazeteleri toplatma ve basımevlerini kapatma yetkisini kullanabilecektir.²⁰⁴

Daha sonra bu kurula yargı yetkileri de tanıyan Vazife ve Salâhiyet Kanunu çıkartılmıştır. Böylece Komisyonun almış olduğu kararlara karşı gelenlere bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilecek, verilen kararların infazı sırasında ihmali bulunduğu

²⁰³Soysal, *Anayasaya Giriş*, 1. b., Ankara: Sevinç Matbaası, 1968, s. 141.

²⁰⁴Tevfik Çavdar, *Türk Demokrasi Tarihi 1859-1950*, 3. b., Ankara: İmge Kitapevi, 2004, s. 76.

tespit edilenler ise altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına çarptırılacaktı. Bunlarla birlikte tahkikatla ilgili olayları açıklayanlar ise altı aydan bir yıla kadar hapis cezasına çarptırılabilirdi. Aldıkaçtı'ya göre, Fransız İhtilâli'nin ünlü Millî Selamet Komitesi'nin yetkilerine benzer yetkilerle donatılan bu komisyonlar ile anayasa ihlal edilmiş olmaktadır.²⁰⁵

İktidarın siyasal demokrasiyi giderek yok etmeye yönelmesinden doğan siyasal bunalıma karşı 1960 yılının Nisan ve Mayıs aylarında protesto gösterilerine ve yer yer güvenlik kuvvetleriyle çatışmaya varan tepkilere yol açmıştı. Sonunda, 27 Mayıs 1960 günü ordu 38 subaydan kurulu Millî Birlik Komitesi'nin öncülüğü ile ülkenin yönetimini ele almıştır. Amaç iktidarın anayasal sınırlar içinde hareket etmesini sağlamak, çoğulcu-özgürlükçü bir düzen kurmaktır. Amacı yönünden demokratik bir niteliğe sahipken, yapılış tarzı itibarıyla antidemokratiktir. Dıvıçioğlu'na göre 27 Mayıs:

*“... bir kısım asker ve sivil bürokratlar CHP'nin 'zımnî' icazetini alarak halkın ve burjuvazinin karşısına düşmek pahasına, devleti ve hükûmeti ele geçirerek, bir sağlama işlemine girişmişlerdir.” dolayısıyla Anayasa da bunun bir ürünüdür.*²⁰⁶

Bahri Savcı, 27 Mayıs hareketinin amaçlarını şöyle özetlemektedir:

- 1) İktidarı kaydığı muhafazacı eğilimden kurtarıp, tekrar lâik bir toplum temelinde, çok partili hayat üzerine
- 2) Çok partili hayat üzerine kurulu düzende siyasal iktidarı da kontrol altında tutacak müesseseleri getirmek ister.
- 3) Toplumda plânlı karma ekonomi yoluyla, gerçek toplumsal kalkınmaya ulaşma yollarını açmak ister.
- 4) Bu toplumsal kalkınmaya da, sosyal adaletli, sosyal muhtevalı bir gerçekleştirme kabiliyeti vermek ister.²⁰⁷

Sıddık Sami Onar ise 27 Mayıs'a götüren nedenler arasında şunları belirtmektedir:

²⁰⁵Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, s. 110.

²⁰⁶Tanör, *Anayasal Gelişme Tezleri*, 3. b., İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2013, s. 115.

²⁰⁷Soysal, *Dinamik Anayasa Anlayışı*, Ankara: A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1969, s. 33.

“27 Mayıs ihtilâlinin ve inkılâbının birçok nedenleri olacağı tabii olmakla beraber bunların en önemlilerinden birinin; devlet kuvvetleri içinde bozulan dengeyi tekrar ve daha kuvvetli esaslara dayandırarak kurmak, devlet fikir ve şuurundan ziyade şahsî menfaat ve ihtiraslara âlet edilen ve bir oligarşinin eline geçen kamu kudretini meşru ve dengeli organlara vermek esasına dayandığı görülür.”²⁰⁸

27 Mayıs’ın ardından Anayasada yer alması üzerine tartışılan konular, Türkiye’deki askerî ve sivil bürokrasinin devlet yönetiminde yeniden etkinliğini sağlama özlemini yansıtmaktadır. CHP’nin 14. Kurultayında Ana Davalar Komisyonunca, dış ülkelerin tecrübelerinden de esinlenerek hazırlanan “İlk Hedefler Beyannamesi” adeta bir anayasa tasarısı taslağını andırmaktaydı:

-Anayasamız, modern demokrasi ve cemiyet anlayışına uygun, halk egemenliği, hukuk devleti, sosyal adalet ve emniyet esaslarına dayanan bir devlet nizamına göre değiştirilecektir.

-Bir anayasa mahkemesi teşkil edilmek suretiyle, anayasada yer alan hakların diğer kanunlarla daraltılması ve iptal edilmesi önlenecektir.

-Milletin bütünlüğünü ve devletin devamlılığını temsil eden devlet reisliği bu temsilin ve millî tesanüdün gerektirdiği tarafsızlığa kavuşturulacaktır.

-Teşriî organın icra üzerindeki murakabesi fiilî ve müessir hâle getirilecektir.

-Kanun vaz’ında ahengin ve muvazenenin temini için ikinci bir meclis kurulacaktır.

-Hakim teminatını sağlamak üzere bir Yüksek Hâkimlik Şûrası meydana getirilecektir.

-Meclis içtüzüğü, millî murakabenin icaplarına göre değiştirilerek meclis riyaset divanının tarafsızlığı sağlanacak, siyasî partilerin hakları vuzuha kavuşturulacak, milletvekilinin söz hürriyeti ve dokunulmazlığı, soru, gensoru, meclis soruşturması gibi müesseselere gerçek hüviyetleri kazandırılacaktır.²⁰⁹

MBK, çoğunluğunu sivillerin meydana getirdiği bir Bakanlar Kurulu kurmuş, bir “Bilim Kurulu” da anayasa değişikliğini hazırlamakla görevlendirilmiştir. 12 Haziran 1960 tarihli “Teşkilât-ı Esasiye Kanunu’nun Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bazı

²⁰⁸ Soysal, a.g.e., ss. 16-17.

²⁰⁹ Soysal, a.g.e., ss. 22-23.

Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında Geçici Kanun” ile çok genel çizgilerle 1924 Anayasası’nın temel mekanizmasını sürdürecektir bir metin hazırlanmış, ancak TBMM’nin yerini MBK almıştır. MBK’nın Başkanı aynı zamanda Devlet Başkanı olmaktadır. Yürütme yetkisi de Devlet Başkanınca tâyin ve Komitece uygun görülen Bakanlar Kurulu eli ile görülecektir. Bakanlar MBK üyelerinden veya 27 Mayıs 1960 tarihinde herhangi bir siyasal partiye üye olmayan vatandaşlar arasından seçilmekteydi. Başlangıçta geçici kanun adını alan metinlere 12 Temmuz 1960 tarihinden itibaren “kanun” denilmesine karar verilmiştir.

MBK üyeleri bu dönemin sonuna kadar aynı kalmadı; 13 Kasım 1960’da Devlet Başkanınca feshedilerek, bazı üyelerini dışarıda bırakacak şekilde yeniden kuruldu. Ancak zamanla huzursuzluklar artmaya başladı ve bu durumda Anayasa tasarısını hazırlamakla görevli “İstanbul Bilim Komisyonu” nun çalışmalarındaki gecikme ve metnin çeşitli çevrelerce eleştiri konusu olması da etkiliydi. MBK içindeki değişiklikten önce, Anayasa tasarısı hazırlığının, kendisinin de yer almasını öngördüğü bir Kurucu Meclis’te yapılmasını ve tasarının ondan sonra da halkoyuna sunulmasını kararlaştırmıştı. MBK, 12 Haziran 1960 tarihinde çıkaracağı yasa ile “Kurucu Meclis” in kurulmasını öngörmekteydi. 1961 Anayasasını yapan Kurucu Meclis, Millî Birlik Komitesi (MBK) ve Temsilciler Meclisinden (TM) oluşuyordu. Anayasa taslağına son şeklinin verilmesinde Temsilciler Meclisi daha yetkili kılınmıştır. TM, DP dışındaki siyasal partilerden (CHP VE CKMP), İllerden, üniversite, basın, meslek kuruluşu, sendika vb. gibi kesimlerden seçilerek gelen temsilcilerden oluşuyordu.²¹⁰Toplumun önemli bir bölümünün oyunu alan DP herhangi bir şekilde temsil edilmemiştir. Gençkaya’ya göre bir kurucu meclisin demokratik olabilmesi için, “halk tarafından genel, gizli, eşit, tek dereceli oy, açık sayım esaslarına göre ve yargı denetimi ve gözetimi altında birçok partinin örgütlenerek katıldığı bir seçimle seçilmesi gerekmektedir.”²¹¹Ancak 1961 Anayasanın yapım sürecinde, anayasanın demokratik meşruiyetini arttıracak bu hususa gereken önem verilmemiştir.

²¹⁰Tanör’e göre: “Kurucu Meclis ile Temsilciler Meclisi’nin (TM) oluşum biçimi, demokratik teori ve anlayış açısından özürlyüdü. Ama işte tam bu eşitsizlik ve kısıtlayıcılıktır ki, TM’nin DP biçimi bir taşra tutuculuğuna değil, CHP eğilimli bir kentli-aydın üstünlüğüne sahne olmasını mümkün kılmıştır.” Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, s. 373.

²¹¹Ömer Faruk Gençkaya, “Türk Siyasal Sisteminde Kurucu Meclis”, s. 241.

Temsilciler Meclisi, partisel eğilimi bakımından CHP, sosyal kompozisyonu bakımından da “aydın” ağırlıklıydı.²¹² TM, kendi içinden seçtiği 20 kişilik Anayasa Komisyonu Anayasa tasarısını hazırlamada görevlendirilmiştir. Sıddık Sami Onar başkanlığında üniversite öğretim üyelerinden oluşan komisyon kısaca “İstanbul Komisyonu” adıyla anılmaktaydı. 27 Mayıs 1961 tarihine kadar tamamlamakla görevlendirilmiş, bu süre bir defalık 15 gün uzatılabilecekti. 9 Ocak’ta seçilen İstanbul Komisyonu, Anayasa Tasarısını 9 Mart’ta Temsilciler Meclisi Başkanlığına sunmuş ve Temsilciler Meclisi’ndeki görüşmeler epey tartışmalı geçmiştir. Daha sonra MBK’da görüşülen tasarı sonucunda iki kurulun metinleri arasında bazı uyumsuzlukların yaşandığı görülmüş. 157 sayılı kanunun öngördüğü şekliyle her iki meclisten seçilecek eşit sayıda üyeden oluşan Karma Kurul’da, tartışma konusu olan maddeler ve Başlangıç kısmı ele alınarak oluşturulan yeni metin Kurucu Meclis birleşik toplantısında karara bağlanarak kabul edilmiştir. Kurucu Meclis öngörülmüş olan tarihte metni kabul ederek anayasa yapıcılığı görevini tamamlamıştır.

157 sayılı yasanın öngördüğü şekilde Anayasa tasarısı halkoylamasına 9 Temmuz 1961 günü sunulmuş. Böylece halkoylaması ilk defa Türkiye gündemine girmiş oldu. Halkoyuna sunulan Anayasa tasarısının kabul edilmemesi halinde, yeni seçim kanuna göre yapılacak genel seçimle kurulacak olan Temsilciler Meclisi, Anayasa çalışmalarına tekrar başlayacaktı. Bu durum tasarının kabul edilmemesi durumunda, askeri idarenin devam etmesini önleyici bir nitelik taşıması yönünden dikkat çekicidir. Ayrıca seçmenlerin hayır oyu vermeleri halinde, ne tür sonuçların ortaya çıkacağını bilmeleri, nispeten serbestçe hareket edebileceklerini göstermektedir. Buna karşın, halkoylaması tümüyle serbest bir tartışma ortamı içinde gerçekleşmemiştir. 157 sayılı Kanunu, Anayasa’nın halkoyuna sunulması durumunda, “Anayasanın halkoyuna sunulması tarihi ve siyasi partilerin Anayasa konusundaki propaganda serbestliği kararını Millî Birlik Komitesi verir” hükmünü içerir. Bu nedenle, kapatılan DP çizgisinin temsilcisi konumunda olan Adalet Partisi, seçmenlere sadece “oyların hayırlı olması” nı dilemek şeklinde mesajını vermiştir. Katılım oranı %80’in üstünde gerçekleşirken, geçerli oyların %61.5’i “evet”, %38.5’i ise “hayır” olarak

²¹²Tanör, *İki Anayasa 1961-1982*, 5. b., İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013, s. 10.

çıkıştır.²¹³Hayır oylarının yüksek çıkmasında DP'nin dışlanmış olması etkili bir faktördür. Dolayısıyla Anayasanın yapım süreci dikkate alındığında sivil ve demokratik olmaktan uzak olduğu görülür.

Halkoylamasının sonuçlanmasıyla birlikte, Anayasada düzenleniş şekliyle seçimlerin yapılmasını zorunlu kılan hükümler yürürlüğe girmiş oluyordu. Diğer hükümlerin yürürlüğe girmesi ise TBMM'nin seçilmesinden sonra olmuştur. Dolayısıyla Anayasaya göre kurulan TBMM'nin toplanmasıyla, MBK'nın ve Temsilciler Meclisi'nin hukuki varlıkları sona ermiş ve kendiliğinden dağılmış olacaktı. 25 Ekim 1961 günü TBMM'nin toplanmasıyla MBK rejimi tamamen bitmiştir.

2. 1961 ANAYASASI'NIN GETİRDİĞİ DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Başlangıç bölümü, 157 madde ve 22 geçici maddeden oluşan 1961 Anayasası kapsamlı bir içeriğe sahiptir. Anayasada kazüistik düzenlemelerin çokluğunda,1960 dönemi öncesinde demokrasi ve özgürlük alanında yaşanan acı tecrübelerin etkisi olmuştur. Bu Anayasayla biçimsel açıdan getirilen ilk değişiklik “*Başlangıç*” ve “*Kenar Başlıkları*” ile ilgili olmuştur. Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmı, Anayasa metnine dâhildir. Anayasa Mahkemesi vereceği kararlarda da bu kısma yollama yapacaktır. Kenar başlıkları ise, sadece ilgili oldukları maddelerin konusunu ve maddeler arasındaki sıralama ve bağlantıyı göstermekte; bu başlıklar Anayasa metninden sayılmamaktadır.

Felsefe ve amacı bakımından Anayasa, devlet karşısında bireyi yüce bir değer olarak görmekte, temel hak ve özgürlüklerin korunup, geliştirilmesi ve gerçekleştirilmesini ana hedef olarak kabul etmektedir. Yine Anayasanın en önemli özelliklerinden biri de anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesini getirmesidir. 1961 Anayasasını yapan güç devamlı iktidarda kalmayacağını bilen, iktidarı genel oy koşullarında sahiplerine verileceğini hesaba katmak durumunda olan bir güçtü. Dolayısıyla devlet iktidarının ve faaliyetlerinin üstünde anayasanın yer almasını

²¹³ Mümtaz Soysal'a göre, Anayasaya aleyhine kullanılan oy oranının yüksek oluşundaki faktör, halkoylamasının bir çeşit “plebisit” niteliği taşımasıdır. Yazar bu halkoylamasında, seçmenlerin verdiği oyları Anayasayı beğenip beğenmemekten çok, MBK yönetimine karşı tutumlarını yansıttıklarını vurgulamaktadır. Soysal, *Anayasaya Giriş*, s. 150.

benimseme arzusu buradan da kaynaklanmaktadır. Anayasanın getirdiği düzenlemeleri başlıca iki kesimde inceleyebiliriz: “Devlet İktidarının Düzenleniş Biçimi” ile “Temel Hak ve Özgürlükler Rejimi”.

2.1.Devlet İktidarının Düzenleniş Biçimi

Devlet iktidarının kullanılış biçimi, egemenliğin kullanılma biçimiyle doğrudan ilgilidir. 1961 Anayasası egemenlik anlayışı konusunda önemli bir yenilik getirmiştir.1961 Anayasasında yasama organı, 1924 Anayasasındaki durumundan farklı olarak, egemenliği kullanan organlardan sadece birisi olarak düzenlenmiştir: “Millet, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle kullanır” (md. 4/1). Böylece devlet iktidarının ve egemenliğin kullanılış çeşitli organ ve kurumlar arasında paylaştırılıp, aralarında karşılıklı fren ve denge mekanizması oluşturulmuştur.

Yasama yetkisini kullanan Türkiye Büyük Millet Meclisi kendi içinde iki kanattan oluşmaktadır: *Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu*. Millet Meclisi üyelerinin tümü halk oyu sonucunda seçilmekteydi. Cumhuriyet Senatosunun ise, yüz elli üyesi genel oyla seçilmekteyken, genel oyla seçilmeyenler iki gruba ayrılıyordu. Bunlardan Cumhurbaşkanı'nca seçilenlerin oluşturduğu on beş üyesi olan grup “kontenjan senatörü” olarak anılıyordu. Diğer grubu ise “tabii üyeler” oluşturuyordu. Tabii üyeler, eski Cumhurbaşkanı ve Millî Birlik Komitesi Başkanı ve üyelerinden meydana geliyordu. Tabii üyelerin görev süresi ömür boyu devam etmekteydi.²¹⁴ Bu hüküm ile askerî otorite yasama sürecinde sınırlı da olsa ayrıcalık elde etmiştir. Üniter bir devlet olan Türkiye Cumhuriyeti için çift meclis sistemi bir zorunluluk değil, politik bir tercih meselesidir. Yasama yetkisinin iki ayrı meclis tarafından bölüşülmüş olması, Demokrat Parti'nin otoriter niteliği ve Sartori'nin²¹⁵ deyimiyile *gerçek bir yasa yapma çılgınlığı ve yasa enflasyonu*yla ilgili bir durumdur. Literatürde çift meclis sistemi hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.

²¹⁴ Bu durumun istisnası şu şekilde belirtilmiştir: “Tabii üye olarak Cumhuriyet Senatosuna katıldıktan sonra bir siyasî partiye girenlerin tabii üyelik sıfatı, partiye girişlerinden sonraki ilk Cumhuriyet Senatosu üyeliği seçimi tarihinde sona erer.” (md. 70/2).

²¹⁵Sartori, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, çev. Tuncer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, 2. b., Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, s. 352.

İlhan Arsel çift meclis sistemini M. Lafriere'den²¹⁶ referansla, “Parlâmento selâhiyetlerinin²¹⁷, iki ayrı meclis tarafından müştereken istimal edilmesini ve teşriî vazifenin bu iki meclis marifetiyle ifasını temin eden sistem” olarak tanımlamaktadır.²¹⁸ Teziç ise karşıt bir görüş getirerek, “İkinci meclisin kanunların yapılması sürecinde daha olumlu etkileri olacaktır. Birinci mecliste yer alan çoğunluğun siyasi tercihleri, ikinci meclis tarafından toplum yararına olacak şekilde geliştirilebilir. Ayrıca ikinci meclis, birinci meclisin aceleci tutumu karşısında fren rolü oynayarak, parlâmentonun çalışmaları kapsamında duygusal davranışlar yerine, düşüncenin egemen olmasını sağlar.”²¹⁹ şeklinde ifade etmektedir. Teziç'in bu düşüncesinde, siyasal parti mensubu olan kişilerin parlâmento faaliyetleri sırasında toplum yararına olan yerine üyesi olduğu partinin çıkarlarını gözeterek hareket edebilmelerinin etkisi olduğu söylenebilir.

Tocqueville ise Amerika üzerinden örnek vererek çift meclis sisteminin eleştirisini yapmaktadır. Ona göre, yasama organının ikiye bölünmesinin getirdiği tek fayda vardır: o da yasama organını daha ağır işler hâle getirmek ve böylece hukukun dönüşümünü sağlama rolünü yüksek mahkemenin üstlenmesinin önünü açmaktadır.²²⁰ Özbudun Cumhuriyet Senatosu'nun kendisinden beklenen yararı sağlamadığını düşünerek varlığını eleştirmektedir. Cumhuriyet Senatosu'nun kanunların aceleyle getirilerek çıkarılmasına karşı bir fren unsuru oluşuna katılmayıp, bu durumun kanun teklif ve tasarılarının iki defa görüşülmesi yoluyla halledilebileceği üzerine dikkati çeker.²²¹

Yürütme görevi, Anayasanın 6.maddesinde “Yürütme görevi, kanunlar çerçevesinde, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirilir.” şeklinde ifade edilmiştir. 7 yıllığına TBMM tarafından seçilen Cumhurbaşkanı, Devleti temsil etme ve Başbakanı atama gibi yetkilere sahiptir. Anayasaya göre Cumhurbaşkanı kırk yaşını doldurmuş, yükseköğrenim yapmış TBMM üyeleri arasından seçilir.

²¹⁶ M. Lafrière, *Cours de Droit Constitutionnel*, Paris, 1947/48, p. 581.

²¹⁷ Arsel, parlamento selâhiyetlerini sadece kanunların hazırlanması işleminden ibaret görmemektedir. Bu kavramın geniş anlamda kanunların kabulü ve reddi, bütçeyi onaylama, hükümeti denetleme ve antlaşmaları onama olarak düşünmektedir.

²¹⁸ İlhan Arsel, “Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler (Birinci Kısım)”, *Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1954, s. 64.

²¹⁹ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 10. b., İstanbul: Beta Basım, 2005, s. 373.

²²⁰ Bülent Yavuz, Mahmut Bülbül, “Çift Meclis Sistemi ve Türkiye”, *Ankara, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 1, 2012, s. 223.

²²¹ Özbudun, *Anayasa Hukuku*, s. 279.

Cumhurbaşkanı'nın TBMM üyeleri arasından seçilmesi yöntemi yerine, TBMM üyeliğine seçilme yeterliliğine sahip kişiler arasından seçilmesi demokrasi ve parlamenter rejimin ruhuna daha uygun düşebilirdi. Çünkü tarafsız ve hakem Cumhurbaşkanı rolünün hayata geçirilmesi açısından sistemin işleyişini daha da kolaylaştırır ve Cumhurbaşkanı'nın parlamentoya karşı bağımsız kalmasının imkânlarından biri daha sağlanabilirdi.²²²Ayrıca Cumhurbaşkanlığı için “yükseköğrenim” koşulunun aranması Soysal'a göre, devlet yönetimindeki öncülüğü tekrardan ele geçirmeye çalışan bürokrasinin değer yargılarının bir yansımasıdır. 1950-1960 döneminde Cumhurbaşkanı'nın herhangi bir diploma şartına bağlanmamış olan öğrenim durumu ve biçimsel öğrenime toplumca verilen aşırı önem de büyük rol oynamıştır.²²³Cumhurbaşkanlığı seçiminde özel çoğunluk koşulu aranması, arka arkaya iki defa seçilmesinin mümkün olmaması ve Cumhurbaşkanı seçilen kişinin partisi ile ilişkisinin kesilmesi, görev süresinin parlamentonun dönem süresinden tamamen ayrılması Cumhurbaşkanı'nın tarafsızlığı ve partiler üstü konumu açısından önemli düzenlemelerdir.

1961 Anayasası Cumhurbaşkanlığı makamını her ne kadar parlamenter sistemin özüne uygun şekilde tarafsız, yetkisiz ve sorumsuz olarak düzenlese de, seçilmiş organlar üzerinde askeri makamlar adına vesayet denetimi yapan bir organ niteliğine bürünmüştür. Anayasanın yürürlüğü döneminde bu makamı işgal eden kişilerin asker kökenli olduğu düşünüldüğünde, Cumhurbaşkanlığının TSK açısından seçilmiş organları denetlemenin adeta bir aracı olarak tasavvur edildiği anlaşılmaktadır. Nitekim, Millî Birlik Komitesi lideri Cemal Gürsel, sivil yönetime geçildiğinde Cumhurbaşkanlığına seçilmesi yönündeki isteğini Kurucu Meclis'in sivil kanadına beyan etmiştir. Ancak sivil kanadı Cumhurbaşkanı seçme işleminin parlamenter sistemin öngördüğü şekilde TBMM'ye tanımayı tercih etmiş, bu ilkedan taviz verilmemiştir. TBMM tarafından gerçekleştirilen seçimler sonucu Cumhurbaşkanlığı makamına Cemal Gürsel gelmiştir. Burada belirtmek gerekir ki, bu seçim süreci TBMM'nin kendi hür iradesiyle neticelenmemiştir. Sivil yönetime geçişi sağlayan 15 Ekim genel seçimlerinin sonuçları TSK'nın beklediği gibi sonuçlanmamış, yeni bir darbe tehdidiyle karşı karşıya kalınmıştır. Bu tehlike de seçilmişler ile TSK arasında imzalanan 24 Ekim Protokolü'yle giderilmeye çalışılmıştır. Bu protokol doğrultusunda

²²²Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, s. 314.

²²³ Soysal, *Anayasaya Giriş*, s. 208.

seçilmişler, Cemal Gürsel'i Cumhurbaşkanlığına seçmeyi taahhüt etmişlerdir.²²⁴ 1966 yılında Cevdet Sunay'ın da Cumhurbaşkanlığına seçilmesi, Cumhuriyet Senatosu'nun kontenjan senatörü olarak adlandırılan grubuna seçilmesi suretiyle, Cumhurbaşkanlığına adaylığın ön koşulu olan TBMM üyesi olma şartı gerçekleştirilerek sağlanmıştır.

Bakanlar ve Başbakan'dan oluşan Bakanlar Kurulu yürütme işlerinin politik sorumluluğunu taşımaktadır. Başbakan, TBMM üyeleri arasından Cumhurbaşkanınca atanmakta, bakanlar Başbakan tarafından seçilmekte ve Cumhurbaşkanınca atanmaktadır. 1961 Anayasasının bir önceki anayasadan bu noktada farkı TBMM dışından bakan atayabilme olanağının bulunmasıdır. Başbakan, bakanlıklar arasında işbirliğini sağlamak ile beraber hükûmetin genel siyasetinin yürütülmesini sürdürmekle görevlendirilmiştir.

1961 Anayasasının yürütme başlığı altında düzenlediği bir başka kuruluş Başkomutanlık müessesesidir. "Başkomutanlık, TBMM'nin mânevi varlığından ayrılmaz" hükmünün yer aldığı Anayasada onu temsil etme yetkisi doğrudan doğruya Cumhurbaşkanına verilmiştir. Ancak "temsil" niteliği olan Cumhurbaşkanının durumu da sembolik olarak kalmıştır. Anayasanın 110. maddesinin 2. fıkrasında " Millî güvenliğin sağlanmasından ve Silâhlı Kuvvetlerin savaşa hazırlanmasından, Türkiye Büyük Millet Meclisine karşı, Bakanlar Kurulu sorumludur." demek suretiyle Silahlı Kuvvetlerin komutanı olan Genelkurmay Başkanının da hükûmete bağlı olduğu ifade edilmiştir. 1924 Anayasasından farklı olarak Millî Savunma Bakanına karşı değil, doğrudan Başbakana karşı sorumluluk taşımaktadır. Böylece, Genelkurmay Başkanlığı'nın devletin genel düzeni içindeki hiyerarşik konumu yükseltilmiştir.

II. Dünya Savaşı sonrasında ülkelerin özellikle ulusal savunma ve güvenlik konularında yürütme organına yardımcı olan ve ona danışmanlık hizmeti işlevi sağlayan organlar kurulmuştur. Türkiye'de 1949 yılında anayasal düzeyde olmayan, bir kanunla kurulması öngörülen Millî Savunma Yüksek Kurulu (MSYK) onlardan biri olmuştur.²²⁵ Ancak 1961 Anayasası ile MSYK'nın varlığına son verilmiştir. İktidarı kendi iradesiyle seçilmişlere devreden Silahlı Kuvvetleri, karar alma sürecinde bir tür vesayet olanağı sağlamak amacıyla kurduğu; asker ve sivil üyelerden oluşan yapısıyla Millî Güvenlik Kurulu (MGK) Türk devlet sisteminde yer almıştır. 1961 Anayasasının ilk

²²⁴Yazıcı, *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, 2. b., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012, ss. 154-155.

²²⁵ Bazı kaynaklarda MGK'nın kökeni 1922'de kurulan "Harp Encümeni" ne kadar götürülmektedir.

düzenlemesine göre Millî Güvenlik Kuruluna ilişkin 111. madde şu şekilde düzenlenmiştir: “ *Millî Güvenlik Kurulu, kanunun gösterdiği Bakanlar ile Genel Kurmay Başkanı ve Kuvvet temsilcilerinden kuruludur. Millî Güvenlik Kuruluna Cumhurbaşkanı başkanlık eder; bulunmadığı zaman bu görevi Başbakan yapar. Millî Güvenlik Kurulu, millî güvenlik ile ilgili kararların alınmasında ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcılık etmek üzere, gerekli temel görüşleri Bakanlar Kuruluna bildirir.*”

Kurulda yer alan asker üyeler, Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri komutanları olmak üzere belirli ve sabittir. Ancak Kurulun sivil üyelerinin tespiti noktasında kanun koyucu yetkili kılınmıştır.²²⁶ 11 Aralık 1962 tarih ve 129 sayılı Kanuna göre, Kurulda yer alacak sivil üyeler Cumhurbaşkanı, Başbakan, Devlet Bakanı, Başbakan Yardımcıları, Millî Savunma, Dışişleri, İçişleri, Maliye, Ulaştırma ve Çalışma Bakanlarıdır. Kurulun bu yapısına bakıldığında kararlara sivil iradenin hâkim olduğu düşünülebilir. Kurul uygulamada Cumhurbaşkanının başkanlığında nadiren toplanmış, toplantıya daha çok Başbakan başkanlık etmiştir.

Kurul tarafından alınan kararların Bakanlar Kuruluna yardımcılık etmek üzere “bildirilmesi” niteliğinde olması icrai değil istişari nitelikte bir organ olduğu izlenimini vermektedir. Dolayısıyla 1961 Anayasası döneminde, MGK’nın almış olduğu kararların Bakanlar Kurulu’nun izlediği politikalar üzerinde etkili olması, kurulun icrai bir nitelik taşımasından değil, Türk siyasal hayatında Silahlı Kuvvetlerin fiili rolünden kaynaklanmaktadır.²²⁷ Millî Güvenlik Kurulu bir nevi 1960 öncesi döneme tepki olarak siyasetçiye duyulan güvensizliğin bir sonucu olmuştur. Ayrıca Demokrat Parti iktidarı döneminde gücü iyice zayıflatılmış olan ordunun beklentisini de eklemek gerekir.

Millî güvenlik kavramına atfedilen sınırsız ve geniş anlam, Kurulun zaman zaman izlenecek politikalar hakkında Bakanlar Kurulu’na tavsiyede bulunmanın yanında yasama ve yürütme üzerinde yönlendirici bir role sahip olduğunu da göstermektedir. Kurulun gerçekleştirdiği toplantılar sonucunda kamuoyunu

²²⁶ Tarık Zafer Tunaya, kurulun karma kompozisyonun gerekçesini şöyle açıklamaktadır: “Kurul karma bir yapıya, sivil-asker karışımına sahip olacaktı. Böylece, Atatürkçü bir baraj kurulacaktı. Her zaman ve tüm varlığıyla Atatürkçü kalmış olan Ordu, Kurul’a kattığı elemanlarıyla, Türk Devrim ilkelerinin siyaset pazarında ufak para gibi harcamasını önleyebilecekti. Değişken politik kişilikler karşısında, Atatürkçülük, değişmez koruyucusunu bulacaktı. Milletçe güvenliğin temeli bu olayda saklıydı.” Seriya Sezen, “Millî Güvenlik Kurulu Üzerine”, *Ankara, Amme İdaresi Dergisi*, C. 33, S. 4, 2000, dipnot 6.

²²⁷ Yazıcı, *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, s. 85.

bilgilendirmek amacıyla yayınladığı basın bültenleri bu izlenimi vermektedir.²²⁸ Bu noktada önemli olduğunu düşündüğümüz mesele, Millî Güvenlik Kurulu'nun varlığının ve faaliyetlerinin demokratik bir düzen ile nasıl bağdaştırılabileceğidir. Çünkü demokrasisi ileri seviyede olan ülkelerde, karşı karşıya kalınan tüm sorunların çözümünde karar verme yetkisi tamamen seçilmişlere verilmesi yönündedir. Millî güvenlik dediğimiz meselenin, Silahlı Kuvvetlerin uzmanlık alanına girmesi bu gerçeği değiştirmemektedir. Bu bahsettiğimiz sistemlerde, seçilmişler millî güvenliğe ilişkin karar verecekleri zaman Silahlı Kuvvetlerden görüş almakta, diğer unsurlarla birlikte, bu görüşleri de dikkate alarak nihai kararını vermektedir. Her ne kadar 1961 Anayasası'nda Kurul istişari bir organ olarak düzenlenmiş olsa da, Türkiye'de millî güvenliğe ilişkin konularda karar alma süreci, askeri makamların tercihleri doğrultusunda şekillenmiştir. Sonuç itibarıyla, MGK 1961 Anayasasında vesayetçi anlayışın izlerinden biri olarak yer almıştır.²²⁹ Dolayısıyla Kurula anayasal bir statü kazandırılarak bu endişeler giderilmek istenmiştir.

1961 Anayasası döneminde ordunun elde ettiği yetki ve ayrıcalıklardan bir diğeri ise, geçici 4. maddenin 2. fıkrasında hukuk devleti, anayasanın üstünlüğü ve eşitlik ilkesiyle bağdaşmayan bir düzenlemeye yer vermesi olmuştur. Bu hükme göre, *“27 Mayıs 1960 tarihinden itibaren Kurucu Meclisin toplandığı 6 Ocak 1961 tarihine kadar yasama yetkisini ve yürütme görevini Türk Milleti adına kullanmış bulunan Millî Birlik Komitesi'nin ve Devrim Hükûmetlerinin karar ve tasarruflarından ve bunların, idarece veya yetkili kılınan organ ve mercilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarrufta bulunanlar ve uygulayanlar hakkında cezaî veya malî veya hukukî sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz.”* Böylece askerî yönetim süresince otoriter nitelikli ve hukuk dışı uygulamalara yargı bağışıklığı sağlanmış; Millî Birlik Komitesi üyelerinin tabii senatörlük yoluyla elde ettikleri güvence daha da sağlamlaştırılmıştır.

²²⁸Kurul'un 28 Nisan 1978 tarihinde gerçekleştirdiği toplantı neticesinde yayınladığı basın bülteninde şu ifadeler yer veriyor: “Demokratik hukuk devleti ve Anayasa kuralları içinde yargı organlarına, şiddet eylemlerinin cezalandırılıp caydırılmasında daha çok işlerlik, etkinlik ve hız kazandırmak ve şiddet eylemleri ile ilgili girişimleri zamanında önleyebilmek veya izleyebilmek için ilgili kamu kuruluşları arasında daha sürekli ve etkin bilgi akışını sağlamak üzere, alınmaya başlayan ve alınması gereken önlemleri görüşmüş ve bu konularda Hükûmete sunulacak tavsiyeleri saptamıştır”.

²²⁹ Özbudun vesayetçilik kavramını, “siyaset ve siyasetçiye belli bir güvensizlik ifade eden ve çoğunluk iktidarını bazı bürokratik denetleme mekanizmaları ile denetlemeyi ve sınırlandırmayı amaçlayan bir devlet anlayışı” olarak tanımlamaktadır. Özbudun, *Anayasa Hukuku*, s. 45.

Yukarıda anılan hüküm çerçevesinde anayasanın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan nitelikte bir diğer düzenlemesi, askerî yönetimin işlemlerine, yürürlükte yer alan diğer normlar karşısında yargı bağımsızlığı sağlayan : *“Normal demokratik rejimi bütün teminatı ile kurmak amacıyla gerçekleştirilen ve yürütülen 27 Mayıs 1960 Devrimi tarihinden 6 Ocak 1961 tarihine kadar çıkarılan kanunlar, Türkiye Cumhuriyetinin diğer 1961 tarihine kadar çıkarılan kanunlar, Türkiye Cumhuriyetinin diğer kanunlarının değiştirilmesi ve kaldırılmasında uygulanan kurallara göre değiştirilebilir veya kaldırılabilir. Ancak, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmayacağı gibi, itiraz yoluyla dahi mahkemelerde Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülemez”* hükmü olmuştur.

1961 Anayasasının getirdiği en önemli düzenlemelerden biri de yine yürütme içinde yer alan özerk kuruluşlardır. Bu özerk kuruluşlar, üniversiteler ve Radyo ve Televizyon İdaresidir. 1960 öncesinde yaşanan olaylara bir tepki olarak bu kuruluşların anayasada yer aldığı anlaşılmaktadır. Anayasadaki düzenleniş şekli de bunun bir kanıtıdır. Anayasanın 120. maddesi “üniversite organları, öğretim üyeleri ve yardımcıları, üniversite dışındaki makamlarca, her ne suretle olursa olsun, görevlerinden uzaklaştırılmazlar” ifadesiyle ve 121. maddesinde “her türlü radyo ve televizyon yayımları, tarafsızlık esaslarına göre yapılır” demek suretiyle bu düşüncüyü desteklemektedir. Türkiye açısından özerk kuruluşların varlığını genel oydan çıkmış organlara karşı güvensizliğin bir yansıması olarak düşünmek doğru olacaktır.

1961 Anayasasının önemli özelliklerinden birisi de yargı bağımsızlığını etkin kılacak kurum ve mekanizmalara yer vermiş olmasıdır. Anayasa Mahkemesi kurumunun, 1961 Anayasası’nın getirdiği belki de en önemli yeniliklerden biri olduğunu söyleyebiliriz. Anayasanın çoğunlukçu demokrasiden çoğulcu demokrasiye geçişi sağlayan önemli düzenlemelerindendir. Mahkeme, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya olan uygunluğunu denetlemektedir. Ancak Mahkeme uygulamada kendisinden beklenen asıl fonksiyondan ziyade, kanun koyucunun takdirini denetlediği, hukukilik yerine yerindelik denetimi yaptığı ve anayasanın dayandığı kuvvetler ilkesine aykırı sonuçlar doğuran yetki alanı dışındaki kararlarıyla tepkileri üzerine çekmiştir. Çalışmamızın ikinci bölümünde Anayasa Mahkemesi’nin konumunu ve sınırlarını açıklamaya çalışmamızdan dolayı bu bölümde tekrara kaçmamak adına sınırlı şekilde değinmekle yetiniyoruz.

1961 Anayasasının yargı alanındaki bir diğer önemli yeniliği ise Yüksek Hâkimler Kurulu olmuştur. Kurul yargıçların bütün özlük işlerine bakmakla yetkili kılınmıştır. Siyasal karar organlarının yargı organı üzerinde etkilerinin önlenmesinde Kurul'un bu güvenceyi sağlaması beklenmiştir. Yargının, siyasal karar organları üzerindeki denetiminde önemli yeniliği ise, İdarenin tüm eylem ve işlemlerinin Danıştay'ın denetimine tabi kılınması olmuştur. Adliye Mahkemelerince verilen karar ve hükümlerin son inceleme yeri olarak Yargıtay, Askerî Mahkemeler tarafından verilen karar ve hükümlerin son inceleme yeri olarak da Askeri Yargıtay Anayasal güvenceye alınan kuruluşlardandır. Yüksek mahkemeler arasında çıkacak görev ve hüküm uyuşmazlıklarında çözümlenmeye yetkili olarak daha önce kurulmuş olan Uyuşmazlık Mahkemesi varlığını korumuştur. Yine Anayasanın getirdiği bir diğer yenilik ise tabî hâkim güvencesi olmuştur. Böylece yargılanacak uyuşmazlıktan önce kanunla genel çerçevede ve soyut olarak görevi ve yetkileri belirlenmiş olan mahkemenin hâkimi ile yargılamalar gerçekleşecektir. Bunlar, demokratik hukuk devleti açısından olumlu yönde gelişmeler olarak anayasada yer almıştır.

2.2. Temel Hak ve Özgürlükler Rejimi

Siyasal rejim ile insan hakları arasındaki ilişkiyi, Tolga Şirin'in güzel benzetmesiyle ortaya koyabiliriz. Homeros'un ünlü destanı "Odysseia" ya göre, "siren" isminde denizkızına benzetilen varlıklar, güzel sesleriyle şarkı söylerler ve onların cazibesine kapılan denizcileri kendilerine çekip afiyetle yerler. Destanın kahramanı Odysseia, çıktığı uzun deniz yolculuğunda, sirenlerin sesine karşı koyamayacağını düşünür ve bu durumun da kendi felaketini getireceğini bilerek, sirenlerle karşılaşmadan önce kulaklarını bal mumu ile tıkar ve mürettebatına da kendisini gemi direğine bağlamalarını söyler. Odysseia böylece sirenlerin cezbedici sesleri karşısında direnebileceğine inanır.

Aynı şekilde anayasa yapma işi de uzun bir deniz yolculuğuna çıkmaya benzer. Anayasada yer alan, "ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi" sağlamak, "temel hak ve hürriyetlerini, sosyal adâlet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamayacak surette sınırlayan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırmak, insanın maddî ve mânevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak" fırtınalarla, sorunlarla ve engellerle dolu uzun ve meşakkatli bir yolculuğa benzer. Bu süreçte, sirenlerin sesine

kapılmak misali, iktidarda olmanın cazibesine kapılmak da olasıdır. Lord Acton'un meşhur sözü, "İktidar yozlaştırır, mutlak iktidar mutlak yozlaştırır." bunu doğrulamaktadır. Dolayısıyla siyasal iktidar, geminin kaptanı Odysseia'nın kendini gemi direğine bağlatması gibi, kendini peşinen sınırlayıp anlık değil uzun vadeli amaçlara göre hareket etmesi gerekir. Çünkü bu felaketten kendisiyle birlikte tüm toplum etkilenecektir. Peki bunun yolu nedir? Hakların güvence altına alındığı ve kuvvetler ayrılığı sisteminin anayasada yer alması ve uygulanması ile olacaktır.²³⁰

İnsan hakları, en genel anlamıyla, insanın herhangi bir ayırım yapılmadan sadece insan olmasından kaynaklanan sahip olduğu değere ilişkin bir haktır. İnsan haklarının felsefi ve düşünsel temellerine baktığımızda, insanlık tarihi kadar eski olmakla birlikte, çağdaş insan hakları anlayışı, 17. ve 18. yüzyılların bir ürünüdür. Bu haklar anayasalara "temel hak ve özgürlükler" olarak girmiştir. Bireylere tanınan hak ve hürriyetlerin felsefi arka planına baktığımızda, iki yaklaşım görüyoruz. İlki *tabii* hukukçuların yaklaşımını içerir; onlara göre insanlar bu haklara yaradılıştan sahiptir. İnsanların beraberlerinde getirdikleri, doğuştan kendilerine ait olan bu tabii, devredilmez, dokunulmaz ve vazgeçilmez hakları, devlet tanımak ve onlara saygı göstermek zorundadır. İkinci görüş ise hak ve özgürlüklerin temelini *siyasal bir inanç*'a dayandırmaktadır. Bu görüşe göre, hak ve hürriyetlerin, insanın maddi ve manevi varlığının gelişimi için gerekli olduğu, dolayısıyla bu bilinci taşıyan toplum ile hürriyete dayalı bir düzenin kurulacağı düşüncesi yer alır.²³¹

Türkiye'de tarihsel olarak insan haklarının fikri kökenleri 3 Kasım 1839 tarihli Tanzimat Fermanı ile atılmıştır. Bu ferman ile can, mal ve ırz güvenliği; yasallık ve eşitlik ilkeleri, "kanunsuz suç ve ceza olmaz, yargılamasız kimseye ceza verilemez" ilkesi, vergi ve yargı işlemlerinin yargıyla gerçekleştirilmesi buyruğu yer almıştır. İlk Osmanlı-Türk Anayasası olan 1876 Kanun-i Esasi, Tanzimat Fermanı'nda yer alan kişi özgürlüklerini somutlaştırmıştır. Uygulama dönemi kısa süren bu ilk Anayasa 1908 yılında tekrar yürürlüğe konularak 1909'da önemli değişikliklere uğramıştır. Bu değişiklikler bağlamında parlâmenter rejim sistemini benimsemiş, basın özgürlüğü ve kolektif özgürlüklere ilişkin düzenlemeler yer almıştır. 1924 Teşkilat-ı Esasiye ise eğitim hakkı dışında doğal hukuk anlayışını benimsemiştir. 1961 Anayasası, Cumhuriyet'i "İnsan haklarına dayanan" lâik ve sosyal bir hukuk devleti olarak

²³⁰İbrahim Ö. Kaboğlu, *Türkiye'nin Anayasa Gündemi*, 1. b., İstanbul: İletişim Yayınları, 2016, ss. 49-50.

²³¹Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 7. b., Ankara: Yetkin Yayınları, 1993, ss. 141-142.

tanımlamış, hak ve özgürlükler açısından doğal hukuk anlayışını benimsemekle birlikte, sosyal hakları da tanıyıp düzenlemiştir.

1961 Anayasasının dikkat çeken özelliklerinden birisi temel hak ve özgürlüklerin uzun ve etraflı bir şekilde düzenlenmiş olmasıdır. Anayasanın böyle bir düzenlemeye gitmesinde elbette geçmiş tecrübelerin etkisi vardır. 1924 Anayasası sisteminin –temel hak ve hürriyetlerin genel formüllerle belirtilerek, düzenlemede yasama organına geniş takdir yetkisi tanıyan sistemin- pratikte hürriyetlerin ortadan kalkmasına varacak derecede alabildiğine kısıtlamalara imkân vermiş olması, kurucular üzerinde uyarıcı bir etki yapmış ve onları bir kere daha eski sistemi denemekten kaçınmaya yöneltmiştir.²³²

Anayasaların hak ve özgürlükleri sadece tanıması yeterli olmamakta aynı zamanda güvence hükümleriyle bunları desteklemesi gerekmektedir. Bu nedenle de anayasada temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümlerin ideal biçimde formüle edilmesi gerekir. Bu noktada, Anayasa Mahkemesi yasama organına karşı bir güvence unsuru olarak siyasal sistemde yer almıştır. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi'nin işlevini yerine getirebilmesi için özgürlükçü bir bakış açısına sahip olması gerekir. Ancak Anayasa Mahkemesi insan hakları açısından özgürlükçü yaklaşım yerine kimi durumlarda otorite eksenli kararlar verebildiği görülmüştür.

Temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi ve sınırlandırılması konusunda Anayasa, dört önemli ilke getirmiştir. Bunlar, ancak anayasada belirtilen belli nedenlerle, anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, kanunla²³³ yapılmalı ve son olarak da hiçbir şekilde ve hâlde hak ve özgürlüğün özüne dokunulamayacağı şeklinde belirtilir. Böylece, hukuk sistemimizde yeni bir kavram ortaya çıkmıştır: sınırlamalar esnasında mutlaka korunması gereken bir “öz”. Dolayısıyla, buna müdahale edildiği zaman temel hak ve özgürlük de ortadan kalkmış olacaktır.

²³²Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s. 118.

²³³ Ancak Anayasa Mahkemesi'ne göre, kanunla yapılması icap eden düzenlemenin yürütme organına bırakılması, (tedbirde gecikme) düşüncesiyle gerekebilir. Türk Anayasa Mahkemesi bunu bir zaruret olarak görüyor: “Kanunlarda ...etraflı ve teknik hususlara yer verilemeyeceğinden ...yürütme organına yetki tanınması zaruridir.”(7.3.1963- 62/281, 63/52), diyor. Zaruretin gerekçesini de şöyle açıklıyor: “Çünkü alınacak tedbirlerin, zamana ve tatbikatın gidişine göre, değiştirilmesi veya kaldırılması ihtiyacı zaman zaman duyulacak ve tedbirlerin tayin ve tesbitini kanunlara bırakmak bunların vaktinde alınmaması, yeni tedbirler kanunlaşınca kadar geçecek zamanda, kanun koyanın amacına uygunluğunu kaybeden veya artık yetersiz hale gelen hükümlerin devamı neticesini doğuracaktır.” (aynı karar) Bülent Nuri Esen, *Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı*, Ankara, A.Ü. Basımevi, 1966, s. 66.

Anayasa Mahkemesi'nin öz güvencesi bakımından ölçütünü, “kanunun koyduğu sınırlama, özgürlükleri ortadan kaldırmamalı, temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirici, amacına ulaşmasına engel olucu ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşımamalıdır” şeklinde ifade eder.²³⁴ Soysal'a göre bir hakkın özü, “her temel hak açısından kişiye, dokunulmaz, asgari bir alan güvencesi veren, artık daha fazla sınırlama yapılmasını olanaksız kılan bölümdür, mutlak çekirdektir.”²³⁵

Temel hak ve özgürlükler içinde önemli bir felsefi değere sahip olan “düşünce hürriyeti” diğer hakların da ana kaynağı olarak yer aldığı için bu hususa ayrıca değinmeye çalışacağız. Örneğin 1961 Anayasası'nda yer alan dernek kurma, toplanma, seçme ve seçilme gibi temel hak ve özgürlükler ancak düşünce özgürlüğünün varlığı hâlinde bir anlam kazanır. Liberal hukuk teorisinde ayrıcalıklı bir yere sahip olan düşünce özgürlüğü için 1961 Anayasasında sınırlama sebebi öngörülmemiştir. Ancak yasalarda çok sayıda “düşünce suçu” yer almaktaydı, bunlardan Anayasa Mahkemesine gönderilenler de anayasaya aykırı bulunmamıştır. Düşünce özgürlüğünde önemli sorun düşünceleri açıklama özgürlüğünün ne durumda olduğudur. Kişinin düşüncesini açıklayıp yaymadıktan sonra kendi iç dünyasında kalan düşüncenin korunması “düşünce özgürlüğü” kapsamında değerlendirmek yanıltıcı olur. Nitekim bu durumu Tanör düşünce özgürlüğünü “düşünme özgürlüğü” ne indirgemek olarak değerlendirmektedir.²³⁶

Düşünce hürriyetinin özü konusunda Sulhi Dönmezer, “önceden denetlenemezliğini” öngörmektedir. Bir başka ifadeyle, düşünce açıklamalarına sansür konmadıkça, öze de dokunmuş sayılamaz.²³⁷ Bununla birlikte düşünce hürriyetinin muhtevaca sınırlılığını savunurken pek tabii olarak, bu sınırlamaların bazen öze dokunabileceğine işaretler şunları belirtmektedir:

“Fihakika yukarıda da arzettiğimiz gibi fikir ve düşüncelerin, kanatların bizatihî üstün değeri vardır. Topluluk fikir ve kanaatların nefislerinde taşıdığı değerden, meselâ sosyal adalet yahut kamu menfaati yönünden arzedecekleri cüz'i bir muhtemel tehlike dolayısıyla yoksun hale getirilmemelidir. Binnetice yapılacak şey bir hesap ve muvazenedir. Fikir ve

²³⁴ E. S.: 1976/27, K. 1976/51, K.T. 18/22.11.1976.

²³⁵ Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 6. b., İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1990, s. 198.

²³⁶ Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 3. b., İstanbul: BDS Yayınları, 1994, s. 59.

²³⁷ Sulhi Dönmezer, “Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı, Hürriyetin Özüne Dokunan Sınırlamalar”, *İstanbul, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24, S. 3, 1963, s. 777.

kanatların taşıdıkları üstün değerle bundan Devlet ve toplum için husule gelebilecek tehlikenin dengeleştirilmesi ve fikrin çok üstün değeri karşısında kamu için mevcut tehlike ihtimalinin çok cüz'î bulunması halinde sınırlamanın hürriyetin özüne dokunmuş sayılması icap edeceğinin kabulü uygun olur."²³⁸

Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin özü, sınırlanması ve kötüye kullanılmamasını düzenleyen 11. maddesi 1971 değişikliyle birlikte genel bir sınırlama sebebi olarak sayılıp sayılmayacağı önemli bir tartışma konusu olarak yer almıştır. Soysal'a göre, " madem ki 11. madde bütün hürriyetlerin sınırlanabilir nitelikte olduğunu belirtmek için konmuştur, o hâlde, hangi hürriyetin ne gibi sebeplerle sınırlanabileceğini özel ve açık bir şekilde gösterme ihtiyacını neden gerekli bulmuştur? Eğer bütün hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması kanunla ve hürriyetin özüne dokunmadan yapılması yeterli olsaydı, özel sınırlama sebepleri yer almazdı"²³⁹ şeklinde düşüncesini ortaya koyuyor. Meselâ, seyahat hürriyeti "ancak millî güvenliği sağlama ve salgın hastalıkları önleme amaçları ile" sınırlanabilir (m.18/1). Basın ve haber alma hürriyeti "ancak millî güvenlik, genel ahlâk, kişi haklarını koruma ve kamu düzeni ile ilgili iki durum (suç işlemeye kışkırtmayı önlemek veya yargı görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak) sebebiyle (m.22/3) sınırlanabilir. Toplantı hürriyeti "ancak kamu düzenini korumak için) sınırlanabilir (m. 28/2). Dernek kurma hürriyeti "ancak kamu düzeni veya genel ahlâk" sebebi ile sınırlanabilir (m.29). Mülkiyet ve miras hakları, çalışma ve sözleşme hürriyetleri ve özel teşebbüs kurma hakkı "ancak kamu yararı amacı ile" sınırlanabilir. Dolayısıyla Anayasa bazı temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını belirli sebebin varlığına bağladığı görülmektedir.

1961 Anayasası hürriyeti kaide, sınırlamayı ise istisna olarak kabul ettiğine göre, sınırlama sebebi özel ve açık olanlar sınırlanabilir demektir. Sınırlama sebebi gösterilmeyenlerse, sınırlanması mümkün olmayan hürriyetler olarak düşünülebilir. Bazı hak ve özgürlükler vardır ki, tabiat ve mahiyetleri gereği sınırlandırılması söz konusu değildir. Meselâ, "insan haysiyeti ile bağdaşmayan ceza konulamaz" (m.14/4), "Kimse dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz" (m.19/3), "Kimse düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz" (m.29/2), "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte

²³⁸ Dönmezer, "Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı, Hürriyetlerin Özüne Dokunan Sınırlamalar", s. 779.

²³⁹ Mümtaz Soysal, "Anayasa Hukuku Açısından Kapalılık ve Açıklık Kavramları", *Ankara, AÜSBF Dergisi*, C. 23, S. 1, 1968, s. 268.

bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilinden dolayı cezalandırılmaz” (m. 33/1) hükümleri bu kategoride yer alır.

Anayasanın 11. maddesini “düşünce hürriyeti” açısından sınırlama sebebi olarak kabul etsek bile, bu maddede yer alan kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi kavramlara dayanarak sınırlandırma çok mümkün değildir. Kamu yararı gibi oldukça esnekliğe sahip, siyasî ve takdirî nedenlerle hakkın sınırlanabileceğini kabul etmek hürriyetlerin en narini ve en aslisi olan düşünce hürriyetinin özüne dokunmaktan başka bir sonuç vermezdi. Ayrıca bir düşüncenin kamu yararına uygun olup olmadığının tesisi bir hukuk meselesi değil, politik tercih meselesidir. Anayasa Mahkemesi bu denetimi yaparken, yerindelik denetimine de kapıları açmış olur. Örneğin sosyal adalet gerekçesiyle düşünce hürriyetinin sınırlandırılması düşünülemez bile. T. Güneş’in²⁴⁰ de belirttiği gibi, sosyal adalet kavramı iktisadi ve sosyal hakların düzenlemesiyle ilgili bir kavram olup düşünce hürriyetlerinin sınırlandırılmasında herhangi bir role sahip olmaması gerekir. Düşünce hürriyetinin millî güvenlik gerekçesiyle sınırlandırılmasında ise dikkat edilmesi gereken husus, millî güvenliğin herhangi bir ideolojinin ve siyasî felsefenin korunup esirgenmesi gibi bir anlamı olmadığıdır.²⁴¹Yine “kamu düzeni” gerekçesiyle belli fikirlerin açıklanmasını, yayılmasını ve savunulmasını yasaklamak demokratik bir toplum düzeninin ilkelerine ters düşer. Kamu düzenini korumak, belli bir ideolojiyi değil, sosyal ve hukuki düzenliliği korumayı gerektirir.²⁴²

Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını meşru gösteren sebeplerin varlığı halinde sınırlama caiz olmakla beraber bunun bir ölçüsü vardır. Kanaatimizce, sınırlama sebeplerinin varlığına karar verebilmek için iki prensip vardır: Anayasa’nın dayandığı temel ilkeleri dokunulmaz halde tutmak ve devletin varmak istediği amaçlara erişmek. Bu esaslar hürriyet olmaksızın gerçekleşemez. Ancak, gerçekleşmeleri hürriyetin

²⁴⁰ Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, 1. b., Ankara: A.Ü Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1965, s. 110.

²⁴¹ Anayasa Mahkemesi, 38 sayılı Anayasa Nizamını, Millî Güvenlik ve Huzuru Bozan Bazı Fiiller hakkındaki kanunun 27 Mayıs Devriminin meşruluğunu tenkid eden fikirlerin açıklanmasını yasaklayan hükümlerin Anayasaya uygunluğuna karar vererek, düşünce hürriyetinin “millî güvenlik” sebebiyle sınırlanabileceğini kabul etmektedir. (E. 1963/16, K. 1963/83, K.T. 8.4.1963)

²⁴²Tanör, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası*, ss. 137-152.

sınırlanmasını da gerektirebilir. Bunu da hürriyet namına toplumun bu amaçlara varmasını engelleyecek durum ortaya çıkıyorsa yapabilmelidir.²⁴³

Anayasa hürriyetlerin yaşaması için gerekli sosyal ortamı da yaratmaya çalışmıştır. Bunun için özellikle siyasal partilerin demokratik toplum düzeni içindeki fonksiyonu üzerinde ayrıca durulmuştur. Anayasanın 56. maddesinde, Siyasal Partilerin, ister iktidarda, ister muhalefette olsunlar demokratik siyasal hayatın vazgeçilmez unsurları olduğuna hükmeder. Maddenin ruhu, iktidar partisinin diğer partileri kapatamayacağı veya seçimlerde temelli bir rol oynayamayacak şekilde baskı altında tutamayacağı fikrini vermektedir.²⁴⁴ Ancak Michels, politik partilerin örgütsel yapıları ile demokrasinin gerekleri arasında ne derece bir uyumun olduğu konusundaki çalışmasında (*Political Parties: A Sociological Study of the Oligarchical Tendencies of Modern Democracy- Politik Partiler: Modern Demokraside Oligarşik Eğilimlerin Sosyolojik İncelemesi*); partilerin örgütsel yapılarında oligarşik bir eğilimin varlığını gözlemiş ve bu eğilimin sadece sol partilerde değil, aynı zamanda sağ partilerde de mevcut olduğunu ileri sürmüştür. Politik partilerdeki bu eğilimi, “Oligarşinin Tunç Kanunu” olarak adlandıran Michels, bir elit grubun hâkim olduğu ve bu grubun bir çeşit kooptasyon yöntemiyle partinin ileri dönemlerindeki lider kadrolarını da kontrol altında tuttuğunu ifade etmek ister.²⁴⁵ Michels bu gözlemini kendi zamanının Alman Sosyal Demokrat Partisi üzerinden aktarmaktadır. Her ne kadar örgütlenme hakkındaki bu tartışma dar bir gözlem alanı çerçevesinde oluşturulmuş olsa da Türkiye de dâhil olmak üzere partilerin genel bir eğilimini yansıttığını söyleyebiliriz.

1961 Anayasası'nın göz ardı edilen belki de en cesur özelliği liberal anayasacılığı “sosyal anayasacılık” ile tamamlamış olmasıdır. Bununla ifade edilmek istenen, bireyi, insan onuruna yaraşır bir yaşam sürebilmesi için sosyal ve ekonomik haklarla donatması²⁴⁶ ve devlete bu alanda yükümlülükler yüklemesidir. Devlet üzerine düşen ödevlerin yerine getirilmesinde ekonomik gelişme ve malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde hareket edebilecektir. Bu hüküm, gerekçede de belirtildiği gibi, devletin “her şeyi yapmak isterken hiçbir şey yapamaz duruma düşmesini” önlemeyi

²⁴³Bülent Nuri Esen, *Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı*, 1 .b., Ankara: A.Ü. Basımevi, 1966, s. 56.

²⁴⁴Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, s. 235.

²⁴⁵ Sarıbay, *Global Bir Bakışla Politik Sosyoloji*, ss. 155-156.

²⁴⁶ Kaboğlu, *Türkiye'nin Anayasa Gündemi*, s. 20.

hedeflemektedir.²⁴⁷Bununla beraber, devlete kamulaştırma ve devletleştirme gibi bu doğrultudaki hedeflerini gerçekleştirebileceği yetkiler verilmiştir.

3. 1971 VE 1973 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN KAPSAM VE NİTELİĞİ

Demokrat Parti'nin devamı olduğunu ilân eden Adalet Partisi 1961 Anayasasını hiçbir zaman benimseyememiş ve her şeyden önce anayasanın özgürlükler düzenini çok geniş tuttuğundan yakınmıştır. 1969 genel seçimlerinden sonra kamuoyunda eleştirilerin artması, eğitim sistemindeki yetersizliğin yer yer öğrenci tepkilerine yol açması, toplumda giderek şiddet eylemlerinin artması karşısında yetersiz kalan iktidar sahipleri, Anayasayı bu durumdan suçlu bulmuştur. Gerek hükûmetin gerekse de parlamentodaki çoğunluğun yetkilerine getirilen sınırlamalarla eli kolu bağlı iş yapamaz duruma geldiğini ileri sürmekteydi. Danıştay ve Anayasa Mahkemesi üzerinden sağlanan yargı denetimi de iktidarları âdeta etkisiz hale getiriyordu.²⁴⁸Neticede, “artık bu Anayasa ile devlet yönetilemez” düşüncesi yer edinmeye başlamıştı.

Olayların gittikçe büyümesi üzerine Genelkurmay Başkanı ile Kuvvet Komutanları, 12 Mart 1971 tarihinde verdikleri Muhtıradan, “Parlamento ile hükûmet, süregelen tutum, görüş ve icraatı ile yurdumuzu anarşi, kardeş kavgası, sosyal ve ekonomik huzursuzluklar içine sokmuş, Atatürk'ün bize hedef verdiği çağdaş uygarlık seviyesine ulaşmak ümidini kamuoyunda yitirmiş ve anayasanın öngördüğü reformları tahakkuk ettirememiş olup Türkiye Cumhuriyeti'nin geleceği ağır bir tehlike içine düşürülmüştür” diyordu. Muhtıranın ardından kurulan hükûmetin partiler üstü başkanı Nihat Erim²⁴⁹, yabancı basın temsilcileriyle yaptığı bir toplantıda 1961 Anayasası hakkındaki görüşünü şöyle özetlemişti: Bu anayasa bizim için “lüks” sayılırdı.

²⁴⁷Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s. 123.

²⁴⁸Mümtaz Soysal'a göre, “Sınırlamalar, parlamentoya ya da yürütme organına bir yavaşlık getiriyorsa, bu yavaşlık ya da olanaksızlık, ancak Anayasayla Türk insanına tanınmış haklar ve özgürlükler doğrultusunda olmayan davranışlar bakımındandı.” Yoksa Anayasanın hakların gerçekleştirilmesi konusunda yavaşlaştırıcı ya da olanaksızlaştırıcı etkisinden söz edilemezdi. Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, ss. 108-109.

²⁴⁹Nihat Erim bu doğrultuda, anayasa değişikliğinin gerçekleştirilmesi konusunda somut baskıların var olduğunu gösterir şekilde açıklamaları olmuştur: “Eğer kumandanların üzerimde bir baskısı söz konusu ise, bu sadece Anayasa değişikliklerinin bir an evvel yapılması, yeni kanun tasarılarının bir an evvel hazırlanması içindir. Böylelikle bir an evvel kendi asıl işlerine dönmek istemektedirler.” Cumhuriyet Gazetesi, 7 Haziran 1971.

Dolayısıyla 12 Mart öncesinin sorumluluğu asıl görev sahiplerine değil, Anayasaya yüklendiği için muhtıranın yarattığı olağanüstü dönemden olağan döneme geçişin ana koşullarından biri anayasanın değiştirilmesi olmuştur. Bu durum bir yandan anayasa değişikliklerine meşru bir gerekçe kazandırabilmenin dayanağı olmuştur. Yarı askerî yönetim döneminde 1961 Anayasası üç kez değişikliğe uğramıştır. Bunlardan ilki partilerin ve parlamento üyelerinin maddi durumlarını düzeltme yönünde olmuştur. 12 Mart'tan sonra yapılan ikinci ve üçüncü değişiklikler ise çok daha önemli olup Anayasaya farklı bir nitelik kazandırmıştır. Yapılan değişiklikler genel olarak, temel hak ve özgürlükler alanı birey aleyhine daraltılmış, yargının yetkilerine bazı sınırlandırmalar getirilmiş; buna karşılık askerî otoritenin sahip olduğu yetkiler güçlendirilmiştir.

1961 Anayasası'na yöneltilen eleştirilerin odak noktası “yürütmenin zayıflatıldığı” yönündeydi. Anayasada yapılan değişiklikler de temelde bu amacı gütmektedir. Yürütmenin çabuk ve etkin iş görme olanaklarından yoksun olduğu yakınmaları karşısında değişiklikler ile Bakanlar Kurulu'nun vergi ödevinin saptanması konusunda yetkili kılındığı ve kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisiyle donatıldığı görülmektedir. Ayrıca meclisin gensoru yetkisini kullanma şekli yeniden düzenlenerek, sınırlandırılması yoluna gidilmiştir.

1961 Anayasası, hak ve hürriyetleri tanımakla birlikte onların gelişimi için de gerekli ortamı sağlamaya çalışmıştı. Bilimin ve düşünce ortamının gelişmesi ve aydınlık bir kamuoyunun oluşabilmesi açısından önemli role sahip olan Üniversiteler ve Radyo ve Televizyon Kurumu bu amaçla yer alıyordu. Yürütme içinde yer alan bu özerk kuruluşların (Üniversite, TRT) özerkliğini azaltıcı ya da ortadan kaldıracı değişiklikler yoluna gidilerek devletin gözetim ve denetimi altına sokulmaya çalışılmıştır. Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumuyla ilgili olan değişiklikte 121. maddeden “özerklik” kelimesi çıkartılarak yerine “tarafsızlık” ilkesi getirilmiştir. Haber ve programların seçimi, işlenmesi ve sunulmasında “devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, insan haklarına dayanan millî, demokratik, lâik ve sosyal Cumhuriyetin, millî güvenliğinin ve genel ahlâkın gereklerine uyulması” gibi oldukça yoruma açık davranış kuralları getirilmekteydi. Ayrıca düşünce özgürlüğünün bir sonucu olan haberleşme özgürlüğüne getirilen düzenleme 1961 Anayasası'nın özgürlükçü ruhuna aykırı bir gelişme olmuştur.

Bu da bir nevi yürütmenin iç yapısında merkeziliğe dönüş olarak yürütmenin içten güçlendirilmesi olarak düşünülebilirdi.

Askerî gücün siyasal iktidar karşısında yeni üstünlükler elde ettiği düzenlemeler, değişikliklerin bir diğer boyutunu sergiliyordu. Meselâ, asker kişilerle ilgili idari işlemlerin denetimi Danıştay'dan alınarak, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi adıyla oluşturulan yeni bir kuruluşa verilmiştir. Askerî Mahkemelerin asker olmayan kişiler üzerindeki yetkisi, getirilen düzenlemeye göre şu şekilde genişletilmiştir: “Askerî mahkemeler asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askerî suçları ile kanunda gösterilen görevlerini ifa etdikleri sırada veya kanunda gösterilen askerî mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlara bakmakla görevlidirler.” Görülüyor ki bu değişiklikle, Anayasa'nın askerî otoriteye yargı düzeni içinde sunduğu yetki ve ayrıcalıklar genişletilmiştir.

Olağanüstü yönetim usullerinden olan sıkıyönetimin ilanını gerektiren sebepler kolaylaştırılmış²⁵⁰ ve bu da sıkıyönetim ilanı ile yetkileri genişleyen askerî otoriteyi ülke yönetiminde daha etkili kılmıştır. Bununla birlikte, Anayasaya eklenen geçici madde ile Sıkıyönetim Mahkemelerinin yargı yetkisi ileriye dönük genişletilmiştir. Bu hükme göre, “Sıkıyönetimin kaldırıldığı tarihte Sıkıyönetim Mahkemelerinde görülmekte bulunan davalar sonuçlandırılıncaya kadar bu mahkemelerin görev ve yetkili devam eder.” Böylece, bu mahkemelerde görülmekte olan davaların sıkıyönetim uygulamasının sona ermesinin ardından da görülmesine devam edilmesi sağlanarak, askerî iradenin sivil yönetim şartlarında etkisini sürdürmesine ortam sağlanmıştır.

Türk Silahlı Kuvvetleri'nin mallarının denetimini gerçekleştiren kurum olan Sayıştay'ı düzenleyen maddeye, “Silâhlı Kuvvetlerin elinde bulunan Devlet mallarının Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlenmesi usulleri, Millî savunma hizmetlerinin gerektirdiği gizlilik esaslarına uygun olarak kanunla düzenlenir.” şeklinde bir fıkra eklenmiştir. Sayıştay'ın denetim kapsamının dışına çıkarılarak, diğer kamu kuruluşlarının karşısında ayrıcalık kazanırken, demokrasinin gereği olan yönetimde şeffaflık ilkesi de zedelenmiştir. Hâlbuki, tüm kamu harcamalarının asker-sivil ayrımı gözetilmeksizin denetlenmesi gerekirdi.

²⁵⁰Gerekeç olarak, “ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren veya Anayasa'nın tanıdığı hür demokratik düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketleri” ifadeleri eklenmiştir.

Anayasanın Millî Güvenlik Kurulu'nu düzenleyen 111. maddesi 1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunla değişikliğe uğramış, askerî iradenin kurul içindeki rolü güçlendirilmiştir. Değişiklikten önce kurula katılan asker üyeler için kuvvet temsilcileri ifadesi yer alırken değişiklikten sonra kuvvet komutanları şeklinde hükme bağlanmıştır. Diğer yandan, değişiklik öncesinde bir yardımcı kurul olduğunu belirtmek için “yardımcılık etmek üzere” ifadesi anayasada yer alıyordu, bu ifade çıkarılarak “tavsiye eder” ibaresi konmuştur. Buna rağmen Millî Güvenlik Kurulu'nun ve kararlarının istişari niteliği değişmemiştir. Ancak, bu durum MGK kararlarının manevi bağlayıcılığını arttırıcı bir değişikliğe işaret ettiğini gösteriyor.

Türk toplumunun hürriyetçi düzene geçişi inişli çıkışlı bir gelişme göstermiştir. 1971 değişiklikleri de bu duraklama ve gerileme dönemlerinin sinyalini vermiştir. Temel hak ve özgürlükler açısından özgürlüğü temel, sınırlamayı ise istisna alan anayasa yerine devlet otoritesinin kişi ve toplum aleyhine genişlemesi söz konusu olmuştur. Değişiklikten önce 11. maddenin kenar başlığında “Temel hakların özü” ifadesi yer alırken yeni halinde “sınırlanması ve kötüye kullanılmaması” olarak düzenlenmiştir. Başlıklar arasındaki bu fark bile iki anlayış arasındaki farkı ortaya koymaktadır. Yapılan değişiklikten sonra, bu ilke tersine çevrilmiş ve sınırlamanın asıl olduğu düşüncesini uyandıracak bir formül getirilmiştir.²⁵¹ Ancak burada belirtmek gerekir ki, hakların kötüye kullanılmaması hukukun koyduğu temel kurallardan biridir. Anayasada yazılı olarak tekrarlanmasın veya tekrarlanmasın, hukuk kötüye kullanılan hakkı korumaz. Hakların ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla bu temel kuralın tekrarlanmış olması hiçbir yeni güvence getirmez. “Hakkın kötüye kullanılmaması” hukukun koruduğu temel bir ilkelerden biriyken değişiklikler sonucunda bunun geniş anlamlar yüklenerek kullanılması, Soysal'ın da belirttiği gibi: “kişi hakları, genellikle, kişiyi devlete karşı koruyan haklardır; değişikliklerden sonra ise, Anayasadaki haklar düzeninin temel endişesi, devleti kişiye karşı korumak olmaktadır” düşüncesini doğurmaktaydı.²⁵² Bu düzenlemelerle, anayasacılığın gereği olarak saydığımız bireyin özgürlükler alanının anayasal olarak tanınıp, iktidarın keyfi kullanımına karşı korunması amacına aykırı hareket edildiğini söyleyebiliriz.

²⁵¹Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s. 132.

²⁵² Soysal, a.g.e., s. 95.

Yargı alanında yapılan değişiklikler sonucunda yargı bağımsızlığı zedelenmiş, iktidar üzerindeki yargı denetiminin etkinliği azaltılmıştır. Siyasal nitelikte suçlara bakmak üzere kurulan Devlet Güvenlik Mahkemeleri ile yargı bağımsızlığı ve bütünlüğü ağır darbe almıştır. Bu mahkemelerde görev alacak olan hâkim ve savcılar arasında siviller yanında askeri üyeler de bulunmaktadır. Mahkemenin kurulması askerî otoriteye yargı düzeni içinde önemli bir yetki kazandırmıştır. Bununla beraber, Mahkeme üyelerini atamada Bakanlar Kurulunun oynadığı rol de düşünüldüğünde siyasal iktidarın etkisine ne kadar açık olduğu görülmektedir. Anayasada yer alan “mahkemelerin bağımsızlığı” ilkesi ile nasıl bir çelişki içine düştüğü ortadadır. Üstelik Devlet Güvenlik Mahkemeleri, Sıkıyönetim Mahkemelerinden farklı olarak geçici değil, sürekli olarak kurulmuştur. Anayasa’nın ilk hâlinde idarenin hiçbir eylem ve işleminin, hiçbir Şekilde yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamayacağı düzenlenmişken, 1971 değişikliği ile idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır Şeklinde daha yumuşatılmış bir ifade kullanılmıştır.

1971 değişikliğiyle Yüksek Hâkimler Kurulu’nun ye sayısı azaltılmış ve üyelerin yalnızca Yargıtay Genel Kurulu’nca kendi yeleri arasından seçilmesini benimseyen düzenleme getirilmiştir.²⁵³Bylece Kurulun yasamayla olan bağı koparılmıştır. Ayrıca bir diğer önemli değişiklik de, Adalet Bakanı’nın Yüksek Hâkimler Kurulu’nun toplantılarına gerekli gördüğü hallerde başkanlık edebilmesi olmuştur. Bu düzenleme doğrultusunda Adalet Bakanı yoluyla Kurulun yürütme erkinin etki alanına girmesi mümkün hale gelmiştir. Adalet Bakanı’nın, bir hâkim hakkında disiplin kovuşturulması açılması amacıyla kurula “başvurabilmesi” değişiklik sonucu “isteyebilme” gibi daha güçlü bir yetkiye dnştrlmştir. Son olarak da hâkimlerin denetimi, belli konularda Yüksek Hâkimler Kurulu’nca görevlendirilecek hâkimler eliyle yapılmaktayken, sürekli olarak görevli müfettiş hâkimler eliyle yapılmaya başlanacaktır.

1971 değişikliklerinin Anayasa Mahkemesine bakan yönünde ise, mahkemenin yetkilerini düzenleyen 147. maddede değişikliğe gidilerek, mahkemenin, anayasa değişikliklerini sadece Şekil yönünden denetleyebileceği kuralı getirilmiştir. Ancak, bu

²⁵³Bu değişiklikte, Yüksek Hâkimler Kuruluna yasama meclisleri tarafından ye seçilmesi yönteminin beklenen yararı sağlamaması, bu konuda parti faktörlerinin etkili olması, çoğu zaman da seçimlerin gecikmesi gibi nedenler etkili olmuştur. zbudun, a.g.e., s. 390.

defa mahkeme şekil denetimi yaptığı gerekçesiyle, denetimin sınırlarını yorum yoluyla genişletmek suretiyle, anayasa değişikliklerini esas yönünden de denetleyebileceği yönünde kararlar vermiştir. Bu değişiklik kapsamında Anayasaya pek uygun düşmeyecek bir yorumla zorlamak pahasına da olsa, 1973 ve 1975 yıllarında verdiği üç iptal kararı, Yüksek Hâkimler Kurulu ile Yüksek Savcılar Kurulu kararlarına karşı başka mercilere başvurulamayacağına ve savaş hâlinde Askerî Mahkemelerdeki üye çoğunluğunun yargıç niteliğinde olamayabileceğine ilişkin değişiklikleri ortadan kaldırmıştır.²⁵⁴ Diğer taraftan, Mahkeme'ye Meclis tarafından seçilecek üyeler bakımından üniversitelerin aday gösterme olanakları ortadan kaldırılmış. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açabilme hakkı sadece parlâmentoda grubu olan partilere tanınmıştır. Tanör'e göre bu karar, TİP gibi radikal partilerin etkili çalışmalarını önleme amacı gütmektedir.²⁵⁵

Kısaca özetlemek gerekirse, 1971 ve 1973'te yapılan değişikliklerle 1961 Anayasası'na belirli bir katılık getirilmiş, Devletin temel niteliklerini ve ilkelerini, temel hak ve özgürlükleri ileriye dönük düzenleyen açık bir metin olmak yerine, kurulu düzenin varlığını korumak amacını güden bir metin hâline dönüşmüştür. AP ve DP değişiklikleri yeterli bulmuyor, daha da ileri gidilmesini istiyorlardı. İki partinin taleplerinin ortak yönü şöyle özetlenebilir: kuvvetler ayrılığı ve yargı denetimi gerekçesiyle millî iradeye kayıt getirilmemeli, özgürlüklerin kötüye kullanılmasını engelleyici hükümler anayasaya konmalı, halkoylaması, halkın kanun teklifi ve vetosu kabul edilmeli, tabîî senatörlük ve kontenjan senatörlükleri kaldırılmalı, olağanüstü haller anarşi ve terörle mücadeleyi de kapsayacak şekilde genişletilmelidir. Sosyal demokrat çevresi de daha çok siyasal istikrarın korunması, kısmen de olsa yürütmenin güçlendirilmesi eksenindeydi. Bunun yanında, özgürlüklerin daraltılması ya da demokratik hukuk devletine özgü ilkelerden taviz verilmesi yolunda bir istekleri yoktu. Ancak tabîî senatörlüğün kaldırılması gibi bir talepleri yoktu.

Nihayetinde 1961 Anayasası demokratik usuller sonucunda değil, 12 Eylül 1980 askerî müdahalesi ile son bulacaktır. 1980 Anayasası'nın başlangıç kısmında ifade edilen, "Ebedî Türk vatan ve milletinin bütünlüğüne ve kutsal Türk Devletinin varlığına karşı, Cumhuriyet devrinde benzeri görülmemiş bölücü ve yıkıcı bir iç savaşın

²⁵⁴ Soysal, *100 Soruda Anayasamın Anlamı*, s. 123.

²⁵⁵ Tanör, *İki Anayasa 1961 - 1982*, s. 45.

gerçekleşme noktasına yaklaştığı sırada, Türk Milletinin ayrılmaz parçası olan Türk Silahlı Kuvvetleri'nin, milletin çağrısıyla gerçekleştirdiği 12 Eylül 1980 harekâtı” ifadeleri de 1961 Anayasasının artık sona erdiğini ilan ediyordu.

Son söz olarak şunu söyleyebiliriz ki, 1961 Anayasası gerek demokratik düzenlemeleri gerekse de demokrasi dışı uygulamaları ile toplumsal hayat üzerinde önemli etkilerde bulunmuştur. Anayasada yer alan kolektif hak ve özgürlüklere getirilen güvenceler bireyleri birbirine yakınlaştırıcı yönü ile “sosyalleştirici”; yeni siyasal partiler, baskı grupları ve siyasîleşen kamuoyu ile katılcı demokrasi kapısının aralanması bakımından “siyasîleştirici”; hak arama yollarını güvenceye bağlaması, toplumda hak ve hukuk duygusunu geliştirmesiyle özellikle de Danıştay ve Anayasa Mahkemesi'nin geniş kitleleri ilgilendiren kararları ile hukuk kamuoyunu oluşturması ile “hukukîleştirici” etkisi olduğu savunulabilir.²⁵⁶

²⁵⁶Tanör, a.g.e., s. 426.

SONUÇ

Politik anayasacılık açısından anayasa yapımında önemli olan nokta, anayasanın halkın doğrudan ya da dolaylı olarak katılımı ile demokratik usullerde hazırlanan toplum sözleşmeleri olma niteliğini kazanmasıdır. Halkın temsilcilerinden oluşan ve sadece anayasayı yapmakla görevlendirilen Kurucu Meclis uygulaması demokratik anayasa yapma yöntemlerinden biridir. Eğer ki bir ülkede hukuk boşluğu söz konusu iken yeni anayasa hazırlanıyorsa riayet edilmesi gereken üst norm olmadığı için hukuki meşruiyetten bahsedilemez. Nitekim 1961 Anayasası için de hukuki meşruiyet sorgulaması yapamayız. Ancak gerek olağan dönemde yapılsın gerekse de olağanüstü dönemde anayasaların toplumun rızasına dayanan sosyo-politik meşruiyete sahip olması gerekir.

1961 Anayasası'na yapım süreci açısından bakıldığında, demokratik olarak nitelendirilmeye pek elverişli değildir. Çünkü anayasayı hazırlayan Kurucu Meclis'in oluşumu, Anayasa yapım sürecinin halkın katılımına açık olmaması ve halkoylaması esnasında siyasal partilere propaganda hakkının tanınmaması dikkate alındığında bu sonuç kaçınılmazdır. Dolayısıyla içerik itibarıyla her ne kadar liberal ve demokratik anayasa olarak tanımlansa da yapım süreci düşünüldüğünde sivil ve demokratik niteliğe sahip olduğunu söyleyemeyiz.

1961 Anayasası ile beraber millî iradeyi temsil eden TBMM ve onun desteğine sahip hükümet, ülke yönetiminde artık tek söz sahibi olmayacaktır. Böylece TBMM artık egemenliği millet adına kullanan organlardan biri konumuna gelmiştir. Bu egemenlik anlayışı konusunda önemli bir yeniliktir. Genel oydan çıkmış organlar tarafından dolaylı şekilde seçilen Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu ile genel oydan tamamen bağımsız yargı organı içerisinde yer alan mahkemeler ulusal egemenliği kullanma yetkisine Meclis ile ortak olmuşlardır. 1961 Anayasası ile birlikte “meclis üstünlüğü” ilkesinden “anayasanın üstünlüğü” ne ve sınırsız egemenlik anlayışından sınırlı egemenlik anlayışına doğru geçiş yapılmıştır.

Özgürlükçü ve çoğulcu yapıya sahip anayasa olarak nitelendirilen 1961 Anayasası ile çoğunlukçu demokrasi anlayışının terk edildiğinin en önemli kanıtı olarak Anayasa Mahkemesi'nin getirilişi gösterilebilir. Meclisin çoğunluk oyuna dayanarak çıkarmış olduğu kanunların bundan sonra her koşulda anayasaya uygunluğu

varsayımına göre hareket edilmeyecek, gerektiğinde Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya uygunluğu denetlenebilecektir. Bu yenilik sayesinde özellikle azınlıkta kalanların anayasada sayılan hak ve özgürlüklerinin korunması sağlanacaktır. 1924 Anayasası da “anayasanın üstünlüğü” ilkesini benimsemesine karşın 1961 Anayasası bu ilkeyi teorik düzeyde belirtmekle yetinmemiş; anayasanın üstünlüğünün gerçek güvencesini ve yaptırımını getirmiştir.

Ancak Anayasa Mahkemesi çoğulcu demokrasi anlayışın bir yansıması olarak kabul edilse de varlığı kuruluşundan günümüze çeşitli tartışmaları beraberinde getirmiştir. Hirschl’in “Hegemonik Koruma Tezi” Türk Anayasa Mahkemesi’nin hukuk ile siyaset arasındaki rolü ve ortaya çıkışı noktasında sorulara cevap veren bir çalışmayı içermektedir. Hirschl, Anayasa Mahkemelerinin varlık sebepleri temel hak ve özgürlüklerin korunması olarak gösterilse de gerçek amacın, siyasal ve ekonomik elitlerin çevreden gelen baskı karşısında, kendilerini anayasal bir organ aracılığıyla meşru bir güvenceye alma ihtiyacında olduklarını belirtmiştir. Merkezin bilinçli olarak Mahkemeyi geniş yetkiyle donatmasının ülkeyi yargı iktidarına kadar götürebileceğini vurgulamaktadır. Nitekim, Türk Anayasa Mahkemesi’nin aktivist bir tutum izleyerek devletin temel değerlerini ve çıkarlarını korumaya yönelik kararlar verdiği gözlenmiştir. Değişik dönemlerde merkezi bürokratik sınıf kendi hegemonyalarını gerek askerî darbeler gerek parti kapatma cezaları gerekse de Anayasa Mahkemesi aracılığıyla sürdürmüştür. Bu nedenle, anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli Anayasa Mahkemesi’nin anayasaya işlenmiş merkezi değerleri korumaya çalıştığı kararlarıyla karşı karşıya kalabiliyoruz.

Günümüz anayasal demokratik devletlerde, anayasa mahkemeleri gereksinimi duyulan vazgeçilmez anayasal kurumlardır; bu aşamadan sonra onun gerekliliğini tartışmak anlamsız olacaktır. Nihayetinde anayasa mahkemelerinin temel hak ve özgürlüklerin korunması ve genişletilmesi ile anayasanın üstünlüğünün sağlanması noktasında yasama organlarına göre daha iyi güvence sağlayacağı yönünde güçlü inanç vardır. Burada önemli olan husus, Anayasa Mahkemesi’nin kararlarını politik mülahazalar içerisinde vermekten kaçınarak, kendisine anayasada tanımlanan alanda görev yapmaya özen göstermeli, yetkisi dışına çıkmaya istekli olmamalıdır. Aksi halde anayasa değişikliklerinin denetimi esnasında içeriğine yönelik yapacağı denetimler ile

Anayasa Mahkemesi'nin, kurucu iktidarın yerine geçebileceği bir aktivizm söz konusu olacaktır.

Anayasanın dikkat çeken karakteristik yönlerinden birisi, temel hak ve özgürlüklerin ayrıntılı düzenlenişi olmuştur. Haklar ve ödevler bakımından anayasa ilk hâliyle özgürlüğü temel sınırlandırmayı ise istisna olarak kabul etmiştir. Anayasanın yapılmasına yol açan olaylar, kişiyi devlet karşısında koruması gereken klasik haklarla ilgili olarak ortaya çıktığı için bu haklar 1924'tekine göre çok daha sistemli ve ayrıntılı düzenlenmiştir. 27 Mayıs sonrasında sosyal konulara ilişkin başlayan tartışmaların neticesi olarak sosyal ve iktisadi haklar ve ödevler listesi anayasada yer almıştır. Bununla beraber, siyasî haklar ve ödevler başlığı altında önemli bir yenilik olarak, siyasal partiler demokratik siyasal hayatın vazgeçilmez unsurları olarak sayılmıştır.

Ancak yeni sistemin demokrasi ile bağdaşmayan yönleri de mevcuttu. Silahlı Kuvvetlere tanınan anayasal ve yasal yetkiler ile fiili otoritesinin çoğulcu demokrasiden ziyade vesayetçi demokrasi modeline geçildiği eleştirisini ortaya çıkarmıştır. Bunun yanında anayasal bir organ olarak kurulan Millî Güvenlik Kurulu ile askerî otoritenin sivil otorite karşısında konumunun güçlendirdiği bir ayrıcalığa sahip olmuştur. Bu doğrultuda, bir önceki anayasa metnine göre, Millî Savunma Bakanına karşı sorumlu olan Genel Kurmay Başkanı'nın, Başbakana karşı sorumlu olması bir başka vesayetçi iz taşımaktadır. 1961 Anayasası Cumhurbaşkanlığını tarafsız, siyaset üstü bir denge makamı olarak düşünürken, üç Cumhurbaşkanı'nın da asker kökenli oluşu bir rastlantı sonucu olmamıştır. Ayrıca Cumhuriyet Senatosu'nda askerî müdahaleyi yapan Millî Birlik Komitesi'nin 13 Aralık 1960 tarihindeki mevcut Başkan ve üyelerinin tabii üyeler olarak yer almaları anayasanın vesayetçi karakterini güçlendirmektedir.

1961 Anayasası'nın işleyişini aksatan bazı kusurlara baktığımızda, istikrarsız çoğunluklar yüzünden hükûmetler siyasal bakımdan zayıflamış; sık sık değişen hükûmetler bu zayıflığın hem göstergesi hem de sebebiydi. Bu durum seçim ve parti sisteminden kaynaklanmakla birlikte anayasada hükûmetlerin kurulamaması ya da istifası gibi durumlarda kilitlenmeyi çözecek düzenlemeler de sınırlıydı. Yine yasama organının düzenlenişi ve çalışma usulü de bazı sıkıntıları doğuruyordu. Anayasada öngörülen çift meclis sistemi kendinden beklenen yararı sağlayamamış, yasama faaliyetinin hantallaştırılması sonucunu doğurmuştur. Toplantı yeter sayılarının yüksek

tutulması, toplanma ve karar almayı da güçleştiriyordu. Bir diğerk sıkıntılı durum da olağanüstü hal dönemleriydi. Gerek anayasa gerekse de yasalar şiddet olayları karşısında bastırıcı ve önleyici yetkileri düzenliyordu. Ancak, olağanüstü durumların olağan yönetim usulleri çerçevesinde bastırılmaması durumunda sıkıyönetim ilan etmek tek seçenek görülüyordu. Çünkü sivil bir olağanüstü hal rejimi anayasada sadece doğal afetler vb. ile ilgili düzenlenmekteydi. Hâlbuki olağanüstü haller içine şiddet olayları da dahil edilmiş olsaydı, belki de yönetim uzun yıllar sıkıyönetim rejimi altında yürümez; tehlikeler hükümetin siyasal sorumluluk taşıdığı sivil olağanüstü hal rejimi içerisinde daha az zararla atlatılabilirdi. Askerî rejimlerin sıkıyönetim yoluyla ülke yönetiminde etkisini arttırması böylesine bir düzenlemenin öngörülmemiş olmasının sonucunu doğuruyordu.

KAYNAKLAR

- ABADAN Yavuz, *Grotius ve Tabii Hukuk*, 1.b., İstanbul: Kenan Basımevi, 1939.
- ABADAN Nermin, *Anayasa Hukuku ve Siyasî Bilimler Açısından 1965 Seçimlerinin Tahlili*, 1.b., Ankara: AÜSBF Yayınları, 1966.
- ACAR Ali, “(Yeni) Bir Anayasanın Nihai Normatiflik Kaynağı Nedir? Hukuki Pozitivizmden Yanıtlar”, Ankara: Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2011, ss. 109-131.
- AGAMBEN Giorgio, çev. Kemal Atakay, *İstisna Hali*, 1.b., İstanbul: Otonom Yayıncılık, 2006.
- AĞAOĞULLARI Mehmet Ali, KÖKER Levent, *İmparatorluktan Tanrı Devletine*, 3.b., Ankara: İmge Kitabevi, 1998.
- AKAL Cemal Bâli, *Sivil Toplumun Tanrısı*, 2.b., İstanbul: Engin Yayıncılık, 1995.
- AKAL Cemal Bâli, *İktidarın Üç Yüzü*, 2.b., Ankara: Dost Yayınevi, 2003.
- AKTAŞ Sururi, “Hukukta Yorum Çabaları”, C. 15, S. 3-4, Erzincan: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, ss. 1-33.
- ALDIKAÇTI Orhan, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, 3.b., İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978.
- ALİEFENDİOĞLU Ali, “Anayasal Yargıda Yorum”, C. 28, S. 3, Ankara: Amme İdaresi Dergisi, 1995, ss. 3-26.
- ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, 1.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.
- ANAYURT Ömer, “Referandumlar Üzerinde Anayasallık Denetimi Sorunu”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, ed. Serap Yazıcı, Kemal Gözler ve Ece Göztepe, C.2, Ankara: Yetkin Yayınları, 2008, ss. 21-58.
- ARISTOTELES, *Politika*, çev. Ersin Uysal, 1.b., İstanbul: Dergâh Yayınları, 2007.
- ARSEL İlhan, *Çift Meclis Sistemi: Milletlerin Yakınlaşmasında Mukayeseli Hukukun Tesiri*, 1.b., Ankara: Türk Hukuk Kurumu, 1959.
- ARSLAN Zühtü, *Anayasa Teorisi*, 1.b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.
- ATAY Ender Ethem, “Hukukta Meşruiyet Kavramı”, S. 2, C.1, Ankara: GÜHFD, 1997, ss. 121-166.
- ATAY Ender Ethem, “Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki”, S. 1-2, C.12, Ankara: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, ss. 503-549.
- BARIN Taylan, *Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti*, 1.b., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.

- BEZCİ Bünyamin, *Carl Schmitt'in Politik Felsefesi-Modern Devletin Müdafası*, 1.b., İstanbul: Paradigma Yayınları, 2006.
- BURÇAK Rıfkı Salim, *Türkiye'de Demokrasiye Geçiş 1945-1950*, 1.b., Ankara: Olgaç Matbaası, 1979.
- CAN Osman, “Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu”, Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan, Ankara: Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 62, S. 3, 2007, ss. 101-139.
- CAN Osman, *Kurucu İktidar*, 1.b., İstanbul: Alfa Yayınları, 2013.
- CANIKLIOĞLU Meltem Dikmen, *Anayasal Devlette Meşruiyet*, 1.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.
- CASSIRER Ernst, *Devlet Efsanesi*, çev. Necla Arat, 1.b., İstanbul: Say Yayınları, 2005.
- CEYLAN Şule Şahin, *H.L.A. Hart'ın Hukuk Kavramı*, 1. b., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- ÇAĞLAR Bakır, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Analizin Katkıları”, C. 5, S. 1-3, İstanbul: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 1984, ss. 3-34.
- ÇAĞLAR Bakır, *Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı*, 1.b., İstanbul: BFS Yayınları, 1989.
- ÇAĞLAR Bakır, “Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Karşılaştırmalı Analizi İlk Veriler”, Ankara: Anayasa Yargısı Dergisi, C.6, 1989, ss. 113-158.
- ÇAVDAR Tevfik, *Türkiye'nin Demokrasi Tarihi*, 1.b., Ankara: İmge Kitabevi, 2004.
- ÇOBAN Ali Rıza, *Anayasayı Değiştirme Yetkisi, Sınırları ve Denetimi*, 1.b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- DÂVER Bülent, “Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasal Partiler: Birkaç Örnek Olay”, C. 2, Ankara: Anayasa Yargısı Dergisi, 1985, ss. 93-140.
- DÂVER Bülent, “Anayasa Mahkemesi Yargıcı (Üyesi)”, Ankara: Anayasa Yargısı Dergisi, C. 3, 1986, ss. 217-246.
- DEENER David, “Modern Anayasal Sistemlerde Yargı Denetimi”, çev. Tuncer Karamustafaoğlu, C. 26, S. 3-4, Ankara: AÜHFD, 1969, ss. 179-205.
- DEMİRKENT Dinçer, “Anayasal Kuruluş Konusunda Kapanmayacak Tartışma: Hannah Arendt ve Carl Schmitt'te Kurucu İktidar Sorunu”, Ankara: Mülkiye Dergisi, C. 39, S. 3, 2015, ss. 89-122.
- DOEHRING Karl, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, çev. Ahmet Mumcu, 1.b., İstanbul: İnkılâp Kitabevi, 2002.
- DOĞAN Özlem, *Tarih Felsefesi*, 1.b., İstanbul: Notos Kitap, 2012.
- DÖNMEZER Sulhi, “Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı, Hürriyetlerin Özüne Dokunan Sınırlamalar”, C. 24, S. 3, İstanbul: İÜHFİM, 1963.
- DURAN Lutfi, “Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, C.1, Ankara: Amme İdaresi Dergisi, 1984, ss. 57-87.

- DUVERGER Maurice, *Siyasi Partiler*, çev. Ergun Özbudun, 2.b., İstanbul: Bilgi Yayınevi, 1974.
- DUVERGER Maurice, *Seçimle Gelen Krallar*, 1.b., İstanbul: Kelebek Yayınları, 1986.
- ERDOĞAN Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, 2.b., Ankara: Siyasal Kitabevi, 1997.
- ERDOĞAN Mustafa, *Anayasa Hukuku*, 4.b., Ankara: Orion Yayınları, 2007.
- EROĞUL Cem, *Anayasayı Değiştirme Sorunu*, 1.b., Ankara: Sevinç Matbaası, 1974.
- ESEN Bülent Nuri, *Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı*, 1.b., Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1966.
- FAY Brian, *Çağdaş Sosyal Bilimler Felsefesi: Çokkültürlü Bir Yaklaşım*, çev. İsmail Türkmen, 3.b., İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2012.
- FEYZİOĞLU Turhan, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi*, 1.b., Ankara: AÜSBF Yayınları, 1951.
- FRIEDRICH Carl J., *Sınırlı Devlet*, 2.b., Ankara: Liberte Yayınları, 2014.
- GENÇKAYA Ömer Faruk, “Türk Siyasal Sisteminde Kurucu Meclis”, 27 Mayıs 1960 Devrimi Kurucu Meclis ve 1961 Anayasası, ed. Suna Kili, İstanbul: Boyut Kitapları, 1998, ss. 15-27.
- GÖNENÇ Levent, “Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi”, S. 1, C.50, Ankara: AÜHFD, 2001, ss. 131-152.
- GÖNENÇ Levent, “ 2000’li Yıllarda Merkez-Çevre İlişkilerini Yeniden Düşünmek”, S. 105, İstanbul: Toplum ve Bilim, 2006, ss. 129-153.
- GÖNENÇ Levent, “Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Kavramsal Çerçeve Önerisi”, C. 56, S. 1, Ankara: AÜHFD, 2007, ss. 145-168.
- GÖZLER Kemal, *Kurucu İktidar*, 1.b., Bursa: Ekin Kitabevi, 1998.
- GÖZLER Kemal, “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, C. 15, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1998, ss. 207-243.
- GÖZLER Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, 1.b., Bursa: Ekin Kitabevi, 2000.
- GÖZLER Kemal, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, C. 61, S. 3, Ankara: AÜSBFD, 2007, ss. 131-166.
- GÜLENER Serdar, *Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, 1.b., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- GÜLER Gülşah Yalçın, “Anayasa Değişiklikleri, Kurucu İktidarlar ve Meşruiyet”, S. 66-67, Ankara: Sayıştay Dergisi, 2007, ss. 35-46.
- GÜNEŞ Turan, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, 1.b., Ankara: AÜSBF Yayınları, 1965.
- HAKYEMEZ Yusuf Şevki, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı: Doğuşu, Gelişimi, Kavramsal Çerçevesi ve Dönüşümü*, 1.b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.

- HAKYEMEZ Yusuf Şevki, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, 1.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- HEPER Altan, “Almanya’da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler”, Ankara: Ankara Barosu Dergisi, C. 1, 2012, ss. 71-85.
- HOBBS Thomas, *Leviathan*, çev. Semih Lim, 2.b., İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 1995.
- İŞIKTAÇ Yasemin, *Hukuk Felsefesi*, 4.b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015.
- KABOĞLU İbrahim, *Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye*, 3.b., Ankara: İmge Kitabevi, 2000.
- KABOĞLU İbrahim Ö., *Türkiye’nin Anayasa Gündemi*, Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği, 1.b., İstanbul: İletişim Yayınları, 2016.
- KAPANİ Münci, *Kamu Hürriyetleri*, 7.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 1993.
- KAPANİ Münci, *Politika Bilimine Giriş*, 52.b., Ankara: BB101 Yayınları, 2016.
- KARAKAŞ Jale, “Hermeneutik ve Hukuk” Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2005, ss. 102-107.
- KARAMUSTAFAOĞLU Tuncer, “Anayasa Yargısının Önemli Sorunları”, S. 3-4, C.25, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1968, ss. 91-100.
- KARPAT Kemal H., *Türk Demokrasi Tarihi: Sosyal, Ekonomik Kültürel Temeller*, 1.b., İstanbul: İstanbul Matbaası, 1967.
- KELSEN Hans, *Saf Hukuk Kuramı*, çev. Ertuğrul Uzun, 1.b., İstanbul: Nora Yayınevi, 2016.
- KILIÇ Muharrem, “Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz”, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-II Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul: İstanbul Barosu, 2005, ss. 90-101.
- KIRATLI Metin, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu*, 1.b., Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1966.
- KORUCU Serdar, “Yargısal Aktivizmin Kavramsal Analizi”, S. 69-70, Yıl 18, Ankara: Liberal Düşünce Dergisi, 2013, ss. 201-225.
- KORUCU Serdar, *Yargısal Aktivizm: Anayasal Sınırların Yargısal Yollarla Belirlenmesi Sorunu*, 1. b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- KUBALI Hüseyin Nail, *Türk Esas Teşkilat Hukuku Dersleri*, 1.b., İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1960.
- LANE Jan-Erik, *Anayasalar ve Siyasal Teori*, çev. İbrahim Kapaklıkaya, 1.b., İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, 2014.
- LIPSON Leslie, *Politika Biliminin Temel Sorunları*, 4.b., Ankara: Birlik Yayıncılık, 1986.

- MARDİN Şerif, “Tabii Hukuk, Batı Toplumu ve Bizler” HFSA-Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2003.Ss. 13-18.
- MARDİN Şerif, “Türk Siyasetini Açıklayabilecek Bir Anahtar: Merkez-Çevre İlişkileri”, Türkiye’de Toplum ve Siyaset Makaleler 1, der. Mümtaz’er Türköne ve Tuncay Önder, 11.b., İstanbul: İletişim Yayınları, 2003, ss. 35-77.
- MARDİN Şerif, “Türkiye’de Gençlik ve Şiddet”, Makaleler 4, çev. Mustafa Erdoğan, 13.b., İstanbul: İletişim Yayınları, 2004, ss. 251-289.
- ODER Bertil Emrah, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, 1.b., İstanbul: Beta Basım, 2010.
- ÖZAY İl Han, “Yargı Güvencesi-Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi”, C.8, Ankara: Anayasa Yargısı Dergisi, 1991, ss. 103-116.
- ÖZBUDUN Ergun, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”, Demokrasi ve Yargı Sempozyumu Bildiriler Kitabı, ed. Ozan Ergül, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005, ss. 336-352.
- ÖZBUDUN Ergun, “Anayasa Yargısının Yeniden Yapılandırılması”, Yargısal Düğüm: Türkiye’de Anayasa Reformuna İlişkin Değerlendirme ve Öneriler, ed. Serap Yazıcı, İstanbul: TESEV Yayınları, 2010, ss. 12-16.
- ÖZBUDUN Ergun, *Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye*, 1.b., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.
- ÖZBUDUN Ergun, *Türkiye’de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı*, 1.b., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014.
- ÖZBUDUN Ergun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 1.b., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015.
- ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 16.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- ÖZTÜRK Fatih, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli Mi?*, 1.b., İstanbul: Beta Basım, 2012.
- PLATON, *Devlet*, çev. Sabahattin Eyüpoğlu / M. Ali Cimcoz, 14. b., İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları, 2008.
- PETROVİC Milan, “Constitution and Legitimacy”, *Law and Politics*, Vol. 2, N. 1, 2004, pp. 7-39.
- ROUSSEAU J. J., *Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukuku İlkeleri*, çev. İsmail Yerguz, 1.b., İstanbul: Say Yayınları, 2008.
- SADURSKI Wojciech, “Anayasacılık ve Anayasa Yapımı Üzerine, Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim”, Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Sempozyum, çev. Ersoy Kontacı, ed. Ozan Ergül, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2010, ss. 23-49.
- SARIBAY Ali Yaşar, “Politik Anayasacılık: Hukukun Politik Mantığı”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, ed. Serap Yazıcı, Kemal Gözler, Ece Göztepe, Ankara: Yetkin Yayınları, C. 2, 2008, ss. 383-397.

- SARIBAY Ali Yaşar, *Global Bir Bakışla Politik Sosyoloji*, 4.b., Bursa: Sentez Yayıncılık, 2014.
- SARTORI Giovanni, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, çev. Tuncer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, 2.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.
- SARTORI Giovanni, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği: Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme*, çev. Ergun Özbudun, 1.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 1997.
- SCHMITT Carl, *Siyasi İlahiyat*, çev. Emre Zeybekoğlu, 1.b., Ankara: Dost Kitabevi, 2002.
- SEZEN Seriyeye, “Milli Güvenlik Kurulu Üzerine”, C. 33, S. 4, Ankara: Amme İdaresi Dergisi, 2000, ss. 63-83.
- SHILS Edward, “Merkez ve Çevre”, çev. Yusuf Ziya Çelikkaya, S.70, Ankara: Türkiye Günlüğü, 2002, ss. 86-96.
- SIEYES Emmanuel, “Tiers Etat Nedir?”, çev. Süheyp Derbil, S. 1-2, C.8, Ankara: AÜHFD, 1951, ss. 126-207.
- SOYSAL Mümtaz, “Anayasa Hukuku Açısından ‘Kapalılık’ ve ‘Açıklık’ Kavramları”, C. 23, S. 1, Ankara: AÜSBF Yayınları, 1968, ss. 261-274.
- SOYSAL Mümtaz, *Anayasa Giriş*, 1.b., Ankara: AÜSBF Yayınları, 1968.
- SOYSAL Mümtaz, *Dinamik Anayasa Anlayışı: Anayasa Dialektiği Üzerine Bir Deneme*, 1.b., Ankara: AÜSBF Yayınları, 1969.
- SOYSAL Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 6.b., İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1986.
- STRAUSS Leo, çev. Murat Erşen, *Doğal Hak ve Tarih*, 1. b., İstanbul: Say Yayınları, 2011.
- TANÖR Bülent, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*, 1.b., İstanbul: Öncü Kitabevi, 1969.
- TANÖR Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 3.b., İstanbul: BDS Yayınları, 1994.
- TANÖR Bülent, *Anayasal Gelişme Tezleri*, 3.b., İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2013.
- TANÖR Bülent, *İki Anayasa 1961-1982*, 5.b., İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013.
- TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 15.b., İstanbul: Beta Basım, 2015.
- TANÖR Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 27.b., İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2016.
- TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 10.b., İstanbul: Beta Basım, 2005.
- TOPÇUOĞLU Hâmide, *Yirminci Yüzyılda Tabii Hukuk Rönesansı*, 1.b., Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1953.

TOPUZKANAMIŞ Şafak Evran, “Anayasalar Yoluyla Toplum Tasarımı ve İnşası: Anayasaların Gerçek Sahipleri ve Anayasacılık Süreçlerinde Birey”, Özel Sayı, C.16, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, ss. 4989-5010.

TORUN Yıldırım, *Ronald Dworkin'in Hukuk ve Siyaset Felsefesinde Adalet, Eşitlik ve Özgürlük Sorunu*, 1.b., Ankara: Savaş Yayınevi, 2008.

TROPER Michel, “Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi”, Demokrasi ve Yargı Sempozyumu Bildiriler Kitabı, ed. Ozan Ergül, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005, ss. 12-25.

TUNÇ Hasan, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı: Denetim Kapsamı ve Organları*, 1.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 1997.

TURHAN Mehmet, “Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu”, Anayasa Yargısı İncelemeleri, der. Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen, Ankara: Anayasa Yargısı Dergisi, 2006, ss. 41-69.

TURHAN Mehmet, “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, Ankara: Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 62, S. 3, 2007, ss. 379-404.

TÜRE İlknur, “Ran Hirschl, Anayasal Denetim, Sekülerizm”, S. 89, Ankara: Türkiye Günlüğü, 2007, ss. 24-33.

TÜRKBAĞ Ahmet Ulvi, *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı*, 1. b., İstanbul: Derin Yayınları, 2010.

ULUŞAHİN Nur, “Anayasa Yargısının Meşruluğu: J. Waldron Karşısında R. Dworkin, Aydınlanma ve Hukuk: Modern Hukukun Sorunları Bağlamında Türkiye’de Hukuk, ed. Levent Köker, İstanbul: Osmanlı Bankası Arşiv ve Araştırma Merkezi Yayınları, 2008, ss. 106-118.

USLU Cennet, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, 2.b., Ankara: Liberte Yayınları, 2009.

ÜNSAL Artun, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, 1.b., Ankara: AÜSBF Yayınları, 1980.

VANLEENE Sengün Meltem Acar, “Wilhelm Dilthey’da ‘Anlama’ Üzerine”, C. 52, S. 1, Ankara: Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi, 2012, ss. 159-171.

VEDEL Georges, “Siyasi İktidar ve Planlama”, çev. Ayferi Göze, S. 1, C.32, İstanbul: İstanbul Hukuk Fakültesi Dergisi, 1966, ss. 286-302.

WEBER Max, *Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı*, 1.b., İstanbul: İmge Kitabevi, 1995.

YAVUZ Bülent, *Kuruluş ve İşleyişi Açısından Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, 1.b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.

YAVUZ Bülent, BÜLBÜL Mahmut, “Çift Meclis Sistemi ve Türkiye”, C. 16, S. 1 Ankara: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, ss. 217-260.

YAZICI Serap, *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine*, 1.b., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009.

YAZICI Serap, *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, 2.b., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012.

YÜCEL Mustafa Tören, “Yargılamada Objektiflik ve Tarafsızlık”, S. 111, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014, ss. 117-132.



ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

TEZ ÇOĞALTMA VE ELEKTRONİK YAYIMLAMA İZİN FORMU

Yazar Adı Soyadı	Kadriye Ümran SATIR
Tez Adı	Politik Arogasacılık Ekserinde 1961 Arogasacılığın Mahiyeti
Enstitü	Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı	Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi
Tez Türü	Yüksek Lisans
Tez Danışman(lar)ı	Prof. Dr. Ali Yaşar SARIBAY
Çoğaltma (Fotokopi Çekim) izni	<input type="checkbox"/> Tezimden fotokopi çekilmesine izin veriyorum <input checked="" type="checkbox"/> Tezimin sadece içindekiler, özet, kaynakça ve içeriğinin % 10 bölümünün fotokopi çekilmesine izin veriyorum <input type="checkbox"/> Tezimden fotokopi çekilmesine izin vermiyorum
Yayımlama izni	<input type="checkbox"/> Tezimin elektronik ortamda yayımlanmasına izin Veriyorum

Hazırlamış olduğum tezimin belirttiğim hususlar dikkate alınarak, fikri mülkiyet haklarım saklı kalmak üzere Uludağ Üniversitesi Kütüphane ve Dokümantasyon Daire Başkanlığı tarafından hizmete sunulmasına izin verdiğimi beyan ederim.

Tarih : 02.05.2018

İmza :

