

Kemal Gözler  
KURUCU İKTİDAR

EKİN BASIN YAYIN DAĞITIM

**Ekin Basın Yayın Dağıtım**, ISBN: 978-605-327-301-1  
© 1998, 2016. K. Gözler. Her hakkı mahfuzdur.

**Birinci Baskı:** Kasım 1998

**İkinci Baskı:** Mart 2016

**İkinci Baskı Düzeltme:** Burcu Uykun

**İkinci Baskı Kapak:** Kemal Gözler

**Görüş, Eleştiri ve Önerileriniz İçin:** kgozler@hotmail.com

**Kitabın Tanıtımı:** www.anayasa.gen.tr/kurucuiktidar-intro.htm

**Baskı:** Sonçağ Yayıncılık, Matbaacılık, Reklam San Tic.Ltd.Şti.  
İstanbul Cad. İstanbul Çarşısı, No 48/48 - İskitler/Ankara

Tel: 0312 - 341 36 67 Sertifika No: 25931

**Yayın ve Dağıtım:** Ekin Basın Yayın Dağıtım, Şehreküstü Mahallesi,  
Cumhuriyet Caddesi, Durak Sokak No 2, Osmangazi- BURSA,  
Tel: (0224) 220 16 72; 223 04 37; Fax: (0224) 223 04 37; Web: www.ekinyayinevi.com  
E-mail: info@ekinyayinevi.com Sertifika No: 0607-16-008681

**Kütüphane Tasnif:** (LoC) K3165.G69 2016; (Dewey) 342.04 GÖZ 2016

**KORSAN YAYINCILARA VE FOTOKOPİCİLERE UYARI:** 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71'inci maddesi, bir kitabı, yazarının yazılı izni olmaksızın, herhangi bir şekilde (fotokopi dahil) çoğaltanları, dağıtanları, satanları, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenleri, ticari amaçla satın alanları, elinde bulunduran ya da depolayanları **bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla** cezalandırmaktadır.

**İKTİBAS KONUSUNDA UYARILAR:** 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 35'inci maddesine göre, bir kitaptan iktibas (alıntı) yapılabilmesi için şu şartlara uyulması gerekir: **(1)** İktibas, bir eserin "*bazı cümle ve fıkralarının*" bir başka esere alınmasıyla sınırlı olmalıdır (m.35/1). **(2)** İktibas, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadıyla yapılmalıdır (m.35/3). **(3)** İktibas, belli olacak şekilde yapılmalıdır (m.35/5). **(4)** İktibas ister aynen, ister mealen olsun, eserin ve eser sahibinin adı belirtilerek iktibasın kaynağı gösterilmelidir (m.35/5). **(5)** İktibas edilen kısmın alındığı yer (sayfa numarası) belirtilmelidir (m.35/5).

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (m.71/3, 5), yukarıdaki şartlara aykırı olarak, "bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunan" veya "yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösteren" kişilerin altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılmasını öngörmektedir.

Kemal Gözler

# KURUCU İKTİDAR

İkinci Baskı

 E K İ N  
Basım Yayın Dağıtım  
Bursa – Mart 2016



# ÖNSÖZ

(Birinci Baskı-1998)

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

1990'dan bu yana sekiz yıl geçti. Bu süre içinde, o zamanlar bulamadığım tez konumla ilgili birçok kaynağa ulaştım. Keza o zamandan bu yana konumla ilgili yerli ve yabancı birçok kitap ve makale yayınlandı. Dahası ben de doktora tezimi yine benzer bir konuda hazırladım<sup>1</sup>. Dolayısıyla bugün yüksek lisans tezimi çok daha geliştirerek yayınlamak haliyle mümkündür. Ancak bu yola gitmedim, tersine yüksek lisans tezinin

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

kabul edildiği şekliyle aynen yayınlanmasını tercih ettim. Yüksek lisans tezinin orijinali daktilo metindir<sup>2</sup>. Daktilo metinde altı çizili yerler bu kitapta italik olarak gösterilmiştir. Bunun dışında daktilo metinde hiçbir değişiklik yapılmamıştır. Gerek içerik, gerek dilbilgisi, gerek atıf usûlü bakımından bugün hata olarak gördüğüm hususlar düzeltilmemiş, olduğu gibi bırakılmıştır. Dolayısıyla elinizdeki kitap yüksek lisans tezimin düzeyini aynen yansıtmaktadır.

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

Bursa, Kasım 1998  
Kemal GÖZLER

---

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

## İKİNCİ BASKIYA ÖNSÖZ

1998’de ilk baskısı yapılan bu kitabın nüshaları 2015 yılında tükendi. Şimdi yapılan ikinci baskı, esas itibarıyla, kitabın birinci baskısından yapılan bir tıpkı baskıdır. Bu baskıda sadece yazım yanlışları düzeltilmiş ve sayfa düzeninde bazı iyileştirmeler yapılmıştır. Örneğin paragraflar arasına 6 nokta boşluk konulmuş, sayfa üst bilgileri tekrar düzenlenmiştir. Yazım yanlışlarını düzelteren Burcu Uykun’a teşekkür ederim.

Söylemek bile fazla ki, bu baskıda bir güncelleştirme yapılmamıştır. Atıf yapılan mevzuat, içtihat ve doktrin, 1990 yılındaki durumu gösterir.

Bu çalışmanın yüksek lisans tezi olarak kabul edilmesinden bu yana 26 yıl, birinci baskısından bu yana 18 yıl geçti. 1990 yılında savunduğum yüksek lisans tezimde atıf yapılan kitapların bibliyografik künyelerini verirken yayın yerlerini yayınevinden sonra vermişim. Diğer yandan dipnotlarda, makalelere ilişkin tekrarlayan atıflarda makalenin yayınlandığı derginin de kısaltmasını vermişim. Yüksek lisans tezimden sonra bu iki usûlün yanlış olduğuna karar verdim ve bir daha bu iki usûlü kullanmadım. Yüksek lisans tezimde bulunan bu iki usûlü, tezin kitaplaştırılmış hâli olan 1998’de yapılan ilk baskıda da, şimdiki baskıda da değiştirmedim; aynen bıraktım. Keza daha sonraki yıllarda atıf usûllerinde kullandığım *op.cit.*, *ibid.* gibi kısaltmalar da yüksek lisans tezimde kullanılmamıştır. İstedim ki tezin kitaplaştırılmış hâli, tezin kendisini birebir yansısın.

Tezimin birinci baskısında olduğu gibi, ikinci baskısı ile yüksek lisans tezimin daktilo orijinal hâli arasında, daktilo metninde altı çizili yerlerin, kitap metninde italikle yazılması dışında bir fark yoktur.

## VIII KURUCU İKTİDAR

Savunulmasından bu yana 26 yıl geçtikten sonra yüksek lisans tezim hakkında birkaç şey söylemek isterim. Yüksek lisans tezim benim ilk kitabım, ilk göz ağrım. Pek çok kitap yazdım. Ama bunların hiçbirisi, benim gönlümde bu kitabın yerini alamadı.

Yüksek lisans tezim benim sonraki çalışmalarımı da şekillendirdi. Sonraki yıllarda da benzer konularda çalıştım. Yüksek lisans tezimdeki bakış açım, bana sonraki çalışmalarım da yol gösterdi.

Yüksek lisans tez konusu olarak “kurucu iktidar” konusunu seçtiğim için kendimi çok şanslı addediyorum. Bu konu Türkiye’nin gündeminden hiç düşmedi ve benim yüksek lisans tezim doktrinde daima ilgi gördü. Yirmi küsur yıl sonra doktrinde yüksek lisans tezime hâlâ atıf yapılmaya devam ediliyor.

Bu vesileyle şunu da belirtmek isterim: Yüksek lisans tezimi yazdığım 1989 yılında tezime epigraf olarak İsmet Özel’in “*beni bir ses sahibi kıl, kefarete hazırım*” dizesini koymayı düşünüyordum. Zira bu dize, o günlerde benim ruh hâlimi çok iyi yansıtıyordu ve o zamanlar da sıkça dilime dolanıyordu. 23 yaşında bir delikanlı olarak anayasa hukuku doktrininde bir “ses sahibi” olmak istiyordum. Ne var ki, 1990’da böyle bir epigrafın uygunluğu konusunda tereddüt etmiş ve tezimde ona yer vermemiştim. 1998’de yüksek lisans tezim kitap olarak yayınlanırken de aynı tereddüdü yaşadım ve böyle bir epigrafı kitaba koymadım. Bugün keşke koymuş olsaydım diye düşünüyorum. Bir yazar sadece yazdığı şeylerden değil, yazmadığı şeylerden de pişman olabiliyor. 1990’dan bu yana 26 yıl geçti. Allah’a şükürler olsun ki “beni bir ses sahibi kıl” duamın az ya da çok kabul edildiğini görüyorum. “Kefaret”e ise zaten hazırdım.

Bursa, 2 Mart 2016.  
Kemal Gözler



# İÇİNDEKİLER

Giriş..... 1

## **Birinci Kısım GENEL OLARAK KURUCU İKTİDAR**

**Birinci Bölüm  
KURUCU İKTİDARIN TANIMI (s.10)**

**İkinci Bölüm  
KURUCU İKTİDAR - KURULMUŞ İKTİDAR AYRIMI (s.13)**

**Üçüncü Bölüm  
KURUCU İKTİDAR DÜŞÜNCESİNİN DOKTRİNAL KÖKENİ**

I. Rousseau .....	19
II. Montesquieu .....	21
III. Sieyes .....	22

## **İkinci Kısım ASLÎ KURUCU İKTİDAR**

**Birinci Bölüm  
ASLÎ KURUCU İKTİDARIN HUKUKÎ NİTELİĞİ**

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

## X KURUCU İKTİDAR

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

### İkinci Bölüm

#### ASLÎ KURUCU İKTİDARIN SINIRI

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

### Üçüncü Bölüm

#### ASLÎ KURUCU İKTİDARIN SAHİBİ (s.62)

### Dördüncü Bölüm

#### ASLÎ KURUCU İKTİDARIN ORTAYA ÇIKIŞ HALLERİ

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

### Beşinci Bölüm

#### ASLÎ KURUCU İKTİDARIN BİÇİMLERİ:

#### ANAYASA YAPMA USÛLLERİ

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

2. Misak .....	79
B. Demokratik Usûller.....	81
1. Kurucu Meclis .....	83
2. Kurucu Referandum .....	86
3. Kurucu Referandumdan Bir Sapma: Kurucu Plebisit.....	87
II. Hangi Usûl Daha Demokratik?.....	92
A. İlke Değerlendirmesi .....	94
1. Milli Egemenlik ve Halk Egemenliği İlkeleri.....	94
2. Temsili Demokrasi ve Yarı-Doğrudan Doğruya Demokrasi İlkeleri .....	95
B. İşlev Değerlendirmesi .....	96
1. Kurucu Referandumun Sakıncaları Ya Da Kurucu Meclisin Gerekliliği .....	96
2. Kurucu Meclisin Demokratikliğinin Koşulları .....	99
3. Sonuç: Kurucu Meclis ve Kurucu Referandum Usûllerinin Birleştirilmesi .....	101
a. Kurucu Meclis Usûlünün Sakıncaları.....	102
b. Kurucu Meclis Usûlüyle Birleşen Kurucu Referandumun Sakıncasızlığı .....	103
c. Kurucu Referandumun Yararları.....	104
C. Demokratiklik Üzerine Bir Not .....	105

## **Üçüncü Kısım**

### **TALİ KURUCU İKTİDAR**

#### **Birinci Bölüm**

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

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

#### **İkinci Bölüm**

#### **TALİ KURUCU İKTİDARIN HUKUKÎ NİTELİĞİ (s.115)**

**Üçüncü Bölüm**  
**TALİ KURUCU İKTİDARIN SAHİBİ (s.116)**

**Dördüncü Bölüm**  
**TALİ KURUCU İKTİDARIN YERİ**

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

**Beşinci Bölüm**  
**TALİ KURUCU İKTİDARIN SINIRI SORUNU**

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

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

### Altıncı Bölüm

## TALİ KURUCU İKTİDARIN BİÇİMLERİ: ANAYASAYI DEĞİŞTİRME USÛLLERİ

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

# GİRİŞ

I. Çalışmamızın *konusunu*, kurucu iktidar sorunu oluşturmaktadır. Ancak hemen belirtelim ki, burada konumuza, belirli bir dönem ya da belirli bir ülke boyutunda değil, genel, soyut ve evrensel bir düzeyde yaklaşılacaktır. Başka bir anlatımla bu çalışma, belirli bir kurucu iktidar olayını açıklamayı değil, bu olgunun *kuramsal çerçevesini* çizmeyi amaçlamaktadır.

II. 1. Kurucu iktidar olgusuna şüphesiz *değişik açılardan* yaklaşılabilir.

Öncelikle kurucu iktidar, *tarihî açıdan* incelenebilir. Belirli bir ülke ve belirli bir dönemde görülen bir kurucu iktidar olayı, tarih biliminin yöntemleriyle araştırılıp bu olayın neden ibaret olduğu ortaya konabilir. Örneğin 1789 Fransız, 1917 Rus veya 1980 Türk kurucu iktidarları konusunda böyle bir çalışma yapılabilir.

İkinci olarak kurucu iktidar, *felsefî açıdan* incelenebilir. Zira kurucu iktidar, sadece tarihî bir olgu değil, aynı zamanda bir değerler ve inançlar sisteminin somutlaşması, harekete geçirilmesidir. Diğer yandan kurucu iktidar olgusunun özünü anlamak, gerçek niteliğini ortaya koyabilmek ve ayrıntılarda kaybolmamak için bu olgunun derinliklerine inmek gerekir. Nihayet, her siyasal eylem gibi, kurucu iktidar eylemi de “daha iyi” bir düzen yaratmak amacıyla yapılır. Söz konusu eylemin hedeflediği bu “daha iyi”nin ortaya konulması ve ideal bir kurucu iktidarı idare eden yüksek ilkelerin saptanması gerekir. Tüm bunlar ise *spekülatif düşüncüyü* ön planda tutarak *felsefî bir yak-*

*laşım*la yapılabilir. Böyle bir siyasal felsefe çalışmasında örneğin “kurucu iktidarın özü nedir”, “kurucu iktidarın ideal ilkeleri nelerdir” veya “daha iyi bir kurucu düzen nedir” gibi sorulara yanıt aranabilir.

Üçüncü olarak kurucu iktidar, *sosyolojik açıdan* incelenebilir. Bu takdirde kurucu iktidar olgusuna ampirik açıdan yaklaşılır; gözlem yoluyla elde edilen veriler sistemleştirilir, genellemelere varılır, örüntüler saptanır; neticede kurucu iktidarın “kanun”larına ulaşılmaya çalışılır. Örneğin kurucu iktidarın biçimleri, anayasa yapma usûlleri konusunda böyle bir “saha çalışması” yapılabilir. Önce mevcut anayasaların hangi usûllerle yapıldığı saptanır; sonra elde edilen veriler sistemleştirilebilir. Böylece anayasa yapmanın ampirik usûlleri bulunabilir. Buradan tüme varım yoluyla genellemeler yapılabilir. Nihayet çeşitli değişkenler ele alınarak, bunlarla anayasa yapma usûlleri arasında bir bağıntı olup olmadığı araştırılabilir. Keza çeşitli sosyal olgu ve kurumlar karşısında kurucu iktidarın durumu da incelenebilir. Örneğin kurucu iktidarın siyasal kültürle, dinle, ideolojiyle, sosyal sınıflarla, kamuoyuyla, elitlerle, bası gruplarıyla ve özellikle orduyla ilişkisi araştırılabilir.

Nihayet kurucu iktidar konusuna *hukukî açıdan* da yaklaşılabilir. Çünkü kurucu iktidar, her şeyden önce hukukla ilgilidir. Zira bu iktidar, bir yönüyle (aslî kurucu iktidar) hukuk düzenini yaratmakta, diğer yönüyle (tali kurucu iktidar) ise bu düzenin içinde çalışmaktadır.

2. Çalışmamızda *tarihî yaklaşım* biçimi benimsenmemiştir. Zira yukarıda da belirtildiği gibi, konumuz kurucu iktidarın belirli bir dönem veya belirli bir ülke temelinde değil; genel, soyut ve evrensel bir düzeyde ele alınmasıdır. Bu nedenle tarihî yöntem, konumuz açısından pek elverişli bir yöntem değildir.

İkinci olarak çalışmamızda, *felsefî yaklaşım* biçimi de benimsenmemiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi, spekülâtif düşüncüyü ön planda tutarak bu olgunun derinliklerine inilmesinde

büyük yarar vardır. Ancak böyle bir yöntem uzmanlık alanımızın dışında kalmaktadır. Zira bu tür bir yaklaşım, hukuk ve siyasal bilim kültürü yanında derin bir felsefe kültürünü de gerektirmektedir<sup>1</sup>.

Üçüncü olarak konumuza sosyolojik açıdan da yaklaşılmalıdır. Bununla birlikte, kurucu iktidar konusunda bir ampirik çalışma, bir siyasal sosyoloji çalışması oldukça gereklidir. Ancak ampirik bir araştırma yapmanın güçlükleri<sup>2</sup> bizi böyle bir çalışma yapmaktan alıkoymdu.

**3.** Sonuç olarak çalışmamızın, bir tarih, bir felsefe, bir sosyoloji çalışması değil; bir *hukuk çalışması* olduğunu söyleyebiliriz.

Bir hukuk çalışması da *iki değişik açıdan* yapılabilir. *Bir kere*, incelenmesi istenilen konu, pozitif hukuk kuralları çerçevesinde ele alınabilir. Bu konuyu düzenleyen pozitif hukuk kurallarının anlam ve içeriğiyle ilgili sistematik açıklamalar getirilebilir. *İkinci olarak*, aynı konu pozitif hukuk kurallarından ve bunların uygulanmasına ilişkin sorunlardan bağımsız olarak genel düzeyde ele alınabilir.

Bu yaklaşım olanaklarından *birincisi*, anayasa hukuku, idare hukuku, ceza hukuku, ticaret hukuku gibi hukukun özel disiplinlerini, daha teknik bir terimle “hukuk dogmatik”ni; *ikincisi* ise “hukuk kuramı”nı oluşturur. Hukuk kuramı<sup>3</sup>, hukukun

---

1. Bu vesileyle belirtelim ki, böylesine bir felsefe kültürüne sahip olmayan bir hukukçunun, bu alanda kötü bir felsefeci olmaktan öteye gitmesi hayli zordur.

2. Söz konusu güçlükler için örneğin bkz. Aşağıda s.108, dn.119.

3. Hukuk kuramı hakkında bkz. Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, AÜSBF Yayını, Ankara, 1982, s.4-9. Hukuk kuramının kapsamı içindeki çalışmalar, yakın zamana kadar “hukukun genel teorisi” adı altında ele alınmıştır. Söz konusu kavram için bkz. Zeki Hafızoğulları, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1987, s.18; Zeki Hafızoğulları, “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu”, *AÜHFD*, Cilt XXXV, Yıl 1978, Sayı 1-4, s.252-53.



içeriğini değil, hukukun normatif yapısını, formel yapısını ince-ler; hukuk dogmatikliği, belirli bir hukuk düzenini incelerken hukuk kuramı, bütün hukuk düzenleri için geçerli genel, soyut ve evrensel düzeyde açıklamalarda bulunur.

Hemen belirtelim ki, konumuza hukuk dogmatikliği açısından yaklaşmak olanaksızdır. Çünkü yukarıda da açıklandığı gibi konumuz, kurucu iktidarın *belirli* bir anayasa temelinde değil; *genel, soyut ve evrensel* bir düzeyde incelenmesidir. Bu nedenle konumuzun, belirli bir hukuk düzenini esas alan hukuk dogmatikliğince incelenebilmesi olanaksızdır. Kaldı ki konumuzun önemli bir kısmını oluşturan aslî kurucu iktidarın hukuk dogmatikliğince incelenebilmesi zaten mümkün değildir. Zira bu iktidar aşağıda da açıklanacağı üzere, hukuk çerçevesinin dışında cereyan eden bir iktidardır. Oysa hukuk dogmatikliği, öncelikle pozitif hukuk kurallarına ihtiyaç duyar.

O halde çalışmamız bir hukuk dogmatikliği çalışması da değil, sadece bir hukuk kuramı çalışması olmakla yetinmek durumundadır.

Hukuk kuralları çerçevesinde çalışan *tali kurucu iktidarın hukuk kuramı* açısından incelenebileceğinden şüphe yoktur. Zira bu iktidarı düzenleyen kuralların belirli bir ülkenin düzenlemelerinden bağımsız olarak, genel, soyut ve evrensel bir düzeyde ele alınması ve yapılarının incelenmesi bir hukuk kuramı çalışmasına vücut verir. Çalışmamızın tali kurucu iktidar kısmında yapılan şey de budur. Söz konusu kısımda tali kurucu iktidarın niteliği, yeri, biçimleri ve benzeri yanları bu tür bir yaklaşımla ele alınmıştır.

Ne var ki *aslî kurucu iktidarın hukuk kuramı* açısından incelenemeyeceği ileri sürülebilir. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, hukuk kuramı, hukuku pozitif hukuk kurallarının içeriklerinden bağımsız olarak ele alır; hukukun içeriğini değil, yapısını inceler. Ancak bu durumda dahi, bir hukuk kuramı incelemesine malzeme oluşturacak bir yapı olarak da olsa, yine de

hukuk gereklidir. Yani hukuk kuramının da, hukukun içeriğine olamasa bile üzerinde tartışma yapabileceği bir veri olarak hukuka mutlaka ihtiyacı vardır. Diğer bir anlatımla hukuk kuramı, her ne kadar hukukun *içeriğini* incelemiyorsa da, hukukun *ötesini* de incelemeyebilir. Bu nedenle pozitif hukuk kurallarınca düzenlenmeyen aslî kurucu iktidarın, hukuk dogmatikince incelenemediği gibi hukuk kuramınca da incelenemesinin mümkün olmadığı söylenebilir.

Ortaya şöyle bir sonuç çıkıyor: Çalışmaya yukarıda açıklanan sebeplerle, tarihî, felsefî ve sosyolojik açılardan yaklaşılmamıştır. Geriye sadece hukukî yaklaşım olanağı kalmıştır. Bu yaklaşım ise hukuk dogmatikî ve hukuk kuramı açılarından oluşmaktadır. Ancak konumuza yine yukarıda açıklandığı üzere hukuk dogmatikî açısından da yaklaşım olanağı yoktur. Hukuk kuramı açısından ise sadece tali kurucu iktidar incelenebilmektedir.

Görünen odur ki, çalışmamızın sadece tali kurucu iktidarın incelendiği kısmında belirli bir yaklaşım biçimi vardır; o da hukuk kuramı yaklaşımıdır. Çalışmamızın aslî kurucu iktidarın incelendiği kısmını ise belirli bir yaklaşım biçimi içine sokmak oldukça güçtür. Belki bir çıkış yolu olarak, aslî kurucu iktidar hukuk dışı olduğunu söylemek için dahi hukuk eksenli bir tartışma yapılması gerektiği ileri sürülebilir. Ne var ki bu “hukuk eksenli tartışma” dahi hukuk kuramının dışında kalır.

Özetle çalışmamızın aslî kurucu iktidarın incelendiği kısmında, belirli bir yaklaşım biçiminin olmadığı söylenebilir. Ancak bununla beraber, bu kısmında yapılan açıklamalar, tarihî, felsefî ve sosyolojik yaklaşımlardan ziyade hukuk kuramı yaklaşımına daha yakındır. Kaldı ki, çalışmamızın tali kurucu iktidarın incelendiği kısmında, açıkça hukuk kuramı yaklaşımı vardır. Bu nedenle, çalışmamıza mutlaka bir isim koymak gerekirse kuru-

cu iktidarın tarihî, felsefî veya sosyolojik teorisi değil, “kurucu iktidarın hukukî teorisi” ismi konulmalıdır<sup>4</sup>.

4. Kurucu iktidarın tarih, felsefe ve sosyoloji açılarından incelenmeyip sadece hukuk açısından incelenmesi, tarihî, felsefî ve sosyolojik yaklaşımlarının öneminin ve gerekliliğinin inkâr edildiği anlamına gelmez. Zira çalışmamızda bu yaklaşımların kullanılmamasının birinci nedenini, yukarıda açıklandığı üzere bazı güçlükler oluşturmaktadır. Sonra asıl önemlisi, bir çalışmada birden fazla yöntem kullanılabilceği gibi tek yöntem de kullanılabilir. Bu takdirde ise hangi yöntemin kullanılacağı, en nihayet araştırmacıya kalmış bir tercih sorunudur.

Öte yandan, bir çalışmada kullanılan yöntemler ile kullanılmayan yöntemler, birer yöntem olmaları itibarıyla aynı değere sahiptirler ve bunların arasında bir çatışma değil birbirlerini tamamlama ilişkisi söz konusudur.

Nihayet belirtelim ki, aynı değerde sahip bu yöntemlerin *geçerlilik kriterleri* farklıdır. Örneğin sosyolojik yaklaşımın geçerlilik kriteri, gerçeklikle uyum, yani *ampirik tutarlılık* iken, hukukî yaklaşımınki *iç mantıkî tutarlılık*tır. Ayrıca bu yaklaşımların hepsini bilimsel saymak gerekir. Zira artık bilim, sadece gözlem ve deney ile tanımlanamaz. Günümüzde bilimden, iç mantıkî tutarlılığa sahip önermeler sistemini; açıkçası, dilin doğru bir teşkilini anlamak gerekir<sup>5</sup>. Bu anlamda, kurucu iktidara sosyolojik açıdan yaklaşılması ile hukukî açıdan yaklaşılması arasında bilimsellik bakımından bir fark yoktur.

**III. Türk kamu hukuku literatüründe kurucu iktidar, birkaç genel eserin sınırlı hacminin<sup>6</sup> dışına çıkıp bir monografi konusu**

4. Ancak bununla beraber, çalışmamızda yer yer tarihî, felsefî ve sosyolojik yaklaşımlardan yararlandığı bölümlere rastlanabilir. Örneğin bkz. İkinci Kısım, İkinci Bölüm, IV.

5. Hafizoğulları, *AÜHFD*, c.XXXV, Yıl 1978, S.1-4, s.274-79.

6. Örneğin kurucu iktidar konusuna on sayfadan fazla yer ayıran anayasa hukuku kitabı sayısı üçü geçmemektedir. Bu eserler şunlardır: Hüseyin Nail

olma şansına, tali kurucu iktidar kısmı hariç ulaşamamıştır. Tali kurucu iktidar alanında ise ülkemizde yazılmış iki monografi vardır. Bunlardan ilki Cem Eroğul<sup>7</sup>, ikincisi ise Coşkun San<sup>8</sup> imzasını taşımaktadır. Bunların dışında ayrıca daha birçok eserde kurucu iktidar konusunda kısa bilgilere rastlanabilir<sup>9</sup>. Çalışmalarımız sırasında kurucu iktidarı inceleyen bir makaleye rastlayamadık.

*Fransız* literatüründe de durum pek farklı değil. Anayasa değişiklikleri üzerine yazılmış olanlar bir yana bırakılırsa, doğrudan doğruya kurucu iktidar konusuna adanmış iki tez saptayabildik<sup>10</sup>. Fransa’da da kurucu iktidar konusu, temelde genel eserlerin sınırlı hacimlerinin içinde kalmıştır<sup>11</sup>. Fransız literatü-

---

Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, İÜHF Yayını, İstanbul, 1971, s.95-107; Tarık Zafer Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, Araştırma, Eğitim ve Ekin Yayınları, İstanbul, 1982, s.122-135; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul, 1986, s.149-76.

7. Cem Eroğul, *Anayasayı Değiştirme Sorunu*, AÜSBF Yayını, Ankara, 1974.
8. Coşkun San, *Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri*, AİTİA Yayını, 1974.
9. Örneğin, Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1988, s.62-66; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1989, s.119-20.
10. G. Héraud, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Thèse Toulouse, 1946; W. Leisner, *Le pouvoir constituant*, Thèse, Paris, 1956. Çeşitli Fransız kütüphanelerinden birçok defa istetmemize rağmen, bu iki esere ulaşmamız mümkün olmamıştır. Bu nedenle tezimizi, alanında yazılmış iki tezi göremeden yazmak zorunda kaldık.
11. Kurucu iktidar konusuna en geniş yer ayıran iki yazar şunlardır: R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome II, Recueil Sirey, Paris, 1922, s.483-416; Georges Burdeau, *Traité de science politique*, Tome III, L.G.D.J., Paris, 1950, s.171-291. *Traité* şimdiye kadar üç baskı yapmıştır. 1950’lerde ilk baskısında 7 cilt olan *traité*, 1980’lerde üçüncü baskısında 10 cilde ulaşmıştır. Yukarıda açıklanan aynı nedenle *traité* nin de sadece ilk baskısına ulaşabildik. Ayrıca belirtelim ki, bunların yanında daha birçok yazar “*précis*” ya da “*manuel*”lerinde birkaç sayfa içinde kurucu iktidar konusunu işlemişlerdir.

ründe de kurucu iktidar konusunda yazılmış bir makaleye rastlayamadık.

**IV.** Çalışmamız üç kısımdan oluşmaktadır. *Birinci kısımda* genel olarak kurucu iktidar, *ikinci kısımda* aslî kurucu iktidar, *üçüncü kısımda* ise tali kurucu iktidar incelenecektir. Çalışmamız sorunun genel bir değerlendirilmesi ve varılan sonuçların özetlenmesinin yer aldığı bir sonuç bölümüyle noktalanacaktır.

# Birinci Kısım

## GENEL OLARAK KURUCU İKTİDAR

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

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

## Birinci Bölüm

# KURUCU İKTİDARIN TANIMI

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

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

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

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

---

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

## İkinci Bölüm

# KURUCU İKTİDAR - KURULMUŞ İKTİDAR AYRIMI

Yukarıda gördüğümüz gibi, kendisine kurucu iktidar dediğimiz *anayasayı kuran* bir iktidar vardır. Ancak bu iktidarın yanında bir de *anayasa tarafından kurulan* iktidarlar vardır<sup>1</sup>. Anayasa tarafından kurulan yasama, yürütme ve yargılama gibi olağan devlet iktidarlarını, bunların dışında bulunan, onlardan üstün olan ve onları kuran kurucu iktidardan ayırmak gerekir<sup>2</sup>. Böylece, “*kurucu iktidar* (pouvoir constituant)” ile “*kurulmuş iktidarlar* (pouvoirs constitués)” arasında bir ayırım yapılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Anayasanın devletin hukuk düzeninin yaratıcısı olduğunun kabulünden bu yana, böyle bir ayırımın yapılması hiçbir güçlük doğurmaz. Nasıl yasama, yürütme ve yargılama faaliyetlerinin üzerinde yer alan üstün bir kural (anayasa) varsa, bu faaliyetleri yerine getiren organları kuran, onların yetkilerini belirleyen, onların üstünde yer alan bir iktidar (kurucu iktidar) da vardır<sup>3</sup>.

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

---

1. Carré de Malberg, c.II, s.510.

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

3. Burdeau, *Traité*, c.III, s.173.



## Üçüncü Bölüm

# KURUCU İKTİDAR DÜŞÜNCESİNİN DOKTRİNAL KÖKENİ

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

Hemen belirtelim ki, *İngiliz* kamu hukuku geleneği, kurucu iktidar düşüncesine tamamen yabancıdır. Çok söylendiği gibi, İngiltere’de, “*parlamento her şeyi yapabilir*”. Parlamento, olağan yasaları yaptığı gibi aynı usulle iktidarın teşkilatlandırılmasına ilişkin yasaları da yapabilir<sup>1</sup>. Bu durum, İngiltere’de kurulmuş iktidarlardan ayrı bir kurucu iktidar düşüncesinin doğmasını engellemiştir. Bu nedenle, kurucu iktidar düşüncesinin köklerinin İngiliz doktrininde aranması boşunadır.

Oysa kurulmuş iktidarlardan ayrı bir kurucu iktidar düşüncesi, devrim döneminin bütün Fransız siyasal düşüncesinde bazen açık, bazen de kapalı bir şekilde yer almıştır<sup>2</sup>.

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

---

1. Carré de Malberg, c.II, s.541.

2. Burdeau, *Traité*, c.III, s.175.

# İkinci Kısım

## ASLÎ KURUCU İKTİDAR

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

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

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

## İkinci Bölüm

# ASLÎ KURUCU İKTİDARIN SINIRI

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

### I. ASLÎ KURUCU İKTİDARIN SINIRLI OLDUĞU GÖRÜŞÜ

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

Kurucu iktidarın insan hakları ile sınırlı olduğu görüşü, bu kavramın isimbabası olan *E. Sieyès* tarafından da savunulmuştur. Sieyès, 1789 Temmuz'unda Anayasa Komitesi önünde

---

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

## Üçüncü Bölüm

# ASLÎ KURUCU İKTİDARIN SAHİBİ

Aslî kurucu iktidarın kime ait olduğu konusunda birçok yazar değişik görüşler ileri sürmüştür. Örneğin, Burdeau'ya göre, aslî kurucu iktidarın sahibi ancak halk olabilir. Zira kurucu iktidar, hukuk fikrine bağlıdır; bu fikrin taşıyıcısı ise doğrudan doğruya *halktır*. Ancak bununla birlikte yazar, bu iktidarın bir bireyde, hukuk fikrini kendisinde somutlaştıran bir şefte de toplanabileceğini kabul etmektedir<sup>1</sup>.

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

---

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

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

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

## **Dördüncü Bölüm**

# **ASLÎ KURUCU İKTİDARIN ORTAYA ÇIKIŞ HALLERİ**

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

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

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

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

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

## Beşinci Bölüm

# ASLÎ KURUCU İKTİDARIN BİÇİMLERİ: ANAYASA YAPMA USÛLLERİ

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

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

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

# Üçüncü Kısım

## TALİ KURUCU İKTİDAR

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

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

## **Birinci Bölüm**

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

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

### **I. ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ ALEYHİNDEKİ GÖRÜŞLER**

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

---

1. Tunaya, s.130.



## İkinci Bölüm

# TALİ KURUCU İKTİDARIN HUKUKÎ NİTELİĞİ

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

Aslî kurucu iktidarın hukukî niteliği konusundaki bu tartışmalara karşın tali kurucu iktidarın hukukî niteliği konusu tartışmasızdır. Tüm yazarlar bu iktidarın hukukî bir iktidar olduğu konusunda uzlaşmaktadır<sup>1</sup>.

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

---

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

## Üçüncü Bölüm

# TALİ KURUCU İKTİDARIN SAHİBİ

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

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

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

## Dördüncü Bölüm

# TALİ KURUCU İKTİDARIN YERİ

Tali kurucu iktidarın yerini saptamadan önce, bir ayırmadan, aslî kurucu organ-tali kurucu organ ayırımından kısaca bahsedelim: Yeni bir anayasa yapan, yani aslî kurucu iktidarı kullanan organ “*aslî kurucu organ*”dır. Bu organ, tek kişi olabileceği gibi, beş kişi de veya bir meclis de olabilir. Önemli olan bu organın anayasa yapma iktidarını *kendi kendinden* almasıdır. Buna karşılık, anayasayı değiştiren organ, yani tali kurucu iktidarı kullanan organ, “*tali kurucu organ*”dır. Bu organ ise anayasayı değiştirme yetkisini, kendisinden değil, *anayasadan* almaktadır<sup>1</sup>.

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

---

1. Eroğul, s.27.

## Beşinci Bölüm

# TALİ KURUCU İKTİDARIN SINIRI SORUNU

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

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

### I. ŞEKLÎ YÖNDEN

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

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

Anayasa değişikliklerinin anayasada öngörülen şekil ve usûl kurallarına aykırı olarak yapılması, ortada geçerli olarak belirtilmiş bir tali kurucu iktidar iradesinin olmaması anlamına gelir. Aslî kurucu iktidar, anayasayı değiştirme usûlünü biçim bakımından belirlemekle tali kurucu iktidarı da biçim bakımından sınırlandırmış olmaktadır. Diğer bir ifadeyle tali kurucu iktidar, ancak bu şartlara uymak kaydıyla anayasayı değiştirebilir<sup>1</sup>.

---

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

## Altıncı Bölüm

# TALİ KURUCU İKTİDARIN BİÇİMLERİ: ANAYASAYI DEĞİŞTİRME USÛLLERİ

Tali kurucu iktidarın biçimleri, diğer ifadeyle anayasayı değiştirme usûlleri oldukça çeşitlidir. Daha önce de belirtildiği gibi tali kurucu iktidar hukukî bir iktidardır. Bu nedenle bu iktidarın uyacağı usûl de hukukî bir usûldür. Ancak somutta bu usûlün *ne olacağı*nın belirlenmesi hukukun dışında kalır. Yani anayasayı değiştirme usûlü konusunda önceden saptanmış evrensel bir hukuk kuralı yoktur. Tali kurucu iktidar belirli bir usûle uymak zorunda değildir. Gerçekten de Eroğul'un belirttiği gibi anayasalar değiştirilmeleri sorununu son derece çeşitli şekillerde çözmüşlerdir. Şu ya da bu çözüm siyasî bakımdan daha doğru veya kullanışlı olabilir. Ancak bunlardan birinin hukuken daha doğru ya da daha geçerli olduğunu söyleyemeyiz<sup>1</sup>.

Çalışmamızın konusu *anayasa türlerinin* incelenmesi olmamakla birlikte, anayasayı değiştirme usûllerini incelemeye geçmeden önce, kısaca anayasa türlerini incelemekte yarar vardır. Zira anayasayı değiştirme usûlleri her şeyden önce anayasanın yazılı-yazısız ve yumuşak-katı olmasına göre değişmektedir.

---

1. Eroğul, s.31.

# SONUÇ

**I. 1.** *Kurucu iktidar*, bir devletin anayasasını yapma ya da değiştirme iktidarı olarak tanımlanmaktadır. Bu iktidar, *aslî kurucu iktidar* ve *tali kurucu iktidar* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Aslî kurucu iktidar anayasayı *yapma*, tali kurucu iktidarsa anayasayı yine o anayasada öngörülen usûllerle *değiştirme* iktidarındır.

**2.** Kurucu iktidarın yanında bir de *kurulu iktidardan* bahsedilir. Bu iktidar ise kaynağını ve yetkilerini kurucu iktidardan alan devletin çeşitli yetkilerini kullanma iktidarındır.

**3.** Kurulu iktidarlardan ayrı bir kurucu iktidar düşüncesine ilk kez Emmanuel Sieyès'te rastlanır. Bu iktidarın isim babalığını yapmak da Sieyès'e nasip olmuştur.

**II. 1.** Aslî kurucu iktidarın *hukukî niteliği* hayli tartışmalıdır.

*Pozitivistlere* göre aslî kurucu iktidar, *hukuk-dışı* bir iktidardır. Zira bu anlayışa göre, bir işleme hukukî nitelik kazandıran şey, o işlemin daha önceki bir kurala dayanmasıdır. Aslî kurucu iktidarın ise dayanabileceği daha eski bir kural yoktur.

*Tabî hukukçular* ise aslî kurucu iktidarı, *hukukî nitelikte* bir iktidar olarak görmektedirler. Onlara göre kurucu iktidar, kanunların ve anayasanın üzerinde yer alan bir hak ve adalet fikrine dayandığı takdirde hukukîdir. Kanımızca bu görüş, isabetsizdir. Zira kanunların ve anayasanın üzerinde yer alan bir hak ve adalet fikrinin ne olduğu asla belirlenemez.

*Burdeau* da, aslî kurucu iktidarı *hukukî* bir iktidar olarak görmektedir. Yazara göre aslî kurucu iktidarın hukukî niteliği-

nin bilinebilmesi, devrimlerin anlamının bilinebilmesine bağlıdır. Ona göre devrim, yeni bir hukuk düzeninin yaratılmasına işaret eder. Bu yeni hukuk düzeninin geçerliliği devrimci hareketin başarısına değil, toplumda egemen olan “*hukuk fikri*”nin değişmesine bağlıdır. Devrim hukukun kesintiye uğraması değil, hukukun yapısının dönüşmesidir. Bu nedenle aslî kurucu iktidarı ilk elden hukukî nitelikte bir iktidar olarak kabul etmek gerekir. Zira o, eski hukuk fikrinin köhneleşmesiyle tükenmiş bulunan siyasal ve sosyal teşkilata hukuku yeniden kazandırmaktadır.

Kanımcı Burdeau’nun düşüncelerine de katılmaya olanak yoktur. Bir kere, yazarın devrimleri salt kuvvet olayı olarak görmemesi, bir devrimin başarıya ulaşmasını toplumda egemen olan “*hukuk fikri*”nin değişmesine bağlaması, sosyolojik gerçeklerle çelişki halindedir. Kaldı ki, yazarın görüşlerini temellendirdiği “*hukuk fikri*” kavramı da objektif olarak açıklanamaz bir kavramdır.

Aslî kurucu iktidarın hukukî niteliğini açıklamaya çalışan diğer bir yazar da *Duverger*’dir. *Duverger*’nin görüşleri, temelde, kurucu iktidarın bir *oto-limitasyon teorisi* olarak görülebilir. Yazara göre, devrimlerden sonra kurulan fiili hükümetler, işbaşına gelir gelmez, birtakım hukukî ve felsefi ilkelere dayandıklarını, bu ilkeleri gerçekleştirmek için iktidara el koyduklarını ilan etmektedirler. Bu ilkeler, geleceğin anayasasının temelini oluştururlar; embriyon halinde de olsa pozitif bir değer taşırlar. Fiili hükümetler, bu ilkeleri ilan etmekle, *kendi kendilerini bağlarlar, taahhüt altına sokarlar*.

Oysa kanımcı, bu ilkelere bağlayıcılık tanınmaz. Bir kere, fiili hükümetlerin bu ilkelere aykırı davrandığını tespit edecek ve müeyyide uygulayacak organlar yoktur. Kaldı ki, kendi kendini bağlama mantıksal bakımdan bir çelişkidir. Çünkü bu süje tarafından konulan kurallara yine kendisi tarafından uyulmaması, o kuralın *ihlali* değil, *değiştirilmesi* olarak yorumlanmalıdır.

Zira kural ile kurala aykırı hareket aynı süjeden çıkmak itibarıyla aynı değere sahiptir. Aynı değere sahip iki işlemden birinin diğerini ihlal ettiğini söylemek ise hukuk mantığına ters düşer. Özetle, Duverger'nin görüşleri kurucu iktidarın bir oto-limitasyon teorisidir. Ama tüm oto-limitasyon teorileri gibi sınırlamayı sağlayacak mekanizma ve mantıktan yoksundur.

*Kanımca*, aslî kurucu iktidarın hukukî niteliği konusundaki görüşlerin farklılığı, bu görüş sahiplerinin “hukukîlik” anlayışlarındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır. Farklı hareket noktalarından kalkıp farklı sonuçlara varılması son derece doğaldır. Bu nedenle aslında her iki grup görüşü de kendi içlerinde tutarlı, dolayısıyla geçerli görüşler olarak görmek gerekir.

O halde aslî kurucu iktidarın hukukî niteliğini saptayabilmek için, öncelikle, “hukukîlik”ten neyi anlamak gerektiği sorusuna cevap vermek gerekir. Bir kural birbirinden bağımsız olarak üç ayrı değerlendirmeye tabi tutulabilir. Bunlar *adillik*, *etkinlik* ve *geçerlilik*dir. Hukukîliğin kriteri adillik ve etkinlik değil, geçerlilikdir. Adillik hukukîliğin kriteri olamaz; çünkü, bir normun norm dışındaki bir değerle karşılaştırılmasını gerektirir. Etkinlik de hukukîliğin kriteri olamaz; çünkü bu kavram, normun ihlali halinde normun saygılığının sağlanıp sağlanmadığı sorunuyla ilgilidir. Bunun tespiti ise hukukun *dışında* tarihi, sosyolojik bir incelemeyi gerektirir. O halde geriye hukukîliğin kriteri olarak sadece geçerlilik kalmaktadır. Geçerlilik, bir normun belli bir hukuk düzeninin parçası olup olmadığı anlamına gelir. Diğer bir deyişle normun geçerliliği, normun kendisinden önce var olan bir norma dayanıp dayanmamasına bağlıdır. Özetle bir işlem, bir kural, kendisinden önce var olan bir hukuk normuna dayanıyorsa *hukukî*, dayanmıyorsa *hukuk-dışı*dır.

Bu sonuç ise bizi, aslî kurucu iktidarı hukuk-dışı bir olgu olarak gören pozitivist teze ulaştırıyor. Zira bu iktidarın yeni bir anayasa yaparken dayanabileceği daha eski bir kural yoktur.



2. Aslî kurucu iktidarın *sınırı* sorunu da hayli tartışmalı bir sorundur. Bazı yazarlara göre aslî kurucu iktidar, insan haklarıyla sınırlıdır. Kanımca bu görüş yanlıştır. Zira bir iktidarın sınırlı olduğunu söylemek başka şey, sınırlı olması gerektiğini söylemek başka şeydir.

Aslî kurucu iktidarın sınırlı olup olmadığı sorunu, bu iktidarın hukukî niteliğinden hareketle çözülmelidir: Aslî kurucu iktidar, hukuk-dışı bir iktidar olduğuna göre, bu iktidar hukuken sınırsız bir iktidardır. Ancak bu sınırsızlık salt hukuksal anlamdadır. Sosyolojik anlamda bu iktidarı sınırlayan birçok faktör elbette olabilir.

3. Aslî kurucu iktidarın *sahibi* konusunda da değişik görüşler vardır. Ulus ya da halk egemenliği kuramcılarına göre kurucu iktidarın sahibi de ulus ya da halktır. Onlara göre kurucu iktidar bir monarka ait olamaz. Zira bu ulus egemenliği kuramına aykırı olur. Ancak bu görüşe katılmaya imkan yoktur. Çünkü, kurucu iktidarın bir monarka verilmesinin ulusal egemenlik kuramına aykırı olduğu söylenebilse de, hukuka aykırı olduğu söylenemez. Çünkü anlayışımıza göre hukuka aykırı olduğu söylenemez. Çünkü anlayışımıza göre hukukîliğin kriteri, ulusal egemenlik ilkesi değil, geçerliliklidir.

Kanımca aslî kurucu iktidarın sahibi sorunu, bu iktidarın hukukî niteliğinden hareketle çözümlenmelidir: Aslî kurucu iktidar hukuk-dışı bir iktidar olduğuna göre, bu iktidarın sahibinin kim olduğu sorusu da hukuk-dışı bir sorudur. O halde bu iktidarın sahibinin kim olduğu sorusu hukukçu olarak bizi ilgilendirmez.

4. Aslî kurucu iktidarın *ortaya çıkış hallerini* de bu iktidarın hukukî niteliğinden hareketle belirleyebiliriz. Aslî kurucu iktidar, hukuk-dışı bir iktidar olduğuna göre, bu iktidarın ortaya çıkış hallerinin de hukuk boşluğu ortamında belirmesi gerekmektedir. Kanımca iki tür hukuk boşluğu vardır: Bir hukuk boşluğu ya baştan itibaren mevcuttur ya da sonradan yaratılmış-

tır. *Baştan itibaren mevcut olan hukuk boşluğunda ortaya çıkan aslî kurucu iktidar*, yeni bir hukuk düzeni kurarken eski bir hukuk düzenini yıkmamış, zaten mevcut olan hukuk boşluğu ortamından yararlanmıştı. Bu durumda aslî kurucu iktidarın yaptığı anayasa, devletin birinci anayasasıdır. Bu hale örnek olarak, Avrupa’da Ortaçağ Feodalitesinden sonra kurulan mutlak monarşileri, sömürgecilikten kurtularak kurulan Afrika ülkelerini gösterebiliriz. İkinci halde, yani *sonradan yaratılmış bir hukuk boşluğu ortamında beliren aslî kurucu iktidar*, önce mevcut anayasayı ortadan kaldırarak bir hukuk boşluğu yaratır; sonra, bu hukuk boşluğunu yeni bir anayasa yaparak, yeni bir hukuk düzeni kurarak doldurur. Devrim ya da savaş sonrası durumlarda ortaya çıkan bu halde, yepyeni bir devlet kurulmakta, mevcut devletin kuruluşu yenilenmektedir.

5. Aslî kurucu iktidarın *biçimleri*, yani *anayasa yapma usûlleri* sorununu da bu iktidarın hukukî niteliğinden hareketle çözebiliriz. Aslî kurucu iktidar, hukuk-dışı bir iktidar olduğuna göre bu iktidarın izleyeceği usûl de hukuk-dışı bir usûldür. Diğer bir ifadeyle, aslî kurucu iktidarın biçimlerini saptamaya hukuken imkan yoktur.

Ancak bununla birlikte, aslî kurucu iktidarın kullandıkları usûlleri, egemenlik kavramını esas alarak bir tasnife tabi tutabiliriz. Şöyle ki egemenlik, hükümdardaysa anayasa, hükümdarın bahsettiği bir *ferman*; hükümdar ile parlamento arasında bölüşülmüşse bir misak şeklinde olacaktır. Bunlar, anayasa yapmanın *monokratik usûlleridir*. Anayasa yapmanın bir de *demokratik usûlleri* vardır. Demokrasilerde artık, egemenlik bir kişiye değil, halka ya da ulusa ait olmalıdır. Egemenlik, ulusa aitse anayasa, *kurucu meclis*; halka aitse *kurucu referandum* usûlüyle yapılacaktır.

Özetle *aslî kurucu iktidar, hukuk-dışı, sınırsız, sahibi hukuken saptanamayan, hukuk boşluğu ortamında beliren, monokra-*

*tik ya da demokratik biçimleri olan “yeni bir anayasa yapma iktidarı”dır.*

**III. 1.** Anayasa değişikliği aleyhine birtakım düşünceler i-leri sürülmüşse de, *anayasa değişikliğinin gerekliliği* genellikle kabul edilmektedir. Ancak bununla birlikte bir de anayasanın istikrarına da ihtiyaç vardır. Uygun olan, değiştirme gerekliliği ile istikrar ihtiyacının uzlaştırılması ve anayasaya bir “nispî istikrar” sağlanmasıdır.

**2.** Tali kurucu iktidarın *hukukî bir iktidar* olduğu tartışmasızdır. Gerçekten de bu iktidar, yürürlükteki anayasadan kaynaklanmakta, bu anayasanın koyduğu kurallar çerçevesinde çalışmaktadır.

**3.** Tali kurucu iktidar hukukî bir iktidar olduğuna göre, bu iktidarın *sahibinin kim olduğu* sorunu da hukukî bir sorundur. Tali kurucu iktidarın sahibini anayasalar belirlemektedir. Genellikle anayasalar, bu iktidarı, kendi kurdukları organlardan birine vermektedirler. Ancak anayasanın şu ya da bu organı tercih etmesinin bir hukukî zorunluluğu yoktur. Zira bu organı, aslî kurucu iktidar saptamaktadır. Hukuk-dışı ve sınırsız bir iktidar olan aslî kurucu iktidarsa bu saptamayı dilediği gibi yapabilir.

**4.** Tali kurucu organın *yerini* değişik açılardan saptayabiliriz. Önce, bu organın, *aslî kurucu organ karşısındaki yeri* incelenebilir. Tali kurucu organ, hukukî statüsü bakımından aslî kurucu organın altında yer alır; ondan kaynaklanır. *Fonksiyonu* bakımından ise aslî kurucu organla eşdeğerdedir. Sonra, tali kurucu organın *diğer anayasal organlar karşısındaki yeri* araştırılabilir. *Hukukî statüsü* bakımından tali kurucu organ, diğer anayasal organlardan farksızdır. O da diğerleri gibi, aslî kurucu organın kurduğu bir “kurulmuş organ”dır. Ancak *fonksiyonu* bakımından ise tali kurucu organ, diğer anayasal organların üstünde yer alır. Onların karşısında “kuruculuk” yetkisine sahiptir; onların kaderini belirler.

5. Tali kurucu iktidar hukukî bir iktidar olduğuna göre, *şeklî yönden* sınırlı bir iktidardır. *Maddî yönden* sınırlılığı ise tartışmalıdır. Anayasa-üstü normlar ya da anayasa-içi hiyerarşi varsayımlarına dayanarak bu iktidarın maddî yönden de sınırlı bir iktidar olduğunu savunanlar varsa da kanımca bu görüş kabul edilemez. Zira anayasa-üstü normları ya da anayasanın içindeki hiyerarşik bakımdan üstün normları saptamak hukuken mümkün değildir. Kaldı ki anayasa normları arasında hiyerarşi olmadığı kabul edilmektedir. Her anayasa kuralı, aynı anayasa-da yer almak itibarıyla aynı hukukî değere sahiptir. Özetle, anayasada belirtilen değiştirme usûlüne uygun olarak gerçekleştirilen bir anayasa değişikliği geçerli bir anayasa normudur. Bu normun kendisiyle eşdeğerdeki olan normlara uygunluğunun denetlenmesi mümkün değildir. O halde tali kurucu iktidar, maddî yönden sınırsız bir iktidardır.

Ancak birtakım *özel durumları* da ayrıca incelemek gerekir.

Bir kere, tali kurucu iktidarın *anayasanın değiştirilemeyecek hükümlerini değiştirip değiştiremeyeceği sorunu* hayli tartışmalıdır. Böyle *içeriksel sınırlamaların* hukukî değerden yoksun olduğu ileri sürülmüşse de kanımca, bu sınırlamaların bir anlamı vardır. Çünkü bu hükümlerin değiştirilemeyeceğini aslî kurucu iktidar öngördüğüne göre bu iktidardan türeyen tali kurucu iktidar, bu sınırlamalara öncelikle uymak zorundadır. Aksi halde, kendi kendisini inkâr etmiş, kendi temelini kendisi yıkmış olur. Diğer yandan kanımca, anayasanın bazı maddelerinin değiştirilemeyeceği açıkça belirtilmişse, anayasa içinde bir hiyerarşi yaratıldığını kabul etmek gerekir. Değiştirilemeyeceği ayrıca belirtilen maddeler hiyerarşik bakımdan üstün maddelerdir; diğerlerinin bunlara uygunluğu denetlenebilir.

İkinci olarak, bazı anayasalar değiştirilmelerini *belirli bir süreyle yasaklamaktadırlar*. Kanımca, yukarıdaki aynı nedenlerle böyle *zamansal sınırlamaların* da hukukî değeri vardır. Bu tür hükümler, tali kurucu iktidarın zamansal sınırını oluştururlar.

Üçüncü olarak, tali kurucu iktidarın *anayasayı bütünüyle* değiştiremeyeceği ileri sürülmüşse de, kanımca buna hukuken hiçbir engel yoktur. Zira bu iktidarın anayasanın bir ya da bir kaç maddesini değiştirmesiyle anayasanın bütününe değiştirmesi arasında nitelik bakımından hiçbir fark yoktur.

Dördüncü olarak, aksi ileri sürülmüşse de, tali kurucu iktidar anayasadaki *değiştirme usûlünü* de değiştirebilir. Çünkü değiştirme usûlü de anayasanın diğer maddeleri gibi değiştirilebilir bir maddede düzenlenmiştir.

Nihayet tali kurucu iktidarın *anayasanın ruhunu* değiştiremeyeceği ileri sürülmüştür. Ancak bu görüşe de katılmaya imkân yoktur. Çünkü anayasanın ruhu objektif olarak saptanmayan hukuk-ötesi bir kavramdır. Anayasanın ruhu olarak nitelendirilebilecek temel ilkeler, anayasada sayılıp açıkça değiştirilemeyecekleri belirtilmedikçe, yani öz hukukîleştirilmedikçe, bu temel ilkelerin değiştirilmelerine hiçbir hukukî engel yoktur.

**6.** Tali kurucu iktidar hukukî bir iktidar olduğuna göre, bu iktidarın *biçimleri* yani *anayasayı değiştirme usûlleri* de hukukî usûllerdir. Ancak somutta bu usûllerin ne olacağının belirlenmesi hukukun dışında kalır. Başka bir anlatımla anayasayı değiştirme usûlü konusunda önceden saptanmış evrensel bir hukuk kuralı yoktur.

Anayasayı değiştirme usûlleri anayasanın türüne göre değişmektedir. Yazılı anayasa sisteminde değiştirme usûlü, genel olarak anayasada belirlenmektedir. Dünya anayasaları bu usûlleri çok değişik şekillerde düzenlemişlerdir. Yazısız anayasa sisteminde, anayasayı değiştirme usûlünü belirleyen bir kural bu anayasanın mahiyeti gereği yoktur. Bu nedenle, bu tür sistemlerde, değiştirme usûlünü ortaya çıkarmanın tek yolu değişikliğin fiilen nasıl gerçekleştirildiğini incelemekten geçer. Örneğin, yazısız anayasa sistemine sahip İngiltere’de anayasalar, ya belli bir kuralın fiilen yerleşmesine veya ortadan kalkmasına yol

açan uygulamalarla ya da önemli bir sorunu çözmek için özel olarak konulan kurallarla değiştirilmektedir.

Özetle *tali kurucu iktidar, hukukî olan ve sahibi hukuken belirlenebilen, fonksiyonu bakımından kurucu, ama hukukî statüsü bakımından kurulu olan, şeklî yönden sınırlı, maddî yöndense kural olarak sınırsız olan, anayasaların yazılı ya da yazısız olmasına göre çok değişik biçimlerde ortaya çıkan bir “anayasayı değiştirme iktidarı”dır.*

(Ankara, Nisan 1990)

## BİBLİYOGRAFYA

- ABADAN (Yavuz), *İnkılap Tarihine Giriş*, Ajans-Türk Yayınları, Ankara, 1962.
- ARSEL (İlhan), *Anayasa Hukuku (Demokrasi)*, İstanbul, 1968.
- ATAÖV (Türkkaya), *Afrika: Ulusal Kurtuluş Mücadeleleri*, AÜSBF Yayını, Ankara, 1975.
- BARTHELEMY (Joseph) ve DUEZ (Paul), *Traité de droit constitutionnel*, Librairie Dalloz, Paris, 1933.
- BATUHAN (Hüseyin) ve GRÜNBERG (Teo), *Modern Mantık*, ODTÜ Yayını, Ankara, 1984.
- BURDEAU (Georges), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, Paris, 1969.
- BURDEAU (Georges), *Traité de science politique*, Tome III, LGDJ, Paris, 1950.
- CADART (Jacques), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Tome I, LGDJ, Paris, 1975.
- CARRE de MALBERG, (Raymond), *Contibution à la théorie generale de l'Etat*, Tome II, Recueil Sirey, Paris, 1922.
- CHANTEBOUT (Bernard), *Droit constitutionnel et science politique*, Armand Colin, Paris, 1985.
- CHATEAU (René), *Introduction à la politique*, Publications Chateaubriand, Paris, Tarihsiz.
- ÇAĞLAR (Bakır), *Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı*, BFS Yayınları, İstanbul, 1989.
- CELIER (Charles), *Inroduction à la science politique*, Fascicule I, Les cours de droit, Paris, 1950-51.
- ÇAM (Esat), *Devlet Sistemleri*, İÜİF Yayını, İstanbul, 1976.
- DAVİD (René), *Les grands systèmes de droit contemporaine (Droit comparé)*, Dalloz, Paris, 1969.
- DUVERGER (Maurice), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, PUF, Paris, 1962.

# DİZİN

- 13 Aralık 1960 tarihli ve 157 sayılı Kanun, 39  
1787 ABD Anayasası, 72, 88, 112, 117  
1789 Fransız devrimi, 33  
1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi, 58  
1791 Anayasası, 116  
1793 Haklar Beyannamesi, 117  
1814 Charte'ı, 46, 80  
1848 Helvetya Federal Cumhuriyeti, 72  
1876 Kanunu Esasisi, 81  
1917 Rus devrimi, 33  
20 Temmuz 1789 Anayasa Komitesi, 22  
27 Ekim 1980 tarih ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun, 74  
27 Mayıs ihtilali, 39  
29 Ocak 1871 tarihli Ulusal Savunma Hükümeti Kararnamesi, 46  
5 Mart 1848 tarihli Geçici Hükümet Kararnamesi, 45  
9 Temmuz 1961'de yapılan referandum, 39  
VIII'inci yıl (1799) Anayasasının, 73  
XVIII. Louis, 46  
XVIII. Louis, 80  
**-A-**  
ABD Federal Anayasası, 72  
ABD Yüksek Mahkemesi, 150  
Amerikan Anayasası, 112  
*abrogation de constitution*, 72  
açığa imza, 97  
açık bono, 97  
adillik, 52, 54, 55  
Afrika'da askeri müdahaleler, 34  
Alman Anayasa Mahkemesi, 146  
Amerikan realist okulu, 53, 54  
Amerikan tipi kurucu meclis, 89  
anayasa değişikliği aleyhindeki düşünceler, 114  
anayasa değişikliği lehindeki görüşler, 115  
anayasa değişikliklerini şekil bakımından denetleme yetkisi, 146  
Anayasa Düzeni Hakkında Kanun, 74  
anayasa-ıçi hiyerarşi, 138, 139, 153  
anayasanın bütünüyle değiştirilmesi, 155  
anayasanın değiştirilemeyecek hükümleri, 150  
anayasanın değiştirilmesi yasaklanan hükümleri, 152  
anayasanın istikrarı, 118  
anayasanın ruhu, 158, 159  
anayasasızlaştırma, 73  
anayasasızlaştırmaya bizden bir örnek, 74  
anayasa-üstü normlar, 138, 139  
anayasaya karşı hile, 158, 162  
anayasayı değiştirme usûlleri, 164  
anayasayı ilga, 72  
aslî kurucu iktidarın biçimleri, 77  
aslî kurucu iktidarın hukukî niteliği, 26  
aslî kurucu iktidarın hukukîliği, 55  
aslî kurucu iktidarın sahibi, 65  
aslî kurucu iktidarın sınırı, 57  
aslî kurucu iktidarın sınırlı olduğu görüşü, 57  
*assemblée constituante*, 88  
Avusturya, 146  
ayrıcalıklarından vazgeçme, 71  
**-B-**  
bağımsız devletlerin birleşmesi, 71, 72



bağımsızlık savaşı, 70  
*barrière de papier*, 144  
 Barthélemy, 26  
 belli bir olaya bağlı zamansal sınırlama, 154  
 beyaza imza, 97  
*Bill of Rights*, 84  
 blok halinde oylama, 92  
 bonapartist anayasacılık, 96  
 Bracton, 46  
 Burdeau, 30, 31, 33, 35  
**-C-**  
 Cadart, 84  
 Carré de Malberg, 26, 27, 29  
 cezai müeyyide, 128  
 Chateau, 57  
*constitutions coutumières*, 165  
*constitutions écrites*, 165  
*convention*, 88  
 cumhuriyet şeklinin değişmezliği, 142  
**-D-**  
 Dahomey, 34  
 David, 59  
 De Gaulle, 130  
*déinstitutionnalisation par l'effet des révolutions*, 73  
 değer yargısı, 56  
 değiştirme usulünü değiştirme, 156  
 demokrasi, 110  
 demokratik usüller, 85  
 devletin doğumu, 27  
 devletin kaynağı, 27  
 devletin kuruluşu yenilenmesi, 69  
 devletin yeni bir anayasasının yapılması, 28  
 devrim, 74  
 devrimci hareketler, 28  
 devrimlerin etkisiyle anayasasızlaştırma, 73  
 dilin etkileme gücünü, 42  
 doğrudan demokrasi, 86  
 Duverger, 42, 44, 45, 47, 49

**-E-**  
 egemenliğin devredilmezliği, 86  
 ele geçirilmiş egemenlik, 95  
 Eroğul, 7, 27, 29, 30, 122  
 Esmein, 26, 28  
*Etats Généraux*, 47  
 Etiyopya Anayasası, 80  
 etkinlik, 53  
*Exposition raisonnée des droits de l'homme*, 22  
**-F-**  
 Federal Alman Anayasa Mahkemesi, 138  
 federal yapının değiştirilmesi yasağı, 143  
 felsefî açı, 1  
 feodalite, 70  
 ferman, 79  
 fermanın bağlayıcılığı, 81  
 fiilî hükümetler, 43, 47, 50  
 fiilî hükümetlerin meşruluğu, 42  
 Filadelfiya Konvansiyonu, 88  
 fonksiyonu bakımından tali kurucu organ, 125  
 Fransız devrimi, 88  
 Fransız literatürü, 7  
 Fransız siyasal düşüncesi, 18  
 Fransız tipi kurucu meclis, 88  
*fraude à la constitution*, 158  
**-G-**  
 geçerlilik, 53, 54, 55  
 geçici değişmezlik, 153  
 geleneksel anayasa, 166  
 geleneksel anayasalar, 165  
 Güney Afrika Anayasası, 146  
**-H-**  
 hak ve adalet fikri, 37  
 halk egemenliği teorisi, 86  
 halk egemenliği, 99  
 hile-i şer'iyye, 148  
 Hindistan Federal Yüksek Mahkemesi, 147  
 Hitler, 158

- hukuk boşluğu, 68  
 hukuk dogmatikçi, 3  
 hukuk fikri (*idée de droit*), 32, 35  
 hukuk kuramı, 3  
 hukuka aykırı, 55  
 hukuk-dışı, 55  
 hukuk-dışılık görüşü, 26  
 hukukî kelimesinin gramatikal anlamı, 36  
 hukukî pozitivism, 51  
 hukukî, 55  
 hukukleşmiş öz, 161  
 hukukîlik ile yasallık arasındaki uyuşum, 33  
 hukuk-ötesi, 57, 161  
 hukukun genel ilkeleri, 59  
 hukukun kesintiye uğraması, 32  
 hukukun sıfır noktası, 72  
 hükümet darbeleri, 28  
 hükümet darbesi, 74  
**-İ-**  
 içeriksel sınırlamalar, 142, 162  
 içeriksel sınırlamaların hukukî değerden yoksun olduğu görüşü, 144  
*idée de droit*, 32  
 İkinci Dünya Savaşı, 75  
 ilahi hukuk fikri, 46  
 ilga, 73  
 ilk anayasalar, 117  
 ilk anayasasının yapılması, 28  
*immutabilité temporaire*, 153  
 İngiltere’de anayasa değişikliği, 177  
 insan hakları, 57  
 İtalya Anayasa Mahkemesi, 146  
 İtalya’nın siyasal birliğini sağlaması, 70  
 İtalyan Anayasası 1848, 81  
**-J-**  
 Jefferson, 116  
**-K-**  
 kağıttan engel, 144  
 Kanada Anayasası, 71  
 Kanunların Ruhu, 21  
 Kapanı, 14, 60, 62  
 karar safhası, 173  
 karar usûlü, 174  
 karar yetkisi, 174  
 katı anayasa, 169  
 kısmi değişmezlik, 142, 162  
 konvansiyon, 88  
 korku atmosferi, 94  
 Kubalı, 14, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 158, 160, 168  
 kurucu iktidar düşüncesinin doktrinal kökeni, 18  
 kurucu iktidar ile kurulmuş iktidarlar ayrımı, 13  
 kurucu iktidarın sosyolojik sınırlılığı, 62  
 kurucu meclis usûlünün sakıncaları, 107  
 kurucu meclis usûlüyle birleşen kurucu referandumun sakıncasızlığı, 108  
 kurucu meclis ve kurucu referandum usûllerinin birleştirilmesi, 106  
 kurucu meclis, 86, 87, 90  
 kurucu meclisin demokratikliğinin koşulları, 103  
 kurucu meclisler ile olağan yasama meclisleri arasındaki fark, 89  
 kurucu plebisit, 92  
 kurucu referandum, 87, 90  
 kurucu referandumun yararları, 108  
 kurulmuş iktidar, 14  
**-M-**  
*Magna Carta Libertatum*, 84  
 Marshall, 150, 152  
 mevcut bir devletin kuruluşunu yenileyen aslı kurucu iktidar, 72  
 millet, 85  
 Milli Birlik Komitesi, 39  
 milli egemenlik teorisi, 85

- milli egemenlik, 99  
 Milli Güvenlik Konseyi, 74  
 misak, 83  
 monarşinin değiştirilmesini yasağı,  
 143  
 monokratik usûller, 79  
 Montesquieu, 21  
 Mussolini, 158  
 mutlak monarşilerden sınırlı  
 monarşilere geçiş, 81  
 müeyyide, 128
- N-**  
 Napoleon Bonaparte, 96  
 Nasyonal Sosyalizm, 158  
 nisbî istikrar, 119  
 nominal egemenlik, 91  
 normun adilliği sorunu, 52  
 normun etkinliği sorunu, 53  
 normun geçerliliği sorunu, 52
- O-**  
 objektif ahlak normları, 138  
*octroi*, 79  
 onay safhası, 174  
 onay usûlü, 175  
 onay yetkisi, 175  
 oto-limitasyon teorisi, 48, 51
- Ö-**  
 Özbudun, 60, 140  
 özü (anayasanın), 160
- P-**  
*pacte*, 83  
 Pactet, 10  
 plebisit ile referandumun farkı, 92  
 plebisit, 92, 94, 96  
 pozitivist yazarlar, 26  
 providansiyel doktrin, 81  
 Prusya Anayasası, 84
- R-**  
 realist akımlar, 53  
 reel egemenlik, 91  
 referandum ile plebisit, 92  
 referandum usûlünün sakıncaları, 101  
 rejimin değiştirilmesini yasaklamak,  
 142  
*renouvellement de la fondation de  
 l'Etat*, 69  
*résurrection de l'Etat*, 75  
 Rousseau, 19, 86  
 ruhu (anayasanın), 160
- S-**  
 sahib, 121  
 San, 7, 62  
 savaş, 71, 75  
 SBF Anayasa Tasarısı, 106  
 Sened-i İttifak, 85  
 sınır, 57  
 Siyès, 22, 58  
 sonraki kural öncekini ilga eder, 51  
 sosyal sözleşme kuramı, 19  
 sosyal sözleşme tipi anayasa, 87  
 sosyal sözleşme, 86  
 sosyolojik sınırlar, 62  
 Sovyet Anayasası (1936), 112  
 sömürge ülkelerin bağımsızlığa  
 kavuşması, 70  
 süpra-pozitif bir hukuk, 59  
 süpra-pozitif temel normlar, 138  
 şiddet, 28
- T-**  
 tabiî adalet, 138  
 tabiî hukuk anlayışı, 40  
 tabiî hukuk, 41  
 tali kurucu iktidar anayasadaki  
 değiştirme usûlünün değiştirilebilir  
 mi?, 156  
 tali kurucu iktidar anayasanın  
 değiştirilemeyecek hükümlerini  
 değiştirilebilir mi?, 141  
 tali kurucu iktidar anayasanın ruhunu  
 değiştirilebilir mi?, 158  
 tali kurucu iktidar anayasayı  
 bütünüyle değiştirilebilir mi?, 155  
 tali kurucu iktidarın biçimleri, 164  
 tali kurucu iktidarın hukukî niteliği,  
 120

- tali kurucu iktidarın maddî yönden sınırlı olduğu görüşü, 138  
tali kurucu iktidarın maddî yönden sınırlılığı sorunu, 137  
tali kurucu iktidarın sahibi, 121  
tali kurucu iktidarın sınırlılığı, 127  
tali kurucu iktidarın şekli yönden sınırlılığı sorunu, 127  
tali kurucu iktidarın yeri, 123  
tali kurucu organın aslî kurucu organ karşısındaki durumu, 124  
tali kurucu organın diğer anayasal organlar karşısındaki durumu, 125  
tarihî açısı, 1  
teamülfî anayasa, 165, 166  
tek taraflı bir işlem, 79  
teklif safhası, 172  
teklif usûlü, 172  
teklif yetkisi, 172  
temel kanun tipi anayasa, 87  
temel kanun, 87  
temsili demokrasi, 100  
temsili sistem, 85  
Teziç, 106  
toprak bütünlüğü, 142  
totaliter rejimler, 94  
Tunaya, 60, 83, 114  
Türk Anayasa Mahkemesi, 147, 151  
Türk Ceza Kanununun 141, 142 ve 146'ncı maddeleri, 128  
Türk kamu hukuku literatürü, 6  
**-U-V-W-**  
ulusal egemenlik ilkesi, 66, 116  
Vedel, 89  
*vide juridique*, 68  
Weimar Anayasası, 112  
**-Y-Z-**  
yarı-doğrudan doğruya demokrasi, 86, 100  
yasal devamlılık, 32  
yazılı anayasa, 165  
yazısız anayasa sisteminde anayasayı değiştirme usûlü, 176  
yazısız anayasa, 166  
yeni bir devlet kuran aslî kurucu iktidar, 69  
yeni kuşaklar teorisi, 116  
yokluğun saptanması, 136  
yokluk, 129  
yumuşak anayasalar, 167  
zamansal sınırlar, 153