

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İNSAN HAKLARI HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

ANAYASAL DEMOKRASİNİN MEŞRUIYETİ

Ayşe Eylem Erkıpçak

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Şafak Evran Topuzkanamış

İZMİR - 2020

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İNSAN HAKLARI HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

ANAYASAL DEMOKRASİNİN MEŞRUIYETİ

Ayşe Eylem Erkipçak

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Şafak Evran Topuzkanamış

İZMİR - 2020

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Anayasal Demokrasinin Meşruiyeti” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih 27/07/2020

Ayşe Eylem Erkıpçak

İmza

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Anayasal Demokrasinin Meşruiyeti

Ayşe Eylem Erkipçak

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

İnsan Hakları Hukuku Programı

Meşruiyet, görece yeni bir kavram olsa da otorite ve itaat etme yükümlülüğüne ilişkin tartışmalar, bilinen tarihin bize sunduğu şekilde, iktidar var olduğu sürece var olmuş çok eski bir konu olarak düşünürleri, politikacıları, hukukçuları, tarihçileri ve sair bilim insanlarını etkilemiş, çözüm arayışlarına neden olmuştur ki bugün bile meşruiyetin ne olduğu yahut siyasi iktidarın ne zaman meşru olduğu konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır. Siyasal iktidarın meşruiyetinin yani otoritenin kaynağının ne olduğu sorusuna yanıt aranırken bazı dönemlerde ilahi kaynaklı bazı dönemlerde belirli bir kişi veya zümre kaynaklı nihayetinde ise toplumdan kaynaklı yanıtlar öne sürülmüştür. Anayasal demokratik sistem modern haliyle var olalı beri ise meşruiyet sorununa birçok farklı yanıt verilmiştir. Anayasal demokrasi, liberal ideoloji ve burjuvazi ile beraber şekillenen bir yönetim biçimi olarak, normatif düzlemde demokrasi ve anayasal devlet kavramlarının bir birleşimi, politik düzlemde ise burjuva sınıfının kurucu eyleminin bir sonucudur. Bu nedenle anayasal demokrasinin meşruiyetine verilebilecek yanıtlar liberal ideolojinin ilkeleri ve egemenlik kavramıyla şekillenmektedir. Somut düzenin kurulduğu anda kaynağını egemen iradeye dayandırarak varlık kazanan meşruiyet inancı, anayasal demokrasi özelinde ise anayasacılık ve demokrasinin sunduğu kurumlar ve ilkeler ile örgütlenerek sürerlilik kazanmaktadır. İşte bu çalışma, modern devletin meşruiyet dayanaklarını ve normatif düzlemdeki meşruiyet araçlarını tespit ederek ona yeni bir bakış açısı kazandırma amacını taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, Anayasal Demokrasi, Meşruiyet, Egemenlik, Temel Haklar.



ABSTRACT
Master's Thesis
Legitimacy of Constitutional Democracy
Ayşe Eylem Erkipçak

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Public Law
Human Rights Law Program

Even if the legitimacy is a relatively new concept, as the history has shown us, the debates on the obligation of obedience, as a very old thema which exists as long as the power exists, have affected thinkers, politicians, jurists, historians and other scientists but there is no consensus even today about the questions what the legitimacy is or when the political power becomes legitimate. In the search of answering the question what the legitimacy of political power, i.e. the source of authority is, those answers have been given which are sometimes based on divinity, sometimes on a certain individual or status, but in the end based on society. The problem of legitimacy has been explained in different ways since the constitutional democracy emerged in its modern form. As a polity that takes shape together with liberal ideology and bourgeoisie, the constitutional democracy is an association of democracy and constitutional state concepts in normative sense, on the other hand it is the outcome of constituting acts of bourgeoisie. Therefore the question of the legitimacy of constitutional democracy is formed through the principles of liberal ideology and the concept of sovereignty. The belief in legitimacy which comes into being at the point of concrete order's existence by basing upon the sovereign will gains continuity within the scope of the constitutional democracy being organized by institutions and principles which are derived from the constitutionalism and democracy. This study aims to contribute a new point of view to its field by ascertaining the legitimacy bases of a modern state and its legitimacy means in the normative system.

Key Words: Constitution, Constitutional Democracy, Legitimacy, Sovereignty, Basic Rights.



ANAYASAL DEMOKRASİNİN MEŞRUIYETİ

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii

GİRİŞ	1
-------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

ANAYASAL DEMOKRASİNİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ VE KURUMSAL YAPISI

1.1.DEMOKRASİNİN TEORİK TEMELLERİ VE GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ	4
1.1.1. Klasik Demokrasi ve Demokrasi Düşüncesinin Gelişimi	4
1.1.2. Modern Demokrasi	7
1.2. MODERN DEVLETİN TEMELİ OLARAK ANAYASANIN GELİŞİMİ	9
1.2.1. Anayasa Kavramının Ortaya Çıkışı	9
1.2.2. Teorik Zeminde Anayasa Kavramına İlişkin Tartışmalar	11
1.2.3. Kurucu Bir İrade Olarak Anayasa	14
1.3. ANAYASAL DEMOKRASİNİN ANLAMI VE TEORİK TEMELLERİ	17
1.3.1. Anayasal Demokrasinin Tarihsel Gelişimi	17
1.3.2. Anayasal Demokrasinin İçeriği	20
1.4. MEŞRUIYET	22
1.4.1. Meşruiyetin Kavramsal Çerçevesi	22
1.4.2. Meşruiyete İlişkin Görüşler	23

İKİNCİ BÖLÜM
ANAYASAL DEMOKRASİ'DE MEŞRUIYETİN İNŞASI ve DEVAMLILIĞI

2.1.	ANAYASAL DEMOKRASİDE MEŞRUIYETİN DAYANAKLARI	31
2.1.1.	Genel Olarak	31
2.1.2.	Anayasal Karar	32
2.1.2.1.	Anayasal Demokrasinin Kurucu İlkesi Olarak Temel Haklar	37
2.1.2.2.	Demokrasinin Kurucu İlkesi Olarak Egemenlik	41
2.1.2.2.1.	Egemenlik Kavramının Gelişimi	41
2.1.2.2.2.	Ulus Egemenliği Teorisi	46
2.1.2.2.3.	Halk Egemenliği Teorisi	49
2.2.	ANAYASAL DEMOKRASİNİN MEŞRUIYET ARAÇLARI	52
2.2.1.	Genel Olarak	52
2.2.2.	Meşruiyetin Devamlılığının Liberalizme İlişkin Araçları	55
2.2.2.1.	Hukuk Devleti İdeali	55
2.2.2.2.	Anayasa Metnine İlişkin Araçlar	61
2.2.2.2.1.	Anayasaların Katılığı	63
2.2.2.2.2.	Anayasa Yargısı	65
2.2.2.2.3.	Yetki Kurallarının Meşruiyeti	69
2.2.3.	Demokrasi Kurumunun Örgütlenmesine İlişkin Araçlar	73
2.2.3.1.	Siyasal Katılım	74
2.2.3.2.	Temsil ve Parlamentarizm	77
	SONUÇ ve DEĞERLENDİRME	82
	KAYNAKÇA	89

GİRİŞ

Omnis potestas a populo.

[Bütün iktidar halktan gelir]

Bugün meşruiyet gibi birçok farklı bakış açısı ile farklı anlamlarda ve anlayışlarda yorumlanabilecek bir kavramı incelemek iddiasıyla bir çalışma hazırlanıyorsa, evvelce, alışlagelmiş tüm kavramsal tanımlamaları yeni baştan ele almak, yeni bir çıkarsama yapmak gerekmektedir. Bu çalışma anayasal demokratik devlet tanımıyla yola çıkarak, bu sistem özelinde meşruiyet tartışmalarına yeni ve iddiamızca önemli bir boyut kazandırmak, var olanın görece en gerçekçi tespitini yapmak amacını taşımaktadır. Bu itibarla kavramların ne ifade ettiği üzerinde durularak, anayasa hukuku, hukuk sosyolojisi, hukuk felsefesi ile genel kamu hukuku disiplinleri ışığında bir değerlendirmesi yapılacak, anayasal demokraside meşruiyetin dayanak noktası olan kurumlar incelenecektir. Nihayetinde bir bütün olarak ulaşılmak istenen sonuç, “anayasal demokrasi” olarak adlandırdığımız modern devletin meşruiyeti ile ilgili var olana ilişkin somut tespitlerde bulunmaktır.

Meşruiyet hakkındaki ilk tartışmalar, Antik Yunan dönemine kadar uzanır. Bu tarihsel sorgulamanın başlangıcı siyasal olana ilişkin en eski tartışma olan ve iktidarı güç vasıtasıyla elinde tutana itaat etme zorunluluğundan ileri gelen¹“itaat yükümlülüğünün sorgulanmasına” dayanır. Meşruiyet kavramı tarihsel süreçte kimi zaman insan hakları ve demokrasi talepleriyle eş anlama gelecek şekilde anlamlandırılmıştır. Oysa ne insan hakları talepleri, ne demokrasi ne de yasallık ve haklılık gibi kavramlar, meşruiyet sorununu tam anlamıyla karşılamak için yeterli değildir. Ancak bunların pek tabii ortak bir paydalarının olduğu, ortak bir alana sahip oldukları da söylenmelidir. İşte bu metin, Antik Yunan’dan günümüze değin siyasal krizlerin en büyük düğümü olan meşruiyet sorununun, bugün geldiği noktadaki yani modern devlet olarak nitelendirdiğimiz liberal anayasal demokrasilerdeki yerini anlamlandırmaya çalışacaktır.

¹ Ahmet Şenol Ok, **Eski Çağlardan Günümüze Siyasal Meşruiyet Kavramı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Muğla, 2017, (Meşruiyet), s.12.

Çalışmamızın konusu anayasal demokrasinin meşruiyeti olmakla beraber, modern devletlerdeki somut sorunlar ve politik tartışmalar kesinlikle kapsam dışı kalacaktır. Politik olana içkin olanın tespiti bizim açımızdan ne kadar önemliyse, politik kaygılar da çalışmamızın o denli dışındadır. Fikrimizce kurucu bir sözleşme olarak anayasalar, politik bir toplumsal kararın sonucu olarak, bir düzenin ideolojisini ve buna bağlı olarak oluşturulan yönetim biçimini belirtir. Anayasal düzenin inşası sırasında henüz tespit edilme aşamasında olan bir pozitif hukuk sisteminin hukukla denetlenmesi mümkün değildir. Burada kurucu iradeyi var eden ve onu sürdürecektir olan meşruiyet inancıdır. Kaynağını toplumsal iradede alan kurucu iktidar ve anayasa, bir toplumsal inancı da içerisinde barındırır. İşte bu nedendir ki meşruiyete ait tezlerin pozitif hukuka ait olan alanı oldukça azdır.

Bu çalışmada, anayasal demokrasilerde kurucu iktidarın meşruiyet kaynağı, kurucu anayasaların anayasal demokratik sistem içerisindeki yeri, hukuk devleti, insan hakları ve parlamentarizm gibi kurumlar ayrı ayrı meşruiyet fikriyle değerlendirilecektir. Çalışmada izlenecek yol, ilk bölümde kavramsal çerçevenin belirlenmesi amacıyla demokrasi, anayasa, anayasal demokrasi ve meşruiyet kavramlarının teorik olarak ele alınması; ikinci bölümde ise anayasal demokraside meşruiyetin dayanak noktaları ile onu korumaya özgülümlü meşruiyet araçlarının tespit edilmeye çalışılması biçiminde ilerleyecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ANAYASAL DEMOKRASİNİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ VE KURUMSAL YAPISI

Anayasal demokrasinin meşruiyetini irdedeceğimiz bu çalışmaya öncelikle kavramların neyi ifade ettiğı sorusuyla başlamamız gerekecektir. Zira kelimeler ve karşıladıkları anlamlar çoğı zaman nesnel ve denetlenebilir değildir. Bir kavram, onu yaratan tarihsel süreçlere, ele alındığı yerdeki koşullara ve yorumcuya göre anamlanır.

Bir kavramın ve onu karşılayan kelime veya kelime grubunun, zaman çizgisi üzerinde değışken olması, ona bugün nasıl bir anlam yükleyeceğimiz konusunda bir takım soru işaretleri yaratmaktadır. Dil göstergesi, özgür bir seçilimin ürünü olarak

değil ancak toplumsal süreçlerle zorunlu bir etkileşimin sonucu olarak sürekli bir değişim halindedir². Dil göstergesinin yanı sıra anlama, yani zihinsel edimler de, hem bireysel hem de toplumsal olarak sürekli bir değişim halindedir³. “Dilsel göstergeler kategorik anlamın maddesini; zihinsel edimler de içeriğini doldurur.”⁴ O halde bir kavramı ele alırken onun tarihsel süreçlerini göz ardı etmemiz mümkün değildir.

Bilimsel bir çalışmaya başlarken, bu şekilde yorumcuya, topluma ve tarihsel sürece göre değişkenlik gösteren kavramların, fikirlerimize dayanak olacak biçimde çerçevesini çizmek, ona bağlı olarak çalışmanın konusu da nasıl algılayıp yorumlayacağımıza ışık tutacaktır. Bu nedenle öncelikle çalışmanın konusunu oluşturan demokrasi, anayasa, anayasal demokrasi ve meşruiyet gibi kurum ve kavramları genele göre farklı bir bakış açısıyla inceleyerek yeniden anlamlandırmaya çalışacağız.

Kurumlar, prensipler ile anlam kazanmaktadır. Örneğin parlamentarizm kurumunun anlamı bireysel eşitlik ve temsil hakkından ziyade “kamusal tartışma prensibine duyulan inanç”tan gelmektedir⁵. Aynı kurum farklı amaçlara hizmet ederek farklı argümanlarla haklılaştırılabilir ancak burada belirleyici olan prensipler değişmemektedir. Parlamentarizm gibi demokrasi de sanılanın aksine “eşitlik”, “adalet”, “insan hakları” gibi bir manevi erekleri içerisinde barındırmamaktadır. Bireysel haklar ve salt insan olmaktan kaynaklanan eşitlik anlayışının köklerinin demokraside değil, liberalizm ve birey kavramının gelişiminde olduğu ifade edilmektedir⁶. Bu noktada demokrasinin “insancıl” ve soyut bir takım manevi değerler içerdiği şeklinde itiraz edilebilirse de onu tarihsel geçmişiyle inceleyerek, fikrimizce yeniden anlamlandırmak, bu çalışmadaki iddialara dayanak, olası

² Ferdinand de Saussure, **Genel Dilbilim Dersleri**, çev. Berke Vardar, Multilingual, İstanbul, 2001, s.118.

³ Osman Bilen, **Çağdaş Yorumbilim Kuramı-Felsefi ve Eleştirel Hermeneutik**, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2016, s.154; Saussure, ss. 118-123.

⁴ Bilen, s.117.

⁵ Carl Schmitt, **Parlamentar Demokrasinin Krizi**, çev. A. Emre Zeybekoğlu, 4. Baskı, Dost Kitabevi, Ankara 2017, (PDK), s.18.

⁶ Schmitt, PDK, s.30; Hirst, **Kısa Avrupa Tarihi**, çev. Mihriban Doğan, Say Yayınları, İstanbul, 2011, s.91.

itirazlara da bir karşılık olacaktır. Aynı biçimde anayasa ve anayasal demokrasi kavramları da zorunlu toplumsal süreçlerle etkileşerek bir takım prensipler ihtiva eder hale gelmişlerdir ki onları öncelikle politik ideolojilerden soyutlayarak anlamlandırmak, çalışmamızın dayanaklarını da ortaya koymamızı sağlayacaktır.

1.1. DEMOKRASİNİN TEORİK TEMELLERİ VE GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1.1.1. Klasik Demokrasi ve Demokrasi Düşüncesinin Gelişimi

Demokrasi alanındaki çalışmaların hemen hepsinde, Atina Demokrasisi'nin, halk olarak çevrilen *demosun* bir mecliste bir araya gelmesi ile uygulama alanı bulduğu ifade edilmektedir. Antik Yunan'da milattan önce 6. yüzyıla tekabül eden süreçte kurulan Atina devleti, polis adı verilen, yaygın tanımıyla şehir devletlerinden meydana gelen bir yapıya sahipti⁷. Polis'te dünyaya gelen tüm özgür erkekler, yurttaşlık statüsü kazanmaktaydı. Yasama ve yürütme gücünü büyük ölçüde elinde bulunduran meclis (ekklesia), on sekiz yaşını tamamlamış tüm erkek yurttaşlara açık olmakla beraber⁸ yurttaşlık statüsü dışında kalan kadınlar, köleler ve yabancılar için hiçbir politik hak öngörülmemişti⁹. Dolayısıyla *demos* sözcüğü herkesi ihtiva etmeyen¹⁰; köleler, yabancılar ve kadınları dışarıda bırakan bir anlama sahipti¹¹. *Demos* ile yalnızca politik hak sahibi olan yurttaşlar yani büyük toprak sahibi soylular, ticaretle uğraşan orta sınıf, yoksul köylüler ve belirli bir işe sahip olmayan özgür erkek polisliiler kastedilmekteydi¹². Bunlar arasında dahi politik söz söyleme hakkı bakımından bir ayırım mevcuttu. Örneğin yoksul köylüler ve işçiler yalnızca

⁷ Mehmet Ali Ağaoğulları, **Kent Devletinden İmparatorluğa**, İmge Kitapevi, 5. Baskı, Ankara, 2009, s.11; Hirst, ss.12, 87.

⁸ Hirst, s.89; Ağaoğulları, s.40.

⁹ Hirst, s.87; Ağaoğulları, ss.19-21.

¹⁰ Aslıhan Akkoç, "Yunan Demokrasisinin Kavramsal Yönü Ve Toplumsal Arka Planı", **Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt: 16, Sayı 1, 2014, s.32.

¹¹ Bihterin Dinçkol, "Atina Demokrasisinden Roma Cumhuriyetine - "Demos"tan "Populus Romanus"a", **MÜHF - HAD**, Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU'na Armağan, s.753.

¹² Ağaoğulları, s.24; Dinçkol, ss.753,755; Akkoç, s.32.

“ekkselia”da yer alabilirken, servetlerine göre diğer sınıflara mensup olanlar, “Aristokratlar Meclisi” veya “Bule”ye seçilebilmekteydiler¹³.

Öte yandan Atina demokrasisi kendisini ifade etmek için iki önemli kavram belirlemişti: *İsegoria* (her yurttaşın mecliste söz söyleme hakkı) ve *isonomia* (yasaların önünde tüm yurttaşların eşit olması)¹⁴. Dönemin bildiri niteliği haiz metinlerine ve Perikles’in ünlü cenaze söylevine yansıyan bu eşitlik arayışı¹⁵, isegoria ve isonomiada ifadesini bulmaktaydı. Ekonomik ve sosyal hayatta eşitsizlikle, politik yapılanmada ise yurttaşlar arasında hiyerarşik statüleri koruyacak bir biçimde örgütlenen Atina demokrasisi isegoria ve isonomia ile eşitlik taleplerine yanıt vermeye çalışsa da “insanın insan olmaktan kaynaklanan eşitliği” bu sistem içerisinde kendisine yer bulamamıştı. Bu konuda birinci ağızdan en çarpıcı tespit Aristoteles’e aittir. Antik Yunanlı filozof “Politika” adlı eserinde demokrasi üzerine açıklamalar yaparken, farklı bir örnek verir. Bir şehirde zenginler çoğunluktaysa ve yönetiyorlarsa burada yine de oligarşi söz konusudur, halk yani yoksul sınıflar azınlıktaysa ve yönetiyorsa ise demokrasi söz konusudur. “Yani fakirler iktidardaysa demokrasi, zenginler iktidardaysa oligarşi vardır.”¹⁶

Atina polislerinde ortaya çıkan demosun iktidarı düşüncesi, 17. yüzyıldan itibaren etkisi artan liberal düşünceyle, eşitlik idealine yönelmiş ve modern anayasal demokrasilerin temelini oluşturmaya başlamıştır. Doğal hukukun eşitlik öğretisinin Reform hareketlerinin din temelinde gelişmeye başladığını iddia eden düşünürler de olmuştur¹⁷. Fakat ne olursa olsun demokrasi kurumuyla var olanın toplumsal eşitlik

¹³ Seçkin Türkoğlu, **Antik Yunan Kamu Hukukunun Şekillenmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020, s.145.

¹⁴ Dinçkol, s.757. ; Jean Touchard, **Siyasal Düşünceler Tarihi**, İslık Yayınları, İstanbul 2015, s.35.

¹⁵ Atina lideri Perikles, Sparta ile yapılan savaşta ölen askerlerinin cenazesinde gerçekleşen yaptığı uzun cenaze söylevinin bir bölümünde şu ifadelerle yer verir: “...Bizim yapımızın adı demokrasi çünkü güç azınlığın değil tüm halkın elinde. Özel anlaşmazlıkları halletmek söz konusu olduğunda, yasalar önünde herkes eşittir; kamu sorumluluğu yönünden bir şahsı başka bir şahsın önüne koymak söz konusu olduğunda ise, özel bir sınıfa mensup olmaya göre değil, o kişinin sahip olduğu hakiki yeteneklere göre karar verilir...”(Hirst, s.90).

¹⁶ Aristoteles, **Politika**, Çev. Furkan Akderin, Say Yayınları, İstanbul, 2017, ss.129-130.

¹⁷ George Jellinek, **İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi Üzerine-Modern Anayasa Tarihine Bir Katkı**, Çev. Rezzan İtişgen Dülger/Muzaffer Dülger, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.101.

değil, salt kısmi bir “hukuki eşitlik¹⁸” iddiasından başka bir şey olmadığı söylenmelidir. Atina’da var olan özgür, erkek yurttaşların yönetimini, Roma Cumhuriyeti veya monarşi yönetimlerinden ayıran özellik elbette ki ilk defa olarak, alt sınıf olarak tabir edilen orta sınıfa ve yoksullara söz söyleme hakkının verilmesiydi. Fakat bu oylamaya herkes katılmamış, demos da hiçbir zaman gerçek anlamda bir eşit insanlar topluluğu olmamıştı.

Demokrasi Antik Yunan’daki örneğinden sonra, kendisinden sonraki çağlara etkili bir biçimde aktarılamamış, çağlar boyunca onun üzerine çok fazla söz söylenmemiştir. Hatta Ortaçağ tarihi boyunca bu fikir ve demokrasinin meşruiyeti üzerine tartışmalar adeta bir kenara bırakılmış, bunun yerine monarkın “kutsal egemenlik” düşüncesi üzerine tartışmalar yoğunlaşmıştır¹⁹. Yine de geniş kitleleri etkileyen biçimde olmasa da sınırlı bir biçimde demokrasi fikri üzerine görüşlerin ortaya atıldığı da ifade edilmelidir. Bilhassa on üçüncü yüzyıldan itibaren yeniden fikir hayatına girmeye başlayan Antik Yunan düşünürü Aristoteles’in kuramları, insanın toplumsal bir varlık olduğu ve dolayısıyla toplumun insanlar tarafından kurulması gerektiği savını kilise karşısında güçlendirmeye başlamıştır²⁰. Yine aynı dönemde ilk anayasal metin olma özelliğine sahip Magna Carta Libertatum ile birlikte kralın mutlak iktidarın halk adına sınırlandırılmak istendiği görülmektedir²¹.

Demokrasinin tarihteki diğer somut örnekleri liberal ideolojiyle meyvelerini vermeye başlamışken, bu kurumun prensiplerini anlamak adına farklı bir ideoloji cephesinden radikal bir örnek de sosyalist demokrasi ile verilebilir. Yirminci yüzyıl başında, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği’nde en büyük örneğini gördüğümüz “sosyalist demokrasi” özünde geçici bir dönem olan “proletarya diktatörlüğü”nün kendisidir. Lenin’in, “proletaryanın devrimci demokratik diktatörlüğü²²” dediği bu

¹⁸ Jellinek, s.101; Akkoç, ss.33,35; Dinçkol, ss.756, 757; Touchard, ss.35,36.

¹⁹ Hasan Demir, **Demokrasi Düşüncesinin Gelişimi Bağlamında Demokrasi Ve Demokrasi Karşıtı Görüşler: Giovanni Sartori ve Carl Schmitt**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013, s.9.

²⁰ Demir, ss.17-19.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Magna Charta**, Çev. Çiğdem Dürüşken, Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 2009.

²² Vladimir İliç Lenin, **Demokratik Devrimde Sosyal Demokrasinin İki Taktiği**, Çev. Muzaffer Erdost, Sol Yayınları, Ankara, 2007, s.86.

geçici yönetim biçimi, kavramsal bir tezatlık barındırıyor gibi görünse de demokrasi kurumunun “halk egemenliği” prensibine uygun bir tanımlamadır.

Bu örneklerden de görüleceği üzere, özsel olarak demokrasi kurumu politik bir içeriğe sahip değildir. Yalnızca bir örgütlenme biçimi olarak var olmuştur ve genel bir halk katılımı ilkesini ihtiva etmektedir. Demokratik olarak adlandırılan bir yönetim biçimi farklı ideolojilere hizmet ederek farklı prensiplere birleşebilir. Sosyalist veya liberal bir biçimde görünebilir, ilerici veya gerici olarak da söz edilebilir ²³ . “Bütün siyasi eğilimler kendisine hizmet edebildiğine göre, demokrasinin siyasi bir içeriğinin olmadığı, yalnızca bir örgütlenme şekli olduğu²⁴” kabul edilebilir.

1.1.2. Modern Demokrasi

Ninet, demokrasi kelimesine dair sonsuz anlamlandırma çalışmalarının içerisinde bir sonuca ulaşabilmek için Saussure’ün tezlerinden yararlanmak gerektiğini ifade eder ²⁵ . Saussure’ün dilbilim tezlerine göre dil göstergesi, bir kavramla (gösterilen) işitimi imgesinin (gösteren) birleşiminden meydana gelir. Gösterge nedensizdir, yani göstereni ile hiçbir bağı yoktur, başka bir dildeki herhangi bir ses dizilimi de onu aynı oranda gösterebilir. Ancak bu nedensizlik hiçbir zaman onun özgür bir seçimin ürünü olduğunu göstermez²⁶ . Gösterilen, demokrasi ya da başka bir sözcük, ne olursa olsun, demokratik değildir çünkü anlam, kelimelerin özensiz politik yüklemesine dayandırılır. Bir kelimenin kodlama sürecinde, bir dil felsefesi sorunu olarak, demokratik veya teokratik bir meşruiyetin yahut katılımın rolü yoktur. Demokrasinin gösterileninin, antik çağlarda, yirmi beş yüzyıllık anlamlandırmaları ve çeşitlerinden daha fazlasını içerdiği bir gerçektir. Dil

²³ Schmitt, PDK, s.41.

²⁴ Schmitt, PDK, s.39.

²⁵ Antony Abat i Ninet, **Constitutional Violence-Legitimacy, Democracy and Human Rights**, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2013, s.41.

²⁶ Saussure, ss.109,110; Ertuğrul Uzun, **Hukukun Göstergibilimsel Analizi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2006, ss.39,40.

kodlaması sürecine politik bir kavrayış uygulamaya çalışmak yalnızca kendi anlamıyla ilgisi olmayan olanaksız bir kültürleşme türüdür²⁷.

“Bir toplumda benimsenmiş bir yasanın özgürce onanmış bir kural olmayıp zorunlu nitelik taşıdığı tanıtlanmak istenirse, bunun bize en parlak kanıtını dil sunar.²⁸” Çünkü dil her zaman önceki çağların getirimi olarak önümüze uzanır zira o her zaman tarihsel kalıtın bir ürünüdür. Saussure’ün göstergenin değişmezliği üzerine yaptığı bu çıkarım, bir yasa olarak değilse de toplumsal süreçlerin değişimini anlamak bakımından önemlidir. Bunun yanı sıra özgür bir seçimle değil ancak toplumsal süreçlerin gelişimiyle evrimsel bir değişimin var olduğunun göz ardı edilmesi de mümkün değildir. Çünkü zaman, toplumsal güçlerin, özsel bir *etkileşim bilinci* yaratarak, dil ve anlam üzerinde, özgür bir tercihten bağımsız olarak fakat tarihsel bir gerçeklik zemininde etkiler geliştirmelerine ve anlamın tarihsel sonucunun bu yolla belirlenmesine olanak tanımaktadır²⁹.

Antik Yunan demokrasisinin toplumsal yapısı içerisinde klasik demokrasinin prensipleri önümüzde belirse de, antik çağdan günümüze uzanan yolda var olan gelişimlerin sonucunda, bilhassa halk, yurttaş ve özgür olmayanlar biçimindeki ilksel ayrılıkların geçerli olamayacağı modern demokraside, liberal politik etkileşimden bağımsız ancak onu var eden koşullarla zorunlu bir etkileşim halinde olanı görerek, modern demokrasinin prensiplerinin ortaya konması son derece önemlidir. Bu itibarla modern demokrasinin, politik içeriğinden bağımsız olarak, ne anlama geldiğini titizlikle değerlendirmek gerekecektir.

Halkın yönetime katılımı düşüncesiyle tarih sahnesine çıkan demokrasi kavramı, gelişen egemenlik tanımlamalarıyla doğrudan ilintili olarak, ileriki bölümlerde açıklayacağımız üzere, halk egemenliği yahut ulus egemenliği ile birlikte anlamlandırılmıştır. Egemenlik modern düşüncenin gelişimiyle beraber bilhassa toplum sözleşmecilerinde ifadesini bulduğu şekliyle, yasama gücündedir³⁰, “*bütün devletlerde tek yasa koyucu, egemen güçtür.*”³¹ O halde halk egemenliği de halkın

²⁷ Ninet, ss.41-42.

²⁸ Saussure, s.115.

²⁹ Saussure, ss. 116, 118-123; Bilen, s.150; Uzun, s.30.

³⁰ Touchard, s.391.

³¹ Thomas Hobbes, **Leviathan**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2012, s.201.

yasama gücünü doğrudan veya temsilciler vasıtası ile elinde bulundurması anlamına gelmektedir. Nitekim Mustafa Erdoğan demokrasiyi, halkın kamu siyasetine ilişkin temel, belirleyici kararları almaya yetkili olduğu ve fiilen de bu kararları alıyor olduğu bir sistem olarak tasvir etmiştir³².

Modern demokrasi, liberal ilkenin özsel eşitliği anlamında değilse de en azından katılımsal anlamda bir eşitlik ilkesini barındırır. Demokratik bir anayasa, eşit katılım prensibine göre tasarlanır. Her yurttaş, anayasal süreçlere katılma konusunda eşit hakka sahiptir³³. Schmitt'e göre modern demokrasi, anayasanın politik alanına ait ve eşitlik ilkesine dayanan prensipler ile açıklanır ki onun özünü, seçme ve seçilme hakkını haiz yurttaşların sayısal çoğunluğu oluşturur³⁴. Schmitt'in demokratik eşitlik kavramı liberal düşüncenin bir ürünü olarak insan olmaktan kaynaklanan eşitlik değil ancak doğal bir özdeşlik anlayışına dayanır. Ona göre demokrasinin öncelikli şartı, halkla temsilcinin özdeşliğinin kurulabilmesi için gerekli homojenitenin sağlanmasıdır³⁵. Schmitt'in homojen toplum ile ilgili tezleri, bireyselliği ön plana çıkaran çoğulcu ve çoksesli demokrasi anlayışına karşı demokrasinin temeline, onun çoğunluk yönetimi olduğunu savunan anlayışı koyar.

1.2. MODERN DEVLETİN TEMELİ OLARAK ANAYASANIN GELİŞİMİ

1.2.1. Anayasa Kavramının Ortaya Çıkışı

Anayasa kavramını tanımlamak, anayasal bir yönetimi ne biçimde anladığımız ve meşruiyeti nasıl açıklayacağımız üzerine bir rota çizebilecektir. Bu kavram, pozitivist, normativist veya başka bakış açılarıyla bambaşka meşruluk ölçütleri ortaya koymaktadır. Kavramsal çerçevemizi çizerken yukarıda izlediğimiz

³²Mustafa Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017, s.241.

³³ Samuel Freeman, "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review", **Law and Philosophy**, Vol:9, No:4, 1990 - 1991, p.334.

³⁴ Ece Göztepe, "Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in Anayasa Öğretisi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 123, Sayı:1, 2015, s.153.

³⁵ Bünyamin Bezci, **Carl Schmitt'in Politik Felsefesi-Modern Devletin Müdafaası**, Paradigma Yayıncılık, İstanbul 2006, ss.126,127.

yöntem gibi tarihsel bir bakış açısı ile beraber, antik çağlardan itibaren ona nasıl bir anlam atfedildiği ile başlamak mümkündür.

Antik Yunan filozoflarından beri kullanıldığı biçimiyle anayasa, devletin politik birliğinin sistemi ile ilişkilendirilir. Bu ilksel kullanım, Carl Schmitt tarafından mutlak anayasa olarak adlandırılmıştır.³⁶ Aristoteles Politika adlı eserinde “politeia” kavramını devletin bir yönetim biçimi olarak kullanmaktadır. “Anayasalar (politeia) devletteki yöneticiliklerin kimlerde olacağını, gücün nasıl dağıtılacağını o devletin amaçları çerçevesinde belirlerken yasalar yöneticilerin bağlı kalacakları kuralları, karşı gelinemeyecek şeyleri gösterir.”³⁷ Yani bu tanımla anayasa, politik birlik ve düzenin özel bir formu, devletin biçiminden başkası değildir³⁸. Diğer yandan anayasa, geçerliliğini anayasayı yapan gücün iradesinden alır ve bu irade tarafından belirlenir³⁹. Burada anayasa, politik düzenin en üst normu olarak da adlandırılabilir ki geçerliliği doğal hukuk anlayışıyla bağlantılı olarak “doğru” olmasına bağlıdır⁴⁰.

“Politeia” sözcüğü tam karşılığı olarak anayasa anlamına gelmese de anlamsal olarak kastedilenin bir temel yasa olduğundan söz edilebilir. Aynı biçimde Aristoteles’in bir diğer kitabı “Athenaion Politeia”, Türkçe’ye “Atinalıların Devleti”⁴¹ olarak çevrilmişse de, bu kavramsal ihtilafın üzerinde durulması gerektiğini savunanlar bulunur. Zira buradaki “Politeia” yukarıda kullandığımız biçimde, İngilizce’ye de “constitution” olarak çevrilmiştir. Yunanca anlamıyla ise “politeia, ‘yurttaş ya da yurttaşlık hakları ve şartları’ demektir.”⁴² Metinsel olarak bu eserlerin içeriklerinde tanımlananın politik birliğin temel yönetim biçimini kastettiği sonucuna ulaşılabilir ki bu itibarla “devlet” sözcüğü yerine anayasanın tercih edilmesinin yerinde olduğu söylenebilecektir.

³⁶ Carl Schmitt, **Constitutional Theory**, Duke University Press, London, 2008, s.59.

³⁷ Aristoteles, s.126.

³⁸ Schmitt, Constitutional Theory, s.59.

³⁹ Schmitt, Constitutional Theory, s.64.

⁴⁰ Schmitt, Constitutional Theory, s.64; Göztepe, s.140.

⁴¹ Bkz: Aristoteles, Atinalıların Devleti, çev: Furkan Akderin, Say Yayınları; çev: Ari Çokonna, İş Bankası Yayınları; çev: Oğuz Yarlığaş, Alfa Yayıncılık.

⁴² Faruk Y. Turinay, “Bir Kelime Olarak ‘Anayasa’nın Tarihsel Yolculuğu Üzerine Düşünceler”, **TBB Dergisi**, 2011, s.270.

Başka bir bakış açısıyla, anayasa kavramının, devletin hukukla belirlenmesi ve sınırlandırılması olduğu, bu nedenle onun ilk ortaya çıkışının Aristoteles'in karma yönetim fikri olduğu ifade edilebilmektedir⁴³. Burada belirleyici olan hukuk üstün kılınma çabasıdır. Fakat iki bakış açısıyla da kavramın, bir düzeni hukukla çerçeve içine almak amacıyla ortaya çıktığı kanaatine varılabilir.

Modern anayasa kavramının oluşumunda doğrudan etkisi olan rıza, temsil, direnme hakkı gibi kavramlar, antik çağlardan beri dile getirilmeye başlanmıştır ki zira kralın mutlak iye olmadığı fikri Antik Yunan'dan beri Avrupa düşüncesini belirleyen temel yapıtaşlarından birini oluşturmuştur. İşte sınırlı devlet fikri de devletin her daim sınırlı olduğu inancından türemiş bir mirasın sonucu olarak varlık kazanmıştır. Ancak bu söylemlerin somut bir biçimde ifade edilmesi Ortaçağ Avrupası'na tekabül etmektedir. Neticeten anayasanın, devlet iktidarının kullanımında normatif sınırlar çizmek olduğu fikri Amerikan anayasasından çok daha eskilere dayanmaktadır⁴⁴. Nitekim literatürde ilk anayasal metin olarak kabul edilen metin, on üçüncü yüzyıla ait olan Magna Carta Libertatum'dur⁴⁵. Yine de anayasanın kavramsal olarak ilk kullanımı henüz yeni sayılabilecek bir tarihe denk düşmektedir; 1787 Amerikan Anayasası⁴⁶. Bu tarihten sonra ise, ileride anayasal demokrasi başlığı altında yer vereceğimiz üzere, sınırlı devlet amacına yönelmiş modern anlamda anayasal metinler oluşturulmaya başlanmıştır.

1.2.2. Teorik Zeminde Anayasa Kavramına İlişkin Tartışmalar

Modern çağlardan itibaren anayasa kavramı çeşitli ideolojilerle birleşerek kurumsal bir yapıya bürünmüştür. İleride ayrıntısıyla açıklayacağımız üzere, liberal ideoloji ve demokrasi kurumu ile birleşip nihayetinde 20. Yüzyıl ortalarından itibaren modern şeklini almıştır. Bugün anayasaya atfedilen anlamlar birbirinden çok

⁴³ Noel B. Reynolds, "Constitutionalism and the Rule of Law", **Constitutionalism and Rights**, (Ed. E. Noel), Brigham Young University Press, 1987, ss.79-88'den aktaran Erdoğan, ss.7,8.; Aristoteles, ss.106-108, s.157 vd.

⁴⁴Hirst, s.28; Erdoğan, ss.8,9.

⁴⁵ Uygar Coşgun, Dünden Bugüne Anayasacılık, **Hukuk Gündemi Dergisi**, Sayı: 9, 2008, s.97.

⁴⁶ Coşgun, s.97.

farklı çerçeveler çizmekte olduğundan, literatürdeki bu tanımlara yer vermek gerekli olacaktır.

Anayasa kavramı, sözlük anlamıyla devletin temel yapısını ve işleyişini gösteren kurallar bütünüdür ifade eder. Fransızca “constitution” kelimesinde karşılık bulan bu kavramın kökeni “constitutio”dan gelmektedir. Latince kökenli bu kelime, “bir kimsenin parça parça bütün güçlerini bir araya getiren vücut yapısı ve fizik bütünlüğü” anlamına gelmekteyken, zamanla devletlerin temel yapıları ve bu yapıların içerisindeki güçlerin durumunu ortaya koyan belgeler için kullanılmaya başlanmıştır⁴⁷.

Anayasa tanımını “şekli” bir anlayışla yapan düşünürlere göre en basit anlamıyla anayasa, bir devlette en üstün hukuk gücüne sahip metin olarak tanımlanmaktadır⁴⁸. Burada bir metin olarak anayasanın biçimsel niteliklerine önem verilir ki bu bakış açısına göre anayasa, normlar hiyerarşisinin en üst sırasını işgal eden ve diğer kanunlara göre daha zor değiştirilen bir metni ifade etmektedir⁴⁹. Günümüzde, hemen bütün devletlerde anayasal düzenin yazılı bir anayasaya dayandığı görülürken yazılı bir metne sahip olmayan istisnai devletler de mevcuttur⁵⁰.

Schmitt “görelî anayasa⁵¹” olarak adlandırdığı tanıma yakın olan bu biçimsel bakış açısına son derece karşı çıkar. Görelî anayasa tanımı, biçimsel bir perspektifle anayasa metnindeki tüm normları eşit kılmaktadır. Bu bakış açısına göre, anayasal bir normun devlet yönetimine ilişkin olmasıyla farklı herhangi bir konuda olması aynı öneme sahiptir⁵². Oysa Schmitt, anayasa metni ile anayasanın aynı şey

⁴⁷ Mümtaz Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1979, s.4

⁴⁸ Erdoğan, s.2; Zafer Gören, **Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.26.

⁴⁹ Kemal Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2004, s.13; Gökhan Albayrak, “Uluslararası Hukukta Küresel Anayasacılık Tartışması”, **TBB Dergisi**, Sayı:113, 2014, s.20.

⁵⁰ Akif Tögel, “Dünya Anayasalarında Değiştirilemez Maddeler ve Türkiye’nin Yeni Anayasası İçin Öneriler”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:7, Sayı:27, 2009, s.759.

⁵¹ Göztepe, s.140; Schmitt, *Constitutional Theory*,s.67 vd.

⁵² Schmitt, *Constitutional Theory*,s.67.

olmadığını ile sürer; her kurucu nitelikli anayasa, bir politik iradenin ifadesidir⁵³ ve yalnızca kurucu iktidarlar tarafından değiştirilmesi mümkündür⁵⁴.

Anayasa kavramı, anayasanın salt bir metin olamayacağı görüşünde olan bazı düşünürlere göre ise “maddi” anlamda açıklanmaya çalışılmıştır. Maddi anlamda anayasa, işlevsel bir bakış açısına sahiptir. Bir normun anayasa normu olup olmadığına, onun taşıdığı niteliğe göre karar verilecektir. Normun işlevi, bir devletin kuruluşu, temel organları, onların işleyişi vb ile ilgili ise ancak o zaman anayasa normu olarak nitelendirilebilecektir⁵⁵. Gören, devletin işleyişi ve örgütlenmesine ilişkin tüm kurallar için kullanılan “maddi anayasa hukuku” kavramına karşılık “devlet hukuku” kavramına da yer vermiştir⁵⁶. Ancak bazı görüşlere göre anayasanın maddi anlamda tanımlanması, onun niteliği göz önüne alındığında mümkün değildir. Gözler, anayasal normlar ile yasaları ayıranın yalnızca biçimsel özellikler olduğunu ifade ederek maddi anayasa tanımlarını tümüyle reddetmiştir⁵⁷. Oysa tarihsel gelişimi içerisinde bakıldığında, anayasa kavramının, devlet işleyişini gösteren metinler için kullanıldığı da görülecektir⁵⁸.

Anayasanın salt yapım süreci ve biçimsel özellikleriyle tanımı son yüzyıla ait bir tanımlama olmakla beraber onun yalnızca bir metin olarak ne olduğunu ifade etmektedir. Bu biçimsel bakış, İngiltere gibi yazılı bir anayasaya sahip olmayan devletlerin anayasasının olmadığını iddia etmek anlamına gelecektir ki somut düzlemde bunun gerçekçi bir tespit olmadığını söylemek mümkündür⁵⁹. Öte yandan maddi bakış açısıyla yapılan tanımlar da yine işlevsel bir takım özelliklerin tespitinden ibaret kalmaktadır ki bu tanımlar da modern devlette anayasaları tam anlamıyla kavramlaştırmak için yeterli olmayacaktır.

⁵³ Gary L. Ulmen, **Politischer Mehrwert: Eine Studie über Max Weber und Carl Schmitt**, VCH Verlag, Weinheim, 1991s. 323’ten aktaran Bezci, s.102.

⁵⁴ Göztepe, s.141.

⁵⁵ Erdoğan, s.3; Gözler, Anayasa Hukukuna Giriş, s.13.

⁵⁶ Gören, s.26.

⁵⁷ Kemal Gözler, **Türk Anayasaları**, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1999, http://www.anayasa.gen.tr/turkanayasaları.htm#_ftn5, 05.03.2020.

⁵⁸ Schmitt, Constitutional Theory, s.60.

⁵⁹ Erdoğan, s.68.

1.2.3. Kurucu Bir İrade Olarak Anayasa

Anayasa kavramının “bir sembol, bir metin, tarihi bir doküman, hukuki bir olgu⁶⁰” olarak birçok farklı bakış açısıyla tanımı yapılabilmektedir. Nitekim örneklerine yer verdiğimiz biçimde farklı anlamlandırma biçimleriyle ile onu farklı enstrümanlarla zenginleştirmek yahut farklı konumlara getirmek de mümkündür. Ancak burada, meşruiyet kavramı pozitif hukuktan çok toplumsal bir inanç alanına ait olduğundan, anayasanın yazılı bir metin olarak değerinden çok, tarihsel olanı göz önünde tutarak onu, hukuki olanı var eden bir toplumsal karar olarak ele almamız gerekecektir.

Modern devlette anayasa, bir sınırlandırmadan çok daha fazlasıdır. Esasen bu, yeni bir fikir değildir. Jean Jacques Rousseau Toplumsal Sözleşme’yi kaleme aldığından beri tartışılan bir olgudur ki ona göre toplumsal sözleşmenin özünde, her bir bireyin kendi iradesiyle toplumsal birliğe katılması, böylece birlikten doğan korumadan yaralanırken tüm haklarıyla topluma devredilmesi yani bütünün bir parçası olması yatar⁶¹. Bu karşılıklı edim yükümlülüğü, toplumsal sözleşmeyi politik bir birliğin üst yasası olarak kabul edersek, hem özgürlük hem de koruma anlamına gelir. Demokratik bir anayasa yalnız iktidarın sınırlandırılması amacıyla belirlenmiş kuralları değil bir politik yapının korunması için olması gereken soyut (belirlenemez) ve somut/açık normları da ihtiva eder. Bu, bazı yazarların şiddetle karşı çıktığı⁶² “anayasal ruh” yahut kurucu iktidarın ideolojisiyle bağlılıktır.

Carl Schmitt anayasa öğretisini (*Verfassungslehre*) “pozitif anayasa” olarak adlandırdığı tanımlamaya dayandırır. Anayasa, bir metin olmanın ötesinde, bir karardır ki bu karar anayasayı yapan iktidarın pozitif eyleminden kaynaklanır. Kurucu anayasanın eylemi, ayrı norm gruplarını içermez; bunun yerine, kararın tekil durumu ile var olan özel biçimini göz önünde tutarak, politik birliğin bütününe kararlaştırır⁶³. Bu eylem, varlığı öngörülen politik birliğin biçimini ve türünü belirler.

⁶⁰ Ender Ethem Atay, “Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XII, Sayı: 1-2, 2008, s.509.

⁶¹ Jean Jacques Rousseau, **Toplumsal Sözleşme**, İdea Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 20, 21.

⁶² Kemal Gözler, **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Ekin Kitabevi, Bursa, 1999, s.219.

⁶³ Schmitt, *Constitutional Theory*, s.75.

Anayasal normlar, kendilerini var eden bir siyasi iradeye ihtiyaç duyarlar, demokratik bir yönetim biçiminde bu iradenin öznesi halk yahut ulustur⁶⁴. Esasen bu tanımlamalarda Almanca literatürde yerleşik olarak kullanılan anayasa (*Verfassung*) kelimesinin öneminin olduğuna da dikkat çekmek gerekir. Zira Almanca’da “*Konstitution*” kelimesi, İngilizce “*constitution*” ile eş anlamlı olarak var olmasına rağmen tercih edilen “*Verfassung*”, yalnız bir norm değil, “esas teşkilat” yahut “oluşturma, düzen” gibi anlamlara da gelmektedir⁶⁵.

Kurucu iktidarın anayasa yapıcı eyleminin “hukuk dışı ve sınırsız⁶⁶” olduğu düşünülerek kaygı duyulabilir. Onun pozitif hukukun dışında olması, kurucu iktidarın eylemini hukuk dışı, “politik” bir alana iter. Kurucu iktidar kendinden önce var olmuş bir pozitif düzenle veya devletin dışında herhangi bir güçle sınırlandırılmış değildir⁶⁷. Ancak onu var eden toplumsal yapıyla sıkı sıkıya bağlıdır⁶⁸.

İlk olarak Sieyes tarafından dile getirilen kurucu iktidar kavramı, 20. Yüzyılın bir diğer önemli düşünürü Hannah Arendt tarafından aynı kaygıyla şiddetle eleştirilmektedir. Arendt, istikrarlı bir düzen yönündeki kaygılarını kurucu iktidar kavramına yöneltmiş ve iktidarın kaynağı olan grubun doğası gereği sürekli bir değişim halinde olabileceğinden bahisle, bir hukuksal zemin olmadan anayasal kurumları ortadan kaldıracı bir kurucu iktidar anlayışına şiddetle karşı çıkmaktadır⁶⁹. Hannah Arendt iktidarı (*power*), belirli bir gruba ait bulunan ve asla bireysel olmayan, uyum içinde eyleme kabiliyeti olarak tanımlamaktadır. Eğer bir kişinin iktidarda olduğunu ifade ediyorsak, o gücünü aldığı grubun adına bu yetkiyi kullanacağından, söz konusu grup ortadan kalktığında bu kişinin iktidarı da yok olacaktır⁷⁰. Bu, iktidarı yaratan politik yapının sürekli değişmesine bağlı olarak önü açılan “sürekli devrim” ihtimaline karşı Amerikan Devrimi’ni örnek gösterir: Burada kurulmuş olan anayasa yapıcı meclislerin, zamanla bir devrim getirdiğini ancak

⁶⁴ Göztepe, s.142.

⁶⁵ Turinay, s.288.

⁶⁶Şafak Evran Topuzkanamış, **Halka Ait Anayasacılık**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.85.

⁶⁷ Atay, s.526; Schmitt, Constitutional Theory, s.127.

⁶⁸ Kapani, Politika Bilimine Giriş, ss.66-70; Erdoğan, s.50.

⁶⁹ Dinçer Demirkent, “Anayasal Kuruluş Konusunda Kapanmayacak Tartışma: Hannah Arendt ve Carl Schmitt’te Kurucu İktidar Sorunu”, **Mülkiye Dergisi**, Sayı: 39, 2015, s.96.

⁷⁰ Hannah Arendt, **Şiddet Üzerine**, Çev. Bülent Peker, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s.55.

hiçbir zaman halk egemenliği ile kurucu iktidarı birleştirmedeğini, kurucu iktidarı ise hiçbir zaman hukukilikten uzaklaştırmadığını savunmaktadır⁷¹.

Arendt'in politik olanın değişkenliği ve hukukun kaynağının politik olana özgülenmesine yönelik kaygıları, onu var olanı dışlayıp yeni bir devrim metodu kurmaya yönlendirir ki bu yapay önerinin tek dayanağı Amerikan devrimidir. Bu önermeye göre karşımıza büyük bir problem belirir: Var olan bir anayasal düzenden kaynağını alarak yeni bir anayasal düzenin inşasının hukuki veya meşru olup olmayacağı. İskandinav hukuki realizminin önemli temsilcisinin ismiyle “Alf Ross Paradoksu” olarak literatüre geçen bu konuyu meşruiyet konusunda ayrıca inceleyeceğiz.

Anayasal bir düzenin inşası, politik birliğin iradesinin en etkin olduğu andır. Anayasayı yapan kurucu iktidar, politik birliğin içerisinde var olur. Bu, “kendisiyle çatışan diğer iktidarların karşısında⁷²” onun bir zaferidir. Ancak bu mücadele politik alanda her zaman devam eder. Politik birlik doğası gereği hiçbir zaman toplumun veya dünyanın tüm üyelerini kapsar bir tekillikte var olamaz⁷³. Aksine politik birliğin varlığı için başka politik birliklere ihtiyaç vardır ki bu karşılığı Schmitt dost/düşman ayrımıyla açıklar. “Dost/düşman ayrımı ortadan kalkarsa, siyasal yaşam da ortadan kalkar.”⁷⁴

Anayasanın kurucu iktidarın eylemiyle tanımlanması, ona pozitif değer in üstünde bir anlam atfeder ki bunu kimi yazarlar “doğal hukuktan kaynaklanan⁷⁵”, “ahlaki ön kabullere dayanan, öznel vb.”⁷⁶ değerler yüklerler. Sieyes'in bu yöndeki fikirleri 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'ne de yansımıştır. Beyannamenin 2nci maddesinde “Her bir politik toplumun amacı; insanın doğal ve dokunulamaz haklarını korumaktır. Bunlar; özgürlük hakkı, mülkiyet hakkı, güvenlik hakkı ve baskıya karşı direnme hakkıdır.” ifadelerine yer verilmiştir. Liberal ideolojiyle gelişen dokunulmaz haklar kavramı, kurucu iktidarı bağlayıcı bir temel

⁷¹ Demirkent, ss.97,98.

⁷² Topuzkanamış, s.88.

⁷³ Carl Schmitt, **Siyasal Kavramı**, Çev. Ece Göztepe, Metis Yayınları, İstanbul, 2014, s.84.

⁷⁴ Schmitt, Siyasal Kavramı, s.81.

⁷⁵ Karl Doehring, **Genel Devlet Kuramı**, Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2018, s.60.

⁷⁶ Gözler, Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, s.231.

norm olarak önümüze konulsa da anayasaya atfedilen bu değerler, yalnız onun meşruluk dayanaklarından biri olabilir, ancak onun tam olarak ne olduğunu açıklamaya yetmez. Karar, rasyonel çıkarımlarla ulaşılan bir evrensel yasaya dayanmakta değildir, belirli bir zamanda belirli bir politik birliğin uyuşum noktasıdır ki önemi yalnızca var olmasındadır. Bireyler politik bir yapının parçası olarak bütüne dâhil oldukları noktada ortaya çıkan politik karar, bu birliğin devamı için o an en uygun olandır. “Egemen, karar vermek için hak sahibi olmak zorunda değildir⁷⁷”, sadece karar vermesi yeterlidir.

Anayasayı kurucu iktidarın bir eylemi ve politik birliğin kararıyla kurulan bir düzen olarak yaptığımız tanımlar esasen anayasa kelimesinin tarihsel gelişimi yönündeki açıklamalarımızla da örtüşür. Nihayetinde bu bakış açısıyla anayasa, bir metin olmaktan öte, bir toplumsal kararın hukuki çerçevesini oluşturur. “Anayasal bir devlette anayasa, toplumsal düzenin ifadesi, medeni hakları kapsayan toplumun ta kendisidir.⁷⁸”

1.3. ANAYASAL DEMOKRASİNİN ANLAMI VE TEORİK TEMELLERİ

1.3.1. Anayasal Demokrasinin Tarihsel Gelişimi

Çalışmamızın konusu olan modern anayasal devlet, liberal düşünceyle beraber gelişen sınırlı bir devlet anlayışıyla biçimlenmiştir. Devletin yetkisinin sınırlandırılması ile ilgili tarih boyunca birçok teori ortaya atılmıştır. Henüz kişi hakları kavramları düşünce hayatına girmeden evvel, devletin üstün iktidarını keyfilikten kurtarma amacıyla bir takım yollar aranmıştır. Düşünürlerden kimi ahlak ve erdem kavramlarını ileri sürmüş kimisi ise düşüncelerini Tanrı’nın iradesine dayandırmışlar ve nihayet on yedinci yüzyılda birey kavramının ön plana çıkması ve gelişen burjuva sınıfı ile dönemin özgürlükçü düşünürleri devleti hukukla sınırlama çabası içine girmişlerdir⁷⁹. On dokuzuncu yüzyılda aynı düşünsel, siyasal ve hukuksal arka planı paylaştıklarından, sınırlı iktidar ve anayasa kavramları birbirine

⁷⁷ Bezci, s.102.

⁷⁸ Lorenz von Stein’den aktaran Schmitt, Siyasal Kavramı, s.76.

⁷⁹Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 249-250.

bağlanmış ve birbirini tamamlamıştır⁸⁰. On sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıl liberal düşünürleri, devlet idaresini düzenleyen kuralları belirsizlikten kurtararak “yazılı, açık, kesin ve sistematik bir temel yasa halinde toplamayı son derece önemli görmüşler ve bunu sınırlı iktidar anlayışının başlıca güvencesi saymışlardır⁸¹.”

Devlet iktidarının temel haklarla sınırlandırılması düşüncesinin sistematik bir biçimde gelişimi her ne kadar liberal düşüncenin doğuşuna rastlarsa da başlangıcının burası olduğunu söylemek mümkün değildir. Demokrasi ile ilgili tanımları yaparken bahsettiğimiz Atina demokrasısından beri bir ideal olarak metinlere yansıyan eşitlik talepleri (isonomia), politik hayata geçirilemese de düşünce bazında çok önceleri var olmuştur. Sınırlı devlet amacına yönelmiş ilk somut adım, On üçüncü yüzyıl başına rastlayan “Magna Carta Libertatum”dur. Bu metin, modern anayasa metni kavramının temel hakları içine alan anlamı ile bağlantının ilk somut örneği olarak son derece önemlidir⁸². 15 Haziran 1215 yılında İngiltere Kralı ile Papa ve baronlar (asiller) arasında imzalanan “Büyük Özgürlükler Sözleşmesi”, hukukun kraldan üstün olduğunu vurgulamayı amaçlamayan ilk yazılı metin olarak anayasal devlet fikrinin gelişiminde tarihi bir öneme sahiptir⁸³. Magna Carta ile başlayan bir özgürlük özlemi, Avrupa’da görece daha küçük bir takım olayların gelişmesine neden olmuş, bazı kırsal kesimlerde yaşayan halklar, güçlü derebeylerine karşı birleşmeye başlamışlardır⁸⁴. Avrupa’da yayılan bu özgürlük ve hak talepleri sonraki süreçte liberal düşüncenin de temelini oluşturmaya başlamıştır.

Demokrasi kurumu ile birlikte inceleyeceğimiz anayasal devlet, modern siyasal düşünce ve modern devletin gelişimiyle doğrudan ilintilidir. Henüz Ortaçağ feodal ekonomik ilişkileri ve siyasal yapılanması devam ederken, on altıncı yüzyıl başlarında Avrupa’yı etkisi altına almaya başlayan Rönesans düşüncesi, bu toplumlarda sanattan ekonomiye kadar birçok düşünce değişikliğine neden olmuştur⁸⁵. Ortaçağ Avrupası’nın din hegemonyasındaki siyasal yapısının değişimde

⁸⁰ Gören, s.25.

⁸¹ Kapani, Kamu Hürriyetleri, ss. 249-250.

⁸² Turinay, s.303.

⁸³ **Magna Charta**, Çev. Çiğdem Dürüşken, Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 2009, s.7.

⁸⁴ Janko Musulin(Der), **Hürriyet Bildirgeleri-Magna Charta’dan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne**, Çev. Necmi Zeka, Belge Yayınları, İstanbul, 1983, s.22.

⁸⁵ Mehmet Akad/Bihterin Vural Dinçkol, **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2009, s.87.

en önemli isim, modern politikanın kurucusu sayılan Machiavelli; din ve ahlak kuralları yerine “güç” kavramını koymuş⁸⁶, politikaya içkin olan tüm metafizik unsurlardan arındırarak Ortaçağ’la olan fikri bağları bir anlamda kesmiştir⁸⁷. Bu tarihten sonra ise özgürlük ve hak taleplerinin daha somut bir biçimde ilerleyeceği bir sürece girilmiştir.

Temel hakları koruyucu bir temel yasa olarak anayasa kavramı, on yedinci yüzyıldan itibaren dönemin özgürlükçü metinlerine de yansımıştır. Sınırlı devlet düşüncesine giden yolda en önemli gelişmelerden biri de “İngiltere Haklar Bildirgesi”dir. Her ne kadar bir içeriğinde anayasa ifadesi yer almasa da, 1689 yılında yayımlanan bildirge ile kralın yetkilerinin sınırlandırılması için bir takım maddelere yer verilmiş olup⁸⁸, hala yazılı bir anayasası olmayan İngiltere için anayasa niteliğinde bir belge olarak tarihe geçmiştir. Daha sonra 1789 yılında Fransız Yurttaş Hakları Bildirgesi ile artık bir anayasanın, temel hakların varlığı için zorunlu olduğu ifade edilmeye başlanmıştır. Bildirgenin 16. maddesi “*Anayasaya sahip olmayan toplumlarda, haklar güvence altına alınamaz ve kuvvetler ayrılığı gerçekleştirilemez.*” şeklindedir⁸⁹. Amerikan Haklar Bildirgesi’nde ise “*Tüm insanların eşit yaratıldığını, Yaradanları tarafından kendilerine devredilemez hakların verildiğini ve bu hakların Yaşam, Özgürlük ve Mutluluğa Erişme haklarının bulunduğu gerçeklerinin apaçık ortada olduğunu kabul ediyoruz. Bu hakları güvence altına almak amacıyla insanlar arasında adil güçlerini, yönetilenlerin onayından alan yönetimler kurulur*”⁹⁰.” ifadeleri yer almaktadır.

Yirmi birinci yüzyıl dünya düzeninde yer alan modern anayasaların on sekizinci yüzyılda gelişen bu liberal siyasal düşünce sisteminin izlerini taşıdıkları söylenebilir. İşte bu nedenledir ki bugün bir anayasanın varlığı, devleti yöneten siyasi iktidarın hukukla bağlandığı anlamını içerir⁹¹. Nitekim iktidarın hukukla bağlı olması

⁸⁶ Akad/Dinçkol, ss.90,96.

⁸⁷ Touchard, s.270.

⁸⁸ Bkz: Musulin(Der.), ss.59-62.

⁸⁹ Fransız Yurttaş Hakları Bildirgesi, hukukbook.com, (08.04.2018).

⁹⁰ Amerikan Haklar Bildirgesi, hukukbook.com, (08.04.2018).

⁹¹ Erdoğan, s.5; Tögel, s.758.

modern devletin de en önemli niteliğidir fakat anayasal demokrasinin tüm niteliği bununla sınırlı değildir.

1.3.2. Anayasal Demokrasinin İçeriği

“Anayasal demokrasi” anayasa ve demokrasi kavramlarının birleşiminden daha fazlasıdır. Bu kavram, yukarıda tarihsel gelişimiyle açıkladığımız üzere, modern liberal demokrasi ile birlikte şekillenmiş, hukuk devleti yaratma idealine yönelmiş bir çalışmanın sonucudur. Anayasal demokrasi, klasik demokrasinin tam anlamıyla bir halk egemenliği içermediği yönündeki sosyalist temelli eleştirilere karşı, sırtını liberal ideolojiye dayamış batı merkezli bir kavramlaştırma olarak 20. yüzyılın ikinci yarısında karşımıza çıkmaktadır⁹². Michel Rosenfeld’e göre hukuk devleti, “çağdaş anayasal demokrasinin köşe taşıdır⁹³.” Nitekim anayasal demokrasi kavramı literatürde sıklıkla “demokratik hukuk devleti⁹⁴” ile ilişkilendirilmekte, aynı anlamda kullanılmaktadır.

Bazı yazarlara göre anayasacılık ve demokrasi kendinde bir çelişki barındırır. Örneğin M. Sancar, anayasanın (ki anayasacılıktan hukuk devleti olarak söz etmektedir⁹⁵) sınırlı devlet anlayışından, demokrasinin ise halk egemenliği anlayışından ileri geldiğini söyleyerek bu iki kurumun özünde zıt bir amaca hizmet ettiğini savunur. Anayasacılık, halkın hareket sınırlarını belirleyerek demokratik alanı daraltmaktadır⁹⁶.

Anayasacılık ile demokrasiyi birbirine karşı iki kavram olarak tanımlayan görüşe ilişkin olarak bazı tespitlere yer vermemiz gerekecektir. Öncelikle

⁹²Meltem Dikmen Caniklioğlu, **Anayasal Devlette Meşruiyet**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s.77.; Mithat Sancar, “Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı Güvencesi mi?”, **Demokrasi ve Yargı Sempozyumu**, (Ed. Ozan Ergül), (Anayasal Demokrasi), s.44.

⁹³ Michel Rosenfeld, “Hukuk Devleti ve Anayasal Demokrasinin Meşruiyeti”, **Hukuk Devleti-Hukuki bir İlke Siyasi Bir İdeal**, (Ed: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük), Adres Yayınları, Ankara 2008, s.211.

⁹⁴ Erdoğan, s.41.

⁹⁵ Sancar, Anayasal Demokrasi, s.44.

⁹⁶ Sancar, Anayasal Demokrasi, s.45.

anayasacılık “anayasal değerleri koruma adına geliştirilen yöntemler bütünüdür⁹⁷.” Bu itibarla yukarıda yaptığımız anayasa tanımlarından ayrı olarak anayasacılığı, hukuk devleti amacına yönelmiş bir hareket alanı olarak görmek mümkündür. Nihayetinde anayasa metninin temel amacı “özgürlük ve otorite” arasındaki dengeyi sağlayabilmektir⁹⁸. Bir bütün olarak anayasal düzen, politik bir karar ile varlık kazanırken, sınırlandırılmış devlet ise anayasal kararın korunması kaygısıyla geliştirilmiş bir kurumsal yapının sonucudur. Modern devlette demokrasi kurumunun örgütlenmesi ile elde edilen araçlar, toplumun tümüne oylama yahut onaylama yoluyla katılma hakkı verir⁹⁹. Ancak salt rasyonel bir bakışla bu hakkın kullanımının demokratik alanda hukuk yoluyla anayasal kararı bertaraf etme sonucuna ulaşması pek muhtemeldir¹⁰⁰, zira ileride değineceğimiz üzere yasama, temsili biçimde veya doğrudan, halka aittir. Öte yandan M. Erdoğan ise, anayasacılığın siyasi iktidarı denetleme işlevinin, anayasacılığın demokrasi boyutuna içkin olduğunu ifade etmektedir¹⁰¹. Yani burada karşılıklı denetim mekanizmaları özünde bir amaca yöneliktir ki zıt gibi görünen bu iki kurum, temelde karar olarak anayasal olanı, yani kurucu iktidarın ideolojisini koruma amacına hizmet etmektedir.

Özetle anayasal demokrasiyi, liberal ideolojinin politik zaferiyle başlayan süreçte, daha kalıcı ve sistematik bir devlet biçimi yaratmak amacıyla geliştirilmiş, anayasa ve demokrasi kurumuyla örgütlenmiş bir sistem olarak modern devlet biçiminin kendisi olarak tanımlamak mümkündür.

⁹⁷ Topuzkanamış, s.9.

⁹⁸ Topuzkanamış, s.11.

⁹⁹ Schmitt, Constitutional Theory, s.302.

¹⁰⁰ Carl Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, İthaki Yayınları, İstanbul, 2018, s.12.

¹⁰¹ Erdoğan, s.40.

1.4. MEŞRUIYET

1.4.1. Meşruiyetin Kavramsal Çerçevesi

Türk Dil Kurumu'nun Güncel Türkçe Sözlüğü'nde her ne kadar meşru kavramı “yasal”, meşruiyet/meşruluk kavramı ise “geçerli olma durumu¹⁰²” olarak tanımlanmışsa da meşruiyet kavramının özünü anlamak için bu tanımın yeterli olmayacağı, meşru kavramının ise tarihsel kökeni ile birlikte ele alındığında doğru kabul edilmesinin mümkün olmadığı açıktır. Oysa yine Türk Dil Kurumu yayınları tarafından basılan ancak Orhan Hançerlioğlu tarafından hazırlanan Türkçe sözlükte meşruiyet, “çoğunlukla onaylanan, Tanrı buyruğuna uygun olan, yasanın, dinin ve kamu vicdanının doğru bulduğu eylem, tavır ve norm¹⁰³” olarak tanımlanmıştır. Yine başka bir sözlükte meşru kavramı “yasanın, dinin ve kamuoyunun doğru bulduğu¹⁰⁴” şeklinde yer almaktadır.

Siyasal iktidarlar her zaman otoriteye ihtiyaç duyar ki “otoritenin en önemli belirtisi, baskı ya da iknaya gerek olmaksızın, itaat etmesi istenenlerin verilen kararı sorgusuz sualsiz kabul etmesidir¹⁰⁵.” Bu tanım tarihsel bir süreç içerisinde dayanağı kimi zaman tek bir kişiye, kimi zaman bir gruba yahut çoğunluğa ait olsun, iktidarın meşruiyeti kavramına ışık tutar. Siyasal iktidarların otorite sahibi olabilmesi için meşruiyet dayanaklarına ihtiyaçları vardır. Bu dayanaklar, tarih boyunca farklı temellere oturtulmuş, önceleri bunun kaynağı “gökyüzünde”, Tanrı'da yahut dini kaynaklarda aranmıştır. İlk biçimiyle Tanrı-krallar, Ortaçağ'ın sonu ve Yeniçağ'ın

¹⁰² TDK Güncel Türkçe Sözlük, sozluk.gov.tr, (09.04.2019).

¹⁰³ Orhan Hançerlioğlu, **Türkçe Sözlük**, Türk Dil Kurumu, s.255-256'dan aktaran Caniklioğlu, s.17.

¹⁰⁴ **Osmanlıca Türkçe Sözlük**, 8. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2009, s.281.

¹⁰⁵ Arendt, s.56; Ayrıca bkz: Alexander Passerin d'Entreves, **The Notion of The State- An Intoduction to Political Theory**, Oxford University Press, London, 1969, p. 141: “*Kendi adımı meşruiyeti, en genel terimlerle gücün 'geçerliliği' kriterini tanımlamak, emir vermek ve kendilerini itaat etme baskısı altında bulanlar bakımından emir almak için uygun bir ifade olarak tanımlıyorum.*”; Erdoğan s. 432: “*Bir devletin gayrimeşru olması onun tebaası için bağlayıcı hukuk yapmak ve siyaset oluşturmak genel hakkından yoksun olduğu ve ayrıca devletin tebaasının onu desteklemek ve ona uymak şeklindeki mukabil genel siyasi yükümlülüğüne sahip olmadığı anlamına gelir.*”

başlangıcında sistematik bir hal alan teokratik rejimlere evrilmiştir¹⁰⁶. Nihayet on altıncı yüzyılla beraber değişmeye başlayan fikir dünyası, sonrasında demokratik yönetim biçimlerinin ortaya çıkışıyla rasyonel meşruiyet dayanakları kabul görmeye başlamıştır. Nitekim Caniklioğlu, meşruiyet kavramının haklı olmak savını içerdiğini, bu nedenle onu hukuktan bağımsız olarak tanımlamanın mümkün olmadığını savunur¹⁰⁷. Öte yandan meşruiyetin haklılık ile kavramsal bir yakınlığı bulunmadığını iddia eden düşünürler de bulunmaktadır¹⁰⁸. Kanaatimizce de meşruiyet, toplumsal bir inançtan ileri gelir ki onu haklılık yahut adillikle tanımlamak mümkün değildir. Önemi yalnızca, belirli bir zamanda belirli bir toplumda kabul görmesindedir.

1.4.2. Meşruiyete İlişkin Görüşler

Siyasal iktidarların meşruiyeti sorunu 20. Yüzyıldan bu yana önemli kuramsal tartışmalara sahne olmuş, bundan öncesinde ise somut olarak tarih sahnesini yönlendirmiş önemli bir sorundur. Meşruiyetin dayanağının ne olduğu noktasında düşünürlerce farklı tezler ileri sürülmüş, farklı argümanlar geliştirilmiştir ki bugün dahi bu konuda ortak bir kanaat bulunduğunu söylemek mümkün değildir.

Siyasal iktidarın meşruluğu noktasında, ilk akla gelen, Max Weber ve onun meşruiyetin dayanağına ilişkin ayrımlarıdır. Weber'e göre, çoğunluğun yönetimi de dâhil olmak üzere herkes tarafından ortak bir uylaşım ile kabul edilmeyen tüm düzenler birer dayatmadır¹⁰⁹. Nitekim iktidarı da “insanın insan üzerinde meşru, yani meşru olduğu iddia edilen şiddet araçlarıyla egemenlik kurması¹¹⁰” biçiminde tanımlar. Sosyal ilişkileri içeren sosyal eylem, meşru bir düzenin varlığında, aktörler tarafından inanca yönlendirilebilir. Gerçekte eylemin bu şekilde yönlendirilme olasılığı, söz konusu düzenin geçerliliği olarak adlandırılır. Böylece, bir düzenin

¹⁰⁶ Münici Kapani, **Politika Bilimine Giriş**, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2011, s.74.

¹⁰⁷ Caniklioğlu, s.21.

¹⁰⁸ Arendt, ss.61,62.

¹⁰⁹ Ahmet Şenol Ok, “Weber’de Otorite ve Meşruiyet Tipolojisi”, **Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi**, Cilt:4, Sayı:8, 2017, (Weber’de Meşruiyet), s.44.

¹¹⁰ C. Wright Mills, **The Power Elite**, New York, 1956, s.171’den aktaran Arendt, s.45.

geçerliliğine yönelim, gelenek veya çıkara göre belirlenmiş bir sosyal eylemin istikrarının salt varlığından daha fazlası anlamına gelir¹¹¹.

Weber, meşruiyetin elde ediliş yöntemine göre bir iktidarın meşruluğunu üç farklı biçimde açıklar:

Geleneksel, her zaman var olmuş olanın meşruluğuna inanç;

Duygusal davranış sayesinde, örnek alınacak bir modelin yeni ortaya çıkmış geçerliliğinin duygusal bir durumla meşrulaştırılması (bu ikinci tip literatürümüze karizmatik meşruiyet olarak geçmiştir.¹¹²);

Mutlak faydaya rasyonel bir inanç sayesinde, böylece mutlak ve nihai taahhüdün geçerliliğine katkı sağlanır; çünkü o, yasayı haklı bulan bir yöntem tarafından belirlenmiştir¹¹³.

Weber’de rasyonel meşruiyetin, ki yasal-ussal meşruiyet olarak da anılır, modern devletin tipolojisine uyduğu ifade edilir¹¹⁴. Rasyonel meşruiyet, biçimsel bir perspektife dayanır. Siyasal iktidarın otoritesi, yalnızca yasalara uygun biçimde elde edildiği ve yine yasalara uygun bir biçimde kullanıldığı için meşru kabul edilir¹¹⁵. Ancak bu kavramın salt bir haklılık yahut yasallıktan öte, bir inançtan geldiği yönündeki tanımlamaları hatırlamaya getirirsek, yalnızca pozitif bir varlık kazanmış yasaların bu inancın sağlanmasının yolu olduğu fikrini kabul etmek zordur. Ünlü deneme yazarı Montaigne’in daha 16. Yüzyılda radikal bir biçimde ifade ettiği şekliyle bir sorgulama bu tanımın ne ölçüde yetersiz kaldığını anlamaya yetecektir:

“Kanunlar doğru oldukları için değil, kanun oldukları için yürürlükte kalırlar. Kendilerini dinletmeleri akıl dışı bir güçten gelir, başka bir şeyden değil. Mistik olmak işlerine gelir. Kanunları koyanlar da çok kez budala, ya da eşitlik korkusuyla haksızlığa düşen kimselerdir. Nasıl olursa olsunlar, insandırlar nihayet, her yaptıkları şey ister istemez sudan ve değişkendir.

¹¹¹ Max Weber, **The Theory of Social and Economic Organization**, Oxford University Press, New York, 1947, s.124.

¹¹² Ok, Weber’de Meşruiyet, s.45.

¹¹³ Weber, s.130.

¹¹⁴ Ok, Weber’de Meşruiyet, s.47.

¹¹⁵ Ok, Weber’de Meşruiyet, s.46.

Kanunlardan daha çok, daha ağır, daha geniş haksızlıklara yol açan ne vardır?¹¹⁶”

Carl Schmitt, tamamen biçimselliği ön plana koyan, usulüne uygun yasaların meşru olduğu yönündeki anlayışı evrensel bir geçerlilik ölçütü çağrıştırmadığı gerekçesiyle zayıf bulur¹¹⁷. Parlamenter yasama devleti dediği devlet biçiminde kanuniliğin görevinin, meşruiyeti ve otoriteyi gereksiz kılması olduğunu ifade eder.¹¹⁸ Schmitt hukuk devleti modelini “yasama devleti¹¹⁹” olarak tanımlamıştır ki “*yasama devletinin tipik ifadesi, önceden belirlenmiş, içeriği itibarıyla tayin edilebilir ve ölçülebilir, süreklilik ve genellik arz eden normlaştırmadır; (...) kamusal hayatın tamamı tipe uygun kapsam alanlarını mümkün kılan, kapalı bir kanunilik sistemi tarafından kuşatılacaktır*¹²⁰.”

Schmitt bu “yasama devleti” modelini, “öze dair tarafsız” olma çabası nedeniyle yasaları “hukuk-dışı” kullanmanın önünü açtığından bahisle eleştirir. Böylelikle çoğunluğu sağlayan geçici iktidarlar, kendi düşmanını bertaraf edecek her türlü yasama işlemini yapma yetkisini haiz olacaktır¹²¹. Bunun yerine o, tüm meşruiyet araçlarının yerine anayasanın kendisini koyar. Anayasal demokratik bir düzende en belirgin meşruiyet aracı, anayasal düzenin kendisidir. Schmitt’in karara ilişkin tanımlamaları doğrudan onun meşruiyet anlayışıyla ilgilidir ki bu bağ onu savunanlara göre “anayasa” üzerinden kurulur:

“...anayasanın meşruiyeti zaten politik karar olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle anayasalar hukuki olarak savunulamazlar, ama gerektiğinde politik olarak korunurlar. Anayasanın politik karar olarak görülmesi, gerçekte yasallığın devrimin taktik manevra aracı olarak dahi kullanılmasını engellemektedir. Bu bakımdan yasallığın meşruiyet adına geçici olarak yürürlükten kaldırılması uğruna anayasanın korunuyor olması, gerçekte

¹¹⁶Montaigne, **Denemeler** (Ed: Sebahattin Eyüboğlu), İş Bankası Yayınları, İstanbul 2010, s.14.

¹¹⁷ Gianfranco Poggi, **Modern Devletin Gelişimi-Sosyolojik Bir Yaklaşım**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, çev. Şule Kut- Binnaz Toprak, İstanbul, 2016, s.154.

¹¹⁸ Schmitt, Kanunilik ve Meşruiyet, s.11.

¹¹⁹ Schmitt, Kanunilik ve Meşruiyet, s.4.

¹²⁰ Schmitt, Kanunilik ve Meşruiyet, s.5.

¹²¹ Schmitt, Kanunilik ve Meşruiyet, ss.34-37.

*yasallığın, meşruiyetin görünür formundan başka bir şey olmadığının göstergesidir.*¹²²”

Bir başka düşünür Hannah Arendt, iktidarın meşruiyet kaynağını, iktidarı var eden bir araya gelişe dayandırır ancak bir araya gelişin doğuracağı eyleme değil. Burada haklılık ile meşruluk arasına kökten bir ayrılık koyarak, haklılaştırmanın gelecekle ilgili bir amaç taşıdığı, meşruiyetinin temelini ise geçmişte olduğunu savunur¹²³.

Meşruiyetle ilgili diğer bir görüş ise 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren üretimin gelişmesi ile birlikte dile getirilmeye başlanan “ekonomik büyüme”, “refah” gibi adlarla anılan bir kalkınma ideali inancıdır. Bu idealin, ekonomik küreselleşme ile sıklıkla yaşanan ekonomik bulanımlar, bu bağlamda devletin topluma yüklediği sıkıntılara karşı bir meşruluk dayanağı olduğu için modern devletin “toplumsal mutlulukçu” meşruiyet dayanağı olduğu iddia edilir¹²⁴.

Meşruiyetin dayanaklarına ilişkin farklı görüşler olsa da kanaatimizce onun tek bir nedene dayandırılarak ifade edilmesi mümkün değildir. Kurucu bir eylem olarak anayasa ve anayasal düzen, varlığını sürdürmek için bu dayanaklara ihtiyaç duyar. Demokratik bir sistemde meşruiyetin en büyük dayanağı, kurucu eylemi var eden politik birliğin kendisidir. Ancak bu politik birliğin sürekliliğinin sağlanması yahut karşıtları için de bir meşruiyet inancı kazanması, ancak kurumlar ve söylemler ile mümkün olur. Bu itibarla kanaatimizce farklı işlevlere sahip olan öğeleri ayırarak, anayasal demokrasideki meşruiyet dayanaklarını ve meşruiyet inancını korumaya özgülünmüş kurumları yani meşruiyet araçlarını ayrı ayrı incelememiz gerekecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

ANAYASAL DEMOKRASİDE MEŞRUIYETİN İNŞASI ve DEVAMLILIĞI

Çalışmamızın bu bölümünde anayasal demokrasi dediğimiz modern devlet biçiminin, liberal ideolojiye yönelmiş, demokratik bir düzen ve sınırlandırılmış bir iktidar olduğuna yönelik tanımlamalarımız ışığında, bu sistemin meşruiyet

¹²² Bezci, s.104.

¹²³ Arendt, s.62.

¹²⁴ Poggi, s.156.

dayanaklarını ve sistem özelindeki meşruiyet araçlarını incelemeye çalışacağız. Şöyle ki, meşruiyet krizleri, anayasal düzeni var eden politik birliğin yapısının sürekli değişime açık olması nedeniyle, dünya genelinde sıklıkla karşılaşılan bir sorun olarak tarih boyunca çözüm arayışlarına neden olmuş bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır.

İktidara itaat etme yükümlülüğü ve adalet, toplumlar ve düşünürler tarafından sıklıkla sorgulanmış kavramlar olarak tarih sahnesinde oldukça önemli bir yere sahiptir. Meşruiyet inancı ve itaat yükümlülüğü arasındaki hassas dengenin, iktidar kavramı var olduğu sürece var olduğu görülür. Adil olmayanın meşru da olmadığını vurgulayan tarihsel örnekler, kamusal olanı en iyi biçimde yansıtan alan olarak edebi metinlerde en çarpıcı örneklerini bize sunmaktadır. Bilinen tarih, en azından yazılı kaynaklar bakımından bizi Antik Yunan'a değin götürmektedir. Bunun en önemli örneklerinden birinin Prometheus olduğunu söylemek mümkündür. Tanrı Zeus'un oğlu olan ama ona başkaldıran Tanrı Prometheus, Zeus'un sonsuz keyfi iktidarının adil olmadığını düşünerek insanlar için Tanrılara karşı ayaklanır. Prometheus'un başkaldırısı, yalnız bir mitolojik öykü olmaktan öte, aynı zamanda antik insanın adalet arayışını yansıtan tarihi bir belgedir. Tanrı Zeus'un keyfi iktidarına karşı ateşi Tanrılardan alıp insanlara veren Prometheus güneşin altında zincire vurulup işkence görmekteyken, Aiskhylos'un anlatımıyla şu sözleri söylemektedir:

“...Zeus, baba tahtına oturur oturmaz

Başladı her tanrıya bir şeref payı vermeye,

Devletin katlarını önem sırasına koymaya.

Bu arada zavallı ölümlüleri düşünmek aklının ucundan bile geçmedi,

(...)

Bu tasarıya kimse karşı çıkmadı benden başka,

Bir tek ben göze alabildim bunu

Ve kurtardım insanları, önledim

Hades'in karanlıklarında yok olup gitmelerini.¹²⁵”

¹²⁵ Aiskhylos, **Zincire Vurulmuş Prometheus**, Çev. Azra Erhat/Sabahattin Eyüboğlu, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2014, s.11.

Prometheus, başkaldırının ve adalet savaşının bir simgesi olarak sayısız metne konu olmuş önemli bir karakterdir ki nitekim Karl Marx da onun için bu ifadeleri kullanır: “*Prometheus, filozoflar kütüğündeki en büyük aziz ve şehittir*”¹²⁶.

Yine antik çağlarda, Sophokles’in M.Ö. beşinci yüzyıla ait olan tragedyası “Kral Oidipus”ta Kral, düşmanı olarak gördüğü Kreon’la yaptığı diyalogda iktidarın yalnızca halkın rızasıyla elde edildiğini söylediği yazar¹²⁷. Eserin devamında Kreon Oidipus’a yanıt verir: “Adaletsiz Kral’a boyun eğilmez”¹²⁸. Bu ünlü diyalog, bir edebi metin olmanın yanında bir tarihsel dönemi de yansıtmaktadır. Yine sonraki dönemde, M.Ö. 106 yılında doğmuş Romalı düşünür Cicero, Yasalar Üzerine eserinde, yakın dostu ve öğrencisi olan Atticus ile yaptığı diyalogda “Buyruklar adil olsun ve vatandaşlar düzgünce ve itiraz etmeden itaat etsin.”¹²⁹ sözlerine yer vermektedir.

Esasen Avrupa düşüncesinin antik çağlardan beri dile getirdiği iktidarın adil olması gerektirdiği düşüncesi, burada gelişen demokrasi ve sınırlı iktidar örneklerinin kaynağı hakkında da bize bir fikir sunmaktadır. Zira devletin sınırlandırılması görüşünün çıkış kaynağı, Hirst’e göre de devletin gerçekten “son derece sınırlandırılmış” olmasıdır¹³⁰.

Siyasal iktidarın meşruiyeti konusunda tarih sahnesine geçmiş metinler oldukça çoktur. Ancak bunun pratik ve somut bir örneğini sunması bakımından en can alıcı metinlerden birinin Hollanda Bağımsızlık Bildirgesi olduğunu söylemek mümkündür. 1581 tarihli bildirge, meşruiyet krizinin varlığını ve sonuçlarını en etkili biçimde aktarmaktadır:

“Halk prens için değil, tersine prens halk için yaratılmıştır; çünkü halk olmasa prens de olmazdı. Prens uyruklarını hak ve adalete uyarak yönetmeli, onları bir baba evlatlarını nasıl severse öyle sevmeli, bir çoban sürüsünü nasıl güderse, aynen öyle bağlılıkla gütmelidir. Prens bunun için vardır. Eğer böyle davranmaz,

¹²⁶ Karl Marx, **Hayalet-Seçme Yazılar**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2017, s.43.

¹²⁷ Sophokles, **Kral Oidipus**, Çev. Bedrettin Tuncel, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2018, s.20.

¹²⁸ Sophokles, s.24.

¹²⁹ Cicero, **Yasalar Üzerine**, Çev. Cengiz Çevik, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017, ss.1,69.

¹³⁰ Hirst, s.28.

*köle muamelesi yaparsa, prensliği artık sona ermiş demektir; bir tirandır artık o. Uyrukları da, eğer başka hiçbir çıkar yol kalmaz ve hissettikleri tehlike üzerine yaptıkları uyarılara karşın, tiranlıktan kendi canları, malları, karıları ve çocukları için herhangi bir güvence alamazlarsa, o zaman kendi vekillerinin, zümrelerin yasal kararı uyarınca tirandan ayrılma hakkını elde ederler.*¹³¹”

Anayasal demokrasi özelinde meşruiyet; demokrasi, liberalizm ve egemenlik kavramlarıyla doğrudan ilgilidir. Özgür yurttaşların söz sahibi olması isteğiyle Atina’da başlayan demokrasi ideali, liberal modern devletin de en büyük meşruiyet dayanaklarından birini oluşturur. Dünya genelinde en az meşruiyet krizlerinin yaşandığı devlet biçimleri arasında demokratik devletler gelmektedir ki, buna modern devlet yapılanmasındaki birçok argümanın neden olduğu iddia edilebilir. Yine de zaman zaman karşılaşılan sorunların kökeni, çoğu zaman azınlığın söz söyleme hakkı iddiasından ileri gelmektedir¹³². Bu sorun, aynı zamanda anayasal demokraside egemenlik teorilerinin tartışma konusunu oluşturur ki düşünürlerin bir kısmı demokrasinin halk egemenliği olduğunu, bir kısmı ise egemenliğin “ulus” kelimesiyle ifade edilen politik birliğin kararını veren toplumsal yapıya ait olduğunu iddia etmiştir. Meşruiyet krizlerinin diğer bir önemli sebebi ise değişen toplumsal yapılardır. Zaman içerisinde anayasal düzeni var eden politik yapının değişmesi, var olan düzenin sorgulanmasına neden olmaktadır. Kapani, siyasal iktidarın meşruiyetini kaybetmesinin iki yolu olduğunu öngörmüştür:

*“Siyasal iktidar, kendi hukuki meşruluğunun dayanağını oluşturan hukuk kurallarına (anayasa kurallarına) uymamak, onları kasıtlı ve sistemli olarak açıkça çiğnemek suretiyle meşruluktan uzaklaşabilir veya iktidar, yürürlükteki hukuk kurallarına uymakla beraber, zamanla toplumda hakim olan meşruluk anlayışı ve inancı değişebilir. Dolayısıyla, pozitif normların toplumsal dayanakları ve etkinlikleri zayıflamış olur.”*¹³³

¹³¹ Der. Musulin, s.34.

¹³² Şaban Sitembölükbaşı, “Demokratik Meşruiyetin Küresel Egemenliği”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, Cilt:5, Sayı:1, 2000, s.142; Sancar, Anayasal Demokrasi, s. 59.

¹³³Kapani, Politika Bilimine Giriş, s.90.

Anayasal demokraside, meşruiyet krizlerine karşı ileri sürülebilecek argümanları, meşruiyetinin dayanakları -ki kurucu eylemin kendisinden ve kurucu iktidarı var eden politik birlikten kaynaklanan biçimiyle anayasa, temel haklar ve egemenlik başlıklarıyla incelenecektir- ve meşruiyetin araçları olarak ikiye ayırıyoruz. Bu çalışmada yaptığımız ayırım, meşruiyeti haklılık ile özdeşleştiren Caniklioğlu tarafından, “Siyasi iktidarın Kaynağında Meşruiyet-Siyasal İktidarın Kullanımında Meşruiyet” biçiminde ayrılmıştır. Caniklioğlu, ilkinin meşruiyetin politik alanına ait olduğunu kabul etse de ikinci kısmı mevcut hukuk düzeni içerisindeki meşruiyet dayanakları olarak değerlendirir¹³⁴. Esasen nitelik olarak bu ayırım, meşruiyet araçlarının normatif alanda yer alan düzenleneme alanlarına ait olması nedeniyle bir bakıma fikrimize uygun olsa da biz bu düzenlemeleri yine de meşruiyetin sağlanması için gerekli birer araç olarak değerlendirdiğimizden, farklı bir biçimde incelemeyi tercih ediyoruz. Anayasa, bir karar olarak tanımladığımız biçimiyle, gücünü politik birliğin kararından aldığı için, egemen olanın en çok söz sahibi olduğu ana aittir. Bu nedenle onun meşruiyeti, içinde doğduğu birliğin iradesinden gelir. Anayasa, başlı başına bir meşruiyet dayanağıdır. Öte yandan bir metin olarak anayasa ve anayasacılık ise somut düzenin varlığının en büyük garantisi olarak, modern devlette siyasal iktidarı meşrulaştırmanın en önemli araçlarından biri olarak tanımlanabilir¹³⁵.

Gönenç bir anayasanın sürerliliği için meşru olması gerektiğini söyler, bu ise “siyasi kültür, fonksiyonel etkinlik ve anayasa yapımını” içeren üç ayaklı bir sürece bağlıdır¹³⁶. Buradaki “siyasi kültür” kavramı aslında, meşruiyet inancını açıklamada önemli bir noktaya parmak basar. Toplumdaki bireylerin siyasi kurumlara karşı inanç ve tavırlarının ifadesi biçiminde tanımlanan siyasi veya politik kültür¹³⁷, özünde politik birliğin var olmasına yol açan ortamın da hazırlayıcısıdır. Fonksiyonel etkinlik olarak ise anayasal etkinlikten söz edilmiştir. Buradaki anayasal etkinliğin ne olduğu sorusuna Gönenç, demokratik kurumlar ve siyasi partiler üzerinden anayasal

¹³⁴ Caniklioğlu, s.47.

¹³⁵ Atay, s.523,524; Gören, s.28.

¹³⁶Levent Gönenç, “Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:50, Sayı:1, 2001, s.140.

¹³⁷ Gönenç, s.140.

devlet olarak ifade edilebilecek bir kurumsal yapıya yönelik beklentileri örnek göstererek cevap vermiştir¹³⁸. İlerleyen bölümlerde dayanaklarını açıklayacağımız bir başka fikrîsel temelle ise anayasanın fonksiyonu, kurucu iktidarın kararının korunması merkezinde açıklanabilir. Son olarak anayasa yapımı ise bizim bakış açımızla, egemenin en yüksek iradi fonksiyonla var olduğu “an”dır ve nihayet bir anayasanın meşruiyetinin de en temel direğini oluşturur.

Anayasal demokrasinin meşruiyet dayanakları, onu meydana getiren kurumların nasıl anlamlandırıldığına göre farklılık gösterir. Bize göre bu dayanaklar, düzenin varoluşundan yani siyasal iktidarın üstünlüğünü ilan ettiği ve devletin biçimini ve türünü belirlediği anın kendisinden kaynaklandığı için onu meşruiyet araçlarından ayırmayı yerinde buluyoruz. Meşruiyet anayasanın doğrudan kendisinden kaynaklanmaktadır ki bunu da liberal ilkeler ve demokrasiye ait egemenlik prensibi olarak ayrı ayrı irdelemek mümkündür. Anayasa, halkın içinde var olup, varlığını oluşturan koşullarla şekillendiği için siyasal iktidara zor kullanmadan itaat etme iradesini var eden olgular da doğrudan burada aranmalıdır.

2.1. ANAYASAL DEMOKRASİDE MEŞRUIYETİN DAYANAKLARI

2.1.1. Genel Olarak

Modern anayasal demokrasinin kurucu iktidarını, yukarıda ifade ettiğimiz biçimde, iki yüzyılı aşkın süredir onu biçimlendiren liberal ideoloji ve dolayısıyla burjuva sınıfı olarak tanımlamak mümkündür. Tarihsel gelişimi içerisinde ortaya koyduğumuz bu kavramın, demokrasinin egemenlik prensibi ile anayasa kavramının gelişiminin sınırlı iktidar düşüncesinin bir birleşimi olduğu, bunun yanı sıra politik birliğin bir kararı olarak yazılı olsun veya olmasın, bir takım kurucu ilkeler barındırdığını ifade etmekteyiz. İşte bu nedenledir ki kanaatimizce modern devletin meşruiyet dayanakları, onu var eden bu bileşenlerin kendisinden, somut düzenin

¹³⁸ Gönenç, s.146.

varlık kazandığı andan kaynaklanmaktadır. Liberal demokrasilerin iki önemli meşruluk söylemi halk egemenliği ve insan hakları kavramında toplanmıştır¹³⁹.

Bir karar olarak anayasa, yani somut düzeni var eden ilkesel bileşenler, normatif düzene aktarılmasa dahi politik alanda var olmuş toplumsal yapının bir ürünü olarak egemenin onayı ile meşruiyet inancını kazanma işlevine sahip olduğundan son derece önemlidir. Kurucu iktidarın ideolojisi ile bağlılık olarak da ifade ettiğimiz bu geniş anayasa tanımı, meşruiyetin inşasının temel basamağını oluşturmaktadır. Bu itibarla anayasal kararın kaynağını kurucu ilkelerden alan temel haklar ve kaynağını demokrasiden alan ulus yahut halk egemenliği olmak üzere iki önemli dayanağı olduğunu söylemek mümkündür.

2.1.2. Anayasal Karar

Lex est, quod populus jubet atque constituit¹⁴⁰.

[Yasa, halkın emrettiği ve yarattığıdır.]

Gaius, *Institutiones*

Bir karar olarak anayasa, anayasal bir devletin en büyük meşruiyet dayanağıdır. Zira karar, halkın içinde var olur, halkın içinde oluşan politik birliğe aittir. Demokratik bir düzende politik birliğin kaynağının ne olduğu ile ilgili tartışmalar, egemenlik başlığı altında değineceğimiz üzere, literatürde önemli bir yer tutar. Ancak politik birliğin öznesi ne olursa olsun, kurucu iktidarın zaferiyle somut düzen inşa olunmaktadır. Anayasal demokratik düzenin kurulması yahut anayasanın yapımı sırasında halkın katılımı son derece önemlidir. Halkın yapım sürecinde yer almasıyla “anayasanın, meşruiyet kazanması ve böylece anayasanın süreklilik ve etkinlik kazanması beklenir.”¹⁴¹ Esasen meşruiyet kaygısı güden bu eylemin, demokratik bir düzenin inşasının zorunlu bir unsuru olduğu da ifade edilebilir.

Anayasayı bir karar olarak tanımlamak, daha önce açıkladığımız üzere, onu meşruiyetin temeline oturtan Carl Schmitt’in tezlerini akla getirir. Ona göre kurucu

¹³⁹ Caniklioğlu, s.221; Erdoğan, s.372.

¹⁴⁰ Gaii Institutionum Commentarii Quattuor, s. 1, içinde: Corpus Iuris Romani Anteiustiniani, Ed. Eduardus Böckingius, Adolphus Marcus Bonn, 1841.

¹⁴¹ Topuzkanamış, s.62.

iktidarın gücü ve otoritesine dayanan bir karar tanındığı zaman, somut düzen, adil bir düzen olarak kabul edilir. Karar, etik olarak yahut hukuk normları vasıtası ile gerekçelendirilmeye ihtiyaç duymaz. Anayasanın meşruiyeti, anayasanın daha önce belirlenmiş anayasa hukuku kurallarına dayandığı anlamına da gelmez. Gerçekte böyle bir fikri ileri sürmek dahi anlaşılmaz olurdu. Zira yeni bir anayasa, diğer bir ifadeyle temel politik karar, daha önceki anayasaları bertaraf ettiğinde hukuka aykırı hale gelmez, çünkü artık eski olan yürürlükten kalkmıştır. Esasen eski ile yeni anayasa arasındaki tartışmanın, meşruiyet sorunuyla bir ilgisi de yoktur. Ona göre, Weimar Anayasası'nın meşruiyeti, yalnızca Alman halkının kurucu iktidarına dayanır¹⁴².

Schmitt, demokratik meşruiyeti, halkın politik birliğinin devlet olduğu fikrine dayandırır. Buna göre halk, devlete ilişkin yapılacak her tanımlamanın öznesidir, devlet halkın politik statüsüdür. Devletin biçimi ve türü, halkın özgür iradesi yoluyla, demokratik meşruiyet prensibiyle belirlenir. Özünde çeşitli anayasalardaki demokratik meşruiyetin temelleri, halkın kadim ve aktif anayasa yapıcı yani kurucu gücüne dayanmaktadır¹⁴³.

Anayasal düzen kurulduktan sonra ise, kurucu iktidar anayasanın yanında yahut üstünde her zaman varlığını sürdürür¹⁴⁴. Kurucu iktidar, temel politik kararın eyleme geçmesi yoluyla kendisini etkin eder. Kararın formüle edilmesi ve uygulanması, kurucu iktidarın ulusal meclisi gibi, özel delegelere devredilir. Bu süreçte anayasal normların değiştirilmesi ve revize edilmesi ile ilgili temel anayasal düzenlemeler ortaya konulabilir ancak kurucu iktidarın eylemi bunlardan hemen ayrılır; çünkü o devredilemez, değiştirilemez, etkisi azaltılamaz yahut ilga edilemezdir. Koşullara bağlı olarak daima mevcut kalır¹⁴⁵. Schmitt'in karar tanımı, Alman hukuk doktrininde önemli bir yer tutan, varoluşsal olanın normatif olana tercih edilmesi fikrine dayandığı söylenebilir. Politik karar var olduğu için değer

¹⁴² Schmitt, Constitutional Theory, s.136.

¹⁴³ Schmitt, Constitutional Theory, ss.137-139; Gören, s.27; Ayrıca bkz: Halis Çetin, "Siyasetin Evrensel Sorunu İktidarın Meşruiyeti-Meşruiyetin İktidarı", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt:58, Sayı:3, 2003, ss.76-77.

¹⁴⁴ Göztepe, s.144.

¹⁴⁵ Schmitt, Constitutional Theory, s.140.

sahibidir ve her politik karar normatif bir düzenin de başlangıcıdır¹⁴⁶. Kararı kavramı bir “an”da gizlidir. Halkın içinde politik birliğin oluşması, politik kararı var eder ve böylece somut düzen kurulmuş olur. Artık yalnızca politik birliğin kurucu iktidarı vardır ve karar, bu anayasa bir başka kararla ortadan kaldırılınca devam eder.

Anayasayı bir karar olarak gören, Schmitt’in kendi kavramlaştırmasıyla “desizyonist (kararcı)¹⁴⁷” bu yaklaşımı, normativist-pozitivist bir bakış açısıyla kabul edilebilir değildir. “Kararcılık, normatif hiçlikten ve somut anarşi halinden egemen karara sıçrayıştır.”¹⁴⁸ Pozitivist bir bakış açısına sahip olan Gözler, “anayasanın ruhu” olarak söz ettiği, kurucu iktidarın eylemi yahut ideolojisiyle bağlılığa şiddetle karşı çıkar. Schmitt’in tersine o, anayasal normlar arasında bir hiyerarşi olamayacağını savunur. Bunun yanı sıra 1814 tarihli Norveç Anayasası hariç hiçbir anayasal metinde, anayasanın ruhuna ait ilkelerin yazılı olarak bulunmadığını ifade ederek bu belirlenemezliği eleştirir¹⁴⁹. Anayasal normlar, ancak maddi varlık kazandıklarında kabul edilebilirler¹⁵⁰, teamüller yahut belirlenemez ilkeler hukuki olarak kabul edilemezler. Nitekim ona göre anayasal normların değiştirilmesi de geçerli yetki kurallarına dayanıyorsa, hukukidir ve dolayısıyla geçerlidir¹⁵¹. Salt pozitif normlar sistemine dayandırılan bir hukuk düzeninde, anayasal kararın varlığı yahut niteliği de anlamsız kalacaktır. Pozitivist bir bakış açısıyla hukuk devleti, yalnızca değiştirilmesinin önlenmesi için bazı düzenlemeler getirebilir ancak kurucu iktidarın anayasal düzeni var eden kararında meşruiyetin kendisi aranmıyorsa, bu normlar sisteminin şu ya da bu biçimde değiştirilmesi de meşruiyetini zedelemeyecektir. Nitekim hukuku, basitçe ifade etmek gerekirse, normlar sistemi olarak tanımlayan ve bu nedenle Carl Schmitt’in eleştiri oklarını üzerine çekmiş Hans Kelsen’e göre anayasa, yasa koyucunun ilk eylemine dayanan bir “temel norm”dur. Temel norm pozitif bir hukuk normu olmadığı için, yalnızca kendisine

¹⁴⁶ Bezci, s.106.

¹⁴⁷ Carl Schmitt, **Siyasi İlahiyat- Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm**, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi, Ankara, 2016, s.40.

¹⁴⁸ Bezci, s.101.

¹⁴⁹ Gözler, Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, ss.228,229.

¹⁵⁰ Gözler, Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, s.254.

¹⁵¹ Gözler, Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, s.285.

dayanan bir pozitif hukuk sisteminin ön koşulu olarak *olması gerekendir*¹⁵². Ona göre anayasanın asli işlevi, yasama organını ve yasama sürecini düzenlemesidir¹⁵³. Devleti bir bütün olarak hukukla özdeşleştiren Kelsen, ki burada “*Rechtsstaat*”¹⁵⁴ kavramını kullanır, onu Rechtsstaat olarak meşrulaştırmanın da anlamsız olduğunu savunur. Zira meşruiyet “objektif değil subjektif bir bilişin” konusu olarak politikaya içkindir. Hukuk biliminin meşrulaştırıcı ödevi olmadığından, meşruiyet tartışmalarıyla da ilgisi olamaz¹⁵⁵.

Schmitt’in kurucu iktidar olarak söz ettiği, temel normatif düzeni inşa eden iktidar, iradesini bağlayan pozitif hukuk kurallarıyla sınırlı değildir. Ancak daha önce değindiğimiz üzere, bu durum onun “sınırsız” olduğu anlamına gelmez. Zira kurucu iktidar içinde bulunduğu politik ve sosyal yapıyla sıkı sıkıya bağlıdır. Kurucu iktidar, özellikle demokratik örgütlenme prensibiyle, halkın geneline hâkim olan değer yargıları ve meşruluk anlayışına uygun olmak, toplumsal talepleri karşılamak zorundadır¹⁵⁶. Nitekim Schmitt’in de ulaşmak istediği, Alman halkının toplumsal değerlerinin hukuk kavrayışa aktarılmasıdır fakat burada da nihai amacının, Rousseau’cu bir yaklaşımla, somut düzenin varlığının sürdürülmesi olduğu görülmektedir¹⁵⁷.

Freeman’a göre ise tüm meşru politik otorite, politik kurumları belirlemede eşit haklara sahip kabul edilen egemen halkın kurucu gücünden kaynaklanır ve bu otorite herkesin iyiliğini tesis edeceği düşünülerek halk tarafından meydana getirilir.

¹⁵² Hans Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı**, Çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, İstanbul, 2016, s.29.

¹⁵³ Kelsen, s.31.

¹⁵⁴ Alman geleneğinde Rechtsstaat kavramı ilk olarak 19. Yüzyılda Robert von Mohl tarafından bir kavram olarak kullanılmış olsa da, kökenleri Kant’a kadar uzanmaktadır. Kant’ın hukuk anlayışının temelini ahlak öğretisi oluşturmaktadır. Ona göre hukuk devleti içinde, egemen ve bireylerin davranışları, ahlaksal açıdan ödev duygusuna dayanıyorsa, bu devlet ve hukuk, uygunluk teşkil eder. Bireyler özgür bir irade içerisinde egemeni oluştururlar ve egemen de ödev duygusuna dayanarak ahlaki bir eylemi gerçekleştirir(bkz: Mesut Yıldız, “Devlet ve Hukuk Bağlamında Hobbes, Rousseau ve Kant’ta Özgürlük Sorunu”, **Kaygı Dergisi**, Sayı:2, 2002, ss.45-49). Ancak on dokuzuncu yüzyılla birlikte Rechtsstaat kavramı Kantçı ahlak anlayışından sıyrılarak pozitivist düzenlemelere doğru evrilmiştir.

¹⁵⁵ Kelsen, ss.133,134.

¹⁵⁶ Kapani, Politika Bilimine Giriş, ss.66-70; Erdoğan, s.50; Göztepe, s.140.

¹⁵⁷ Bezci, ss.111,112.

Böyle düşünüldüğünde demokratik bir anayasa, toplumsal sözleşmeyi savunan görüşlerin doğal bir artışını sağlamaktadır. Bu, amacı politik kurumları belirlemek ve kurmak olan bir anlaşmanın sonucudur ki bu, kendisi için iyi olanı isteyen insanları koruyacak eşit, temel hakların etkili bir biçimde uygulanması için gerekli olan yasaları ve kurumları belirleyecektir¹⁵⁸.

Bugün politik birliğin zaferi yaygın olarak, en azından anayasal demokratik devlet özelinde, liberalizmin ilkelerini içerir bir somut düzenin inşası anlamına gelmektedir. 1789 Fransız Devrimi ve getirdiği yenilikler, bilhassa 1789 İnsan ve Yurttaş hakları Bildirisi ve devamında 1791 Fransız Anayasası¹⁵⁹, liberal ideolojinin iki yüz yılı aşkın süredir devam eden etkisinin başlangıcı için önemli bir dönüm noktası olmuştur. Bu zamana kadar hala bir doğal hukuk kavramı olarak kabul edilen insan hakları, Kıta Avrupası'nda gücünü ilk kez pozitif hukukta meydana getirmiş ve ilk kez anayasal güvence ile tanınmıştır¹⁶⁰. Nitekim Schmitt de 1789 Fransız Devrimi'nin amacının, demokratik değerleri korumaktan çok burjuva idealiyle liberal bir hukuk devleti kurmak olduğunu öne sürer¹⁶¹. Liberal devrimler sürecinden sonra modern devlet olarak andığımız anayasal demokratik düzenlerde, liberalizmin kurucu iktidarının ilkelerini görmek mümkündür. Anayasa metinleri kısmen yahut darbe vb. iktidar değişiklikleri ile tümünden değiştirilse de Schmitt'e göre kurucu iktidar aynıdır ve anayasal düzene bağlılık özünde devam eder. Bu nedenle kurucu iktidarın ilkelerine aykırı bir değişiklik mümkün değildir¹⁶². Dolayısıyla bu çalışmada anayasa, temel haklar ve egemenlik kavramlarıyla yola çıkarak, daha sonra inceleyeceğimiz "meşruiyet araçları" da liberal ideolojinin demokratik meşruluk araçları olacaktır.

Özetle anayasanın varlığını karara ve kurucu iktidarın ideolojisine dayandırdığımızda meşruiyet, halkın içinden var olan anayasanın, yani somut düzenin kendisi anlamına gelmektedir. Zira o, öznesi halk yahut ulus olan politik birliğe ait olup, ondan türeyerek normatif düzeni var etmiştir. Meşruiyetin devamı,

¹⁵⁸ Freeman, ss.349, 350.

¹⁵⁹ Bkz: Musulin (Der.), ss.96-98.

¹⁶⁰ Jellinek, s.32.

¹⁶¹ Schmitt, Constitutional Theory, s.128.; Göztepe, s.145.

¹⁶² Göztepe, ss.145,146.

kurucu iktidarı var eden politik birliğin devamına bağlıdır. Devam eden ve değişken politik çatışmalar, yeni bir politik birliğin oluşmasına da açık kapı bırakır¹⁶³ ancak hiçbir politik düşünce, düzenin pozitif normlarının yetkisiyle onu lağvedemez. Meşruiyetin kanunilik karşısında üstünlüğü burada yatar.

2.1.2.1. Anayasal Demokrasinin Kurucu İlkesi Olarak Temel Haklar

L'homme est condamné à être libre.

[İnsan özgürlüğe yazgılıdır.]

Sartre, *L'existentialisme est un Humanisme*

Modern kitle demokrasisi, demokrasi ve liberalizmin belirsiz birleşimine dayanır¹⁶⁴. Kurucu ideoloji, tarihsel gelişimi içerisinde monarka karşı ileri sürdüğü yaşam, özgürlük ve mülkiyet dokunulmazlıkları ile başlayan ve bugün modern demokrasinin geldiği noktada geniş kapsamlı ve evrensellik iddiasıyla varlık kazanan bir takım temel haklarla var olmuştur. Bu nedenledir ki modern anayasal demokrasinin iki temel ayağından biri anayasal kararın kurucu ilkesi olarak liberal düşüncenin temel hakları iken diğeri, ileriki bölümde inceleyeceğimiz, demokrasiye içkin egemenlik boyutudur.

İnsanın insan olmaktan kaynaklanan hakları olduğunu ileri süren rasyonel temelli fikirler, burjuva sınıfının düşünürleri ile tarih sahnesinde yer almaya başlamaktadır. Jellinek, insanın insan olmaktan kaynaklanan devredilemez hakları olduğu fikrinin kaynağının politik değil dini olduğunu ifade eder; “Devrim’in bir ürünü olarak addedilen şey” aslında Reformasyonun bir sonucudur¹⁶⁵. Nitekim doğal hak kuramının en önemli temsilcilerinden kabul edilen Locke, doğa yasasını,

¹⁶³ Bünyamin Bezci, “Modern Türkiye’de Meşruiyetin Politik İçeriği: Schmittyen Bir Değerlendirme”(Meşruiyetin Politik İçeriği), **Politik& Ekonomik Yorumlar Dergisi**, Cilt: 44, Sayı:508, 2007, s.8.

¹⁶⁴ Schmitt, PDK, s.30.

¹⁶⁵ Jellinek, s.100.

Tanrı'nın iradesinin bir ilanı olarak öne sürmüştür¹⁶⁶. Ancak yine de o, doğal haklar ile politik iradeyi ayırmıştır, insanlar arasında tarihsel olarak değişen bir genel kanaat vardır ve bu doğal yasa ile aynı şey değildir¹⁶⁷. Locke'un tarihsel alandaki önemi ve başarısının temel nedeni, yükselen orta sınıfın en büyük politik dayanaklarını yaratmasında, onun iktidardan pay alması için savunuculuğunu yapmasında yatar¹⁶⁸; “İngiliz devriminin kuramcısı olan Locke burjuvazinin idealini anlatır¹⁶⁹.”

Locke tarafından politik savunuculuğu yapılan temel haklar “özgürlük, eşitliğe dayalı kişi güvenliği ve mülkiyet hakkıdır¹⁷⁰.” Mülkiyet, sivil toplumdan öncesine, doğal duruma içkindir¹⁷¹. Hükümet, başkalarının şiddetinden ve vereceği zararlardan korumak amacıyla hak ve mülkiyetin koruyucusu olarak “kötülere karşı korku” yaratmak için vardır¹⁷². Locke'un tarihsel başarısının ertesinde, Fransız yazar Voltaire'in “İngiltere Mektupları” büyük yankı uyandırmıştı. Öyle ki görevliler bu yazıları, dine ve örf'e düşman olduğu gerekçesiyle kendi elleriyle parça parça etmiş, yetinmeyip yakmışlardı. Bu iğneleyici metinlerin en büyük önemi, şüphesiz tüccar sınıfının yüceltilmesi konusundaki başarısındadır ki bugün dahi Voltaire, burjuva ideolojisi ve Aydınlanma kavramlarıyla beraber anılır¹⁷³.

Modern devletin bireyciliğinin bunalımı, doğal hak kuramı üzerinde farklı bir bakış açısına sahip olduğu gerçeğine değindiğimiz, Rousseau ile ifade edilmeye başlanır. Rousseau'da bireye ait özerk özgür alanın bulunmadığı, etkili bir siyasal topluma ilişkin, burjuva idealinin dışında bir çerçeve sunulur¹⁷⁴. Ona göre Antikçağ'da siyasetçilerin töre ve erdem bahisleri bugün yerini yalnız para ve ticarete

¹⁶⁶ Leo Strauss, **Doğal Hak ve Tarih**, Çev. Murat Erşen/Petek Onur, Say Yayınları, İstanbul, 2011, s.236; Halil İbrahim Karatoprak, **John Locke'ta Siyasal Meşruiyet**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2011, s.71.

¹⁶⁷ Karatoprak, s.72.; Touchard, s.392; Kapani, Kamu Hürriyetleri, s.30.

¹⁶⁸ Akad/Dinçkol, s.125.

¹⁶⁹ Touchard, s.389.

¹⁷⁰ Akad/Dinçkol, s.129; Çetin, s.81.

¹⁷¹ Touchard, s.390.

¹⁷² John Locke, **Hükümet Üzerine Birinci İnceleme**, Çev. Fahri Bakırcı, Kırılancık Kitabevi, Ankara, 2007, s.96.

¹⁷³ Musulin (Der.), s.63.

¹⁷⁴ Jürgen Habermas, **Kamusal Hayatın Yapısal Dönüşümü**, Çev. Tanıl Bora/Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018, ss. 190,191; Çetin, s.78.

bırakmıştır¹⁷⁵. Modern düşüncedeki bireyciliğin aksine onda, doğa durumuna karşı toplumsal olanın öncelenmesi isteği görülür ki bireyin kendi varlığını sürdürmesinin, toplumsal sözleşmenin devamına bağlı olduğunu ifade etmiştir. Diğer taraftan kamu hukukunun, bireysel yargının yerini alması toplumun özü gereğidir¹⁷⁶. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildiri, bireyci bir öze sahiptir. Bilhassa salt mülkiyet hakkının devredilemez bir hak olarak tanınması bakımından devrimin ekonomik bireyciliği ön plana çıkmıştır¹⁷⁷. İlk defa tüm insanlara seslenen ve “doğal ve yok edilemez” hakları kapsamlı bir şekilde sıralayan bildirinin önemi şüphesiz, evrenselci ve iki yüz yılı aşkın devam edecek bir geleneğin zaferi olmasındadır¹⁷⁸. Amerikan Devrimi ve Fransız Devrimi sonrası burjuva ideolojisi siyasal hak sahibi olmaya başlar ki yeni bir çağın başlangıcı buradadır. Kapani’nin ifadesiyle:

Amerikan ve Fransız Devrimleri ile siyasal despotizm yenilgiye uğratıldıktan sonra ihtilal adamlarının başlıca hedefi devlet iktidarını sınırlandırmak olmuştur. Onlar için hürriyet, devletin müdahale ve faaliyet alanlarının daralması demektir. Bu daralma ölçüsünde fert hür olacak, maddi ve manevi benliğini serbestçe geliştirme imkanına sahip bulunacaktır. İşte on sekizinci yüzyılın fikir potasında kaynadıktan sonra Amerikan ve Fransız bildirilerinde billurlaşan insan hak ve hürriyetleri, devlet iktidarını çerçeveleyip ve onun hiçbir zaman aşamayacağı-aşmaması gerektiği- bir sınır çiziyordu¹⁷⁹. ”

İşte yükselen orta sınıfın ve liberal ideolojinin mücadelesinin, “yaşam, özgürlük ve mülkiyetin” bir temel hak olarak kabul edildiği özgürlük metinleriyle pozitif hukukta yer etmeye başlamasıyla dünya tarihinde de yeni bir dönem başlar¹⁸⁰. Nitekim bugün dahi küresel etkisi bulunan kurumlarca dokunulmaz olarak kabul edilmiş bu hakların, yükselen tüccar sınıfının monarşi karşısında kendisini korumak

¹⁷⁵ Strauss, s.290.

¹⁷⁶ Strauss, s.323; Karaca, ss.56,57.

¹⁷⁷ Kapani, Kamu Hürriyetleri, ss.49,50; Jellinek, s. 32 vd.

¹⁷⁸ Touchard, ss.470-472.

¹⁷⁹ Kapani, Kamu Hürriyetleri, s.50.

¹⁸⁰ Bu konuya “Anayasal Demokrasi” başlığı altında yeterince yer verildiğinden, burada ayrıca açıklama yapma gereği görülmemiştir. Yine de ayrıntılı bilgi için bkz: Janko Musulin(Der), Hürriyet Bildirgeleri-Magna Charta’dan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne, Belge Yayınları, İstanbul, 1983.

istemesinin sonucu olduğu yadsınamaz bir gerçekliktir. Fransız Haklar Bildirgesi'nin tüm insanlığı içine alan evrenselci bakış açısının, yirminci yüzyıl siyaset sahnesini yönlendiren bir başlangıca yol açtığı ifade edilebilir. Anayasal demokrasi modern devletin son biçimini almasıyla, yirminci yüzyılın ikinci yarısında yani savaşlar sonrası süreçte ortaya çıkmış bir kavram olarak hukuk literatürüne girmiştir ki aynı dönem, dünya tarihi bakımından oldukça hızlı ve radikal değişimlere sahne olmuş bir süreçtir. İkinci Dünya Savaşı'nın yarattığı politik yıpranma süreci ve küreselleşen ekonomi, bu tarihten sonra uluslararası arenayı evrensel bir hukuk yaratma çabasına yönlendirmiştir. Gerçekte bunda İkinci Dünya Savaşı öncesi dönemde, Batılı ülkelerin bir çoğunun totaliter yönetim deneyimlerinden geçmiş olmasının etkisi olduğu da ifade edilebilir¹⁸¹.

Evrensel insan hakları düşüncesinin ilk büyük gelişmesini Roosevelt'in "Dört Özgürlük" üzerine konuşması oluşturur. Roosevelt 1941 tarihli konuşmasında, insanın dört temel özgürlüğü üzerine kurulmuş bir dünya düzeninden bahseder. Bunlar ifade özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, yoksulluktan kurtulma ve endişeden kurtulma olarak yorumlanabilir¹⁸². Roosevelt'in çağrısının tüm dünyada geniş yankı uyandırmasının ardından Atlantik Şartı, Birleşmiş Milletler Demeci vb. bir dizi çalışma sonucu nihayet Birleşmiş Milletler Antlaşması ile somut sonuca ulaşabilmiştir¹⁸³. Birleşmiş Milletler'in kurulması, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin ilanı ve yaygın biçimde kabul görmesi, evrensel insan hakları alanında ilk somut adımları oluşturmuştur. Modern halini alan anayasal demokrasi, İkinci Dünya Savaşı boyunca mücadele ettiği totaliter rejimlerin zorlayıcı tehlikelerinin kaygısı karşısında, liberal ideolojinin vaat ettiği refah ve özgürlük ortamının olabildiğince devamı için temel hakların evrenselliğini ön plana çıkarmıştır. Neticede insan haklarının evrenselliği, burjuva ideolojisinin kuramsal ilkelerinin kendisini de aşar bir hale gelmiştir ki bunun dramatik bir sonucu olarak Touchard'ın da tespit ettiği can alıcı ifadeyle *"bütün dünyada iki yüzyıldan beri*

¹⁸¹ Sitembölükbaşı, s.143.

¹⁸² Musulin(Der.), s.178; Kapani, Kamu Hürriyetleri, ss.60,61.

¹⁸³ Kapani, Kamu Hürriyetleri, s.61.

*burjuvalıkla kesinlikle hiç ilgileri olmayan insanlar yaşamışlar ve burjuvaları savunmak için ölmüşlerdir.*¹⁸⁴”

Evrensel bir yasanın varlığı ile ilgili *ratio (akıl)* temelli ölçütler, henüz monarkların egemen olduğu dönemlerden beri uzanagelmiş bir düşüncenin ürünü olarak, kişilerin tek tek, çeşitli tutkuları ile hareket etmesi karşısında evrensel yasanın hiçbir tutkuya sahip olmamasına dayanır ki bu düşünce anayasa kavramının da temelini oluşturur¹⁸⁵. Tarihsel gelişimiyle çıkarsanabildiği gibi, bütün insanların salt insan olmaktan kaynaklanan eşitliği, liberal düşüncenin gelişimiyle biçimlenen bir fikir olarak, bir devlet şekline değil, “aksine, bireyci-insancıl bir etik ve dünya görüşü¹⁸⁶”ne aittir. Hukuk devletinin temel prensiplerinden biri olarak temel hakların ilanı, yalnızca özgürlük prensibini içeren genel ilkelerin tespitidir ki bunun sonucunda burjuva özgürlüğünün amacı doğrultusunda örgütlü devlet yapısı biçimlenir¹⁸⁷. Bu itibarla modern anayasal demokrasinin kurucu ilkesi olarak temel haklar kavramı, hem onu politik vitrininden uzaklaştıran ve küresel çapta etkili kılınmasını sağlayan evrenselci yaklaşımlar hem de politik birliğin kurucu iktidarının, anayasayı var eden temel ilkesi olarak modern anayasal demokrasinin en önemli meşruiyet dayanaklarından biri haline gelmiştir.

2.1.2.2. Demokrasinin Kurucu İlkesi Olarak Egemenlik

2.1.2.2.1. Egemenlik Kavramının Gelişimi

Meşruiyetin kaynağının egemende aranması fikri, demokratik meşruiyet teorilerinin temelini oluşturmaktadır. Bu, biraz önce açıkladığımız anayasanın meşruiyeti ile kısmen kesişen bir noktaya sahiptir zira “anayasa, temel uzlaşmanın belgesi olarak halk egemenliğini somutlaştıran bir üst normlar demetidir¹⁸⁸” yahut başka bir bakışla, *konsensüs* ile varlık kazanan bir normatif ve somut düzenin

¹⁸⁴ Touchard, s.472.

¹⁸⁵ Schmitt, PDK, s.65.

¹⁸⁶ Touchard, s.470 vd.; Schmitt, PDK, s.30.

¹⁸⁷ Schmitt, Constitutional Theory, s.91.

¹⁸⁸ Caniklioğlu, s.135.

ifadesidir. Dolayısıyla egemenlik ve anayasa, biri onu var eden iradenin kaynağı olması diğeri ise onun somut düzen olarak varlık kazandığı an olması bakımından, bir sürecin birbirini tamamlayan iki unsuru olarak tanımlanabilir. Egemenin kaynağının ne olduğu sorusuna geçmeden önce egemenlik kavramının ne biçimde geliştiğini incelemek yerinde olacaktır.

Tarih boyunca çok tartışılan bir kavram olarak egemenlik neredeyse ortak bir uylaşımila “..kendine özgü bir niteliği olan, üstün, bağımsız, buyurucu, diğeri iradeleri bağlayan ve kendisi başka hiçbir şeye bağlı olmayan, devredilemez, sahibinden ayrılmaz bir irade¹⁸⁹” olarak yorumlanmıştır. Ancak egemenliğin kaynağının ne olduğu sorusuna farklı yanıtlar verilmiştir.

Egemenlik kavramını ilk ortaya atan düşünür olan Jean Bodin, onu “kanunla kısıtlanamayan en üstün iktidar” olarak tanımlamıştır¹⁹⁰. Egemenin sahibi kim olursa olsun, Tanrı dışında kimseye hesap vermek zorunda değildir. Egemenlik, onu elinde bulunduran kişiyle de sınırlı değildir, ölümsüz ve süreklidir¹⁹¹. Kendi ifadesiyle egemenlik (*majestas*), bir devletin sınırları içerisinde varlık kazanan mutlak ve sürekli güçtür. Egemenlik süreklidir çünkü mutlak güç bir kişi ya da gruba belirli bir süre için devredilebilir, fakat bu süre sona erdiğinde bu kişi ya da gruplar tekrardan teba haline gelirler. O halde bu kişiler güce sahip olmalarına rağmen aslında egemen kural koyucu değildirler, ama prens ya da halk lütfetmiş oldukları bu armağanı geri alana değin, egemen kural koyucunun bir görevlisi olarak hizmet ederler. Gerçek egemen her zaman gücün sahibi olarak kalır¹⁹². Bodin, egemen ile yöneticiyi mutlak bir biçimde birbirinden ayırmaktadır ki ona göre yöneticinin gerektiği zaman elinden alınabilen iktidarı egemenlik değil ancak bir yetki olabilmektedir¹⁹³.

Egemenlik sorununa ilişkin olarak ileri sürülmüş görüşler içerisinde, toplumsal sözleşme kuramcıları tarafından savunulan fikirler, egemenin kaynağına

¹⁸⁹ Caniklioğlu, s.169.

¹⁹⁰ Jean Bodin, **Six Books of the Commonwealth (Abridged Edition)**, Çev: M. J. Tooley, Oxford: Basil Blackwell, New York, 1955, s.; Halil İbrahim Aydın/veysel Ayhan, “Egemenlik Kavramının Tarihsel Gelişimi Perspektifinden İktidarın Sınırlandırılması Tartışması”, **C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, Cilt 5, Sayı 1, s.73.

¹⁹¹ Caniklioğlu, s.173.; Bodin, s.92.

¹⁹² Bodin, ss.24-25.

¹⁹³ Bodin, s.27; Aydın/ Ayhan, s.74.

ilişkin olarak farklı tezler ortaya koymaktadır. Toplumu, Antik Yunan'dan bu yana doğal bir olgu olarak yorumlayan düşünürlere karşı Hobbes, toplumu yapay bir oluşumdur olarak yorumlar ki ona göre toplumu oluşturan neden güvenlik kaygısıdır. Bu bağlamda doğal hukukun güvenlik gereksinimine çözüm olamayacağını savunan Hobbes, egemen bir gücün gerekli ve meşru olduğu sonucuna ulaşmaktadır¹⁹⁴. Hobbes, monarşi, demokrasi veya aristokrasi yönetim biçimlerinden hangisi geçerli olursa olsun, yasa koyucu gücün “egemen” olduğu fikrini savunur. Bahsettiğimiz, sınırlı bir iktidarsa (burada kral örneğinden hareket etmektedir), egemenlik onu sınırlayan mecliste olacaktır. Egemen, üstün olandır¹⁹⁵. Bir insan topluluğu bir araya gelerek, kendilerini temsil etmek üzere birinin veya bir heyetin belirlenmesi konusunda anlaşılırsa, artık rızaları ile egemenliklerini devretmiş olurlar. Bu şekilde devlet kurulması halinden sonra ise yalnızca egemen olan iktidar ve yetkilerini devletmiş uyruklar vardır¹⁹⁶. Locke'ta egemen, Hobbes'a benzer biçimde, yürütmeyi elinde bulunduran ve yasamadan da pay sahibi olan kişidir ancak o, “egemen yasamacı” değil yalnızca egemen yürütücüdür¹⁹⁷; yasama her zaman yürütme gücünün üzerindedir ve doğal yasalara bağlı bir üst kuvvettir. Yüce iktidar her zaman yasamadır¹⁹⁸.

Caniklioğlu, egemenlik tanımlarının klasik dönemde tamamen politik iken daha sonra hukuki bir nitelik kazandığını savunur. Ona göre klasik tanımdaki bu mutlak nitelik zamanla “hukuka bağlı egemenlik” anlayışına evrilmiştir¹⁹⁹. Klasik egemenlik anlayışından uzaklaşma, Rousseau ile başlar. Klasik dönemde esasen “tahakküm” anlamına eşdeğer biçimde, toplumun üzerinde ve ondan ayrı bir iktidardan söz edilirken²⁰⁰ Rousseau ile birlikte artık egemenlik; genel iradeye ait,

¹⁹⁴ Aydın/ Ayhan, ss.75,76; Sinan Karaca, **Thomas Hobbes ve Jean Jacques Rousseau'da Meşruiyet ve Kamusal Alan**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s.66; Çetin, s.75.

¹⁹⁵ Hobbes, ss.151,201; Karaca, s.69.

¹⁹⁶ Hobbes, s.137; Karaca, s.67.

¹⁹⁷ Karatoprak, s.157.

¹⁹⁸ Touchard, s.391.

¹⁹⁹ Caniklioğlu, s.170.

²⁰⁰ Mithat Sancar, “Değişen Egemenlik Sürecinde Meşruiyet Sorunu ve Anayasal Düzen”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C:19, S:1, 2003, (Meşruiyet), s.2.

devredilemez, bölünmez, kesin ve mutlak²⁰¹. Egemenlik kavramında meşruiyeti en güçlü şekilde var eden düşünür Rousseau'dur²⁰².

Egemenlik tanımı günümüzde her ne kadar tahakküm anlamındaki klasik egemenlik tanımlarından uzaklaşmışsa da Carl Schmitt onu “desizyonist” bir biçimde, Hobbes’un meşhur sözüyle açıklar: “Autoritas, non veritas facit legem.”²⁰³ Bu tanım yeniden hukuki niteliği haiz egemenlik tanımından uzaklaşmış bir kavramlaştırma olarak literatürde yerini alır ki ona göre egemen, hukukun yaratıcısı değil fakat kararıyla onu geçerli kılandır²⁰⁴. Schmitt, devletin değil “hukukun” güce sahip olması gerektiğini iddia eden pozitivistlere şiddetle karşı çıkarak bunun karşısına “karar” mercii koyar. Yukarıda açıkladığımız üzere, tüm düzenler, hatta hukuki düzen de bir norma değil “karara” dayanır²⁰⁵. Bu karar elbet politik olana içkindir zira bir şeyin politik olup olmadığı hakkında verilen karar da daima politik bir karardır²⁰⁶. Dolayısıyla bir normun geçerliliğini yalnız bir diğer norma dayandıran, anayasayı da pozitif hukukun en üst düzeyi olarak tanımlayan²⁰⁷ bu bakış açısının somut düzlemde herhangi bir geçerliliği yoktur zira kendi ifadesiyle:

“...her hukuki düşünce, saf haliyle asla var olamayan hukuk idesini farklı bir hale dönüştürür ve buna, ne hukuk idesinden, ne de uygulanması gereken herhangi bir genel pozitif hukuk normunun içeriğinden çıkartılabilen bir unsur ekler. Her somut hukuki karar, içerik açısından bir kayıtsızlık unsuru içerir, çünkü hukuki sonuç en ince ayrıntısına kadar kendi öncüllerinden türetilemez ve karar vermenin zaruri olması olgusu, bağımsız ve belirleyici unsur olarak kalır.”²⁰⁸

Kapanı, siyasi iktidarla egemenin eş anlamda kullanılması fikrine karşı çıkar ve egemenliğin “hukuki bakımdan en üstün iktidar” olarak tanımının yapılması durumunda onun siyasal iktidarın yerine kullanılmasının yanlışlığını vurgular. Zira

²⁰¹ Touchard, s.443.

²⁰² Sancar, Meşruiyet, s.2.

²⁰³“Yasayı yapan otoritedir, gerçeklik değil.” Bkz: Leviathan, s.201.

²⁰⁴ Bezci, s.107.

²⁰⁵Schmitt, Siyasal Kavramı, s.17.

²⁰⁶Schmitt, Siyasal Kavramı, s.10.

²⁰⁷ Kelsen, ss.78,79.

²⁰⁸ Schmitt, Siyasi İlahiyat, s.38.

anayasal üstünlük kaidesini kabul ediyorsak siyasal iktidarı en üstün otorite olarak kabul etmemiz mümkün değildir²⁰⁹. Kanaatimizce de, anayasayı bir karar olarak öznesi halk yahut ulus olan bir politik birliğe atfeden Schmittyen görüşün, egemeni “olağanüstü hale karar veren²¹⁰” olarak tanımlaması, politik bir kaygının varlığını akla getirmektedir. Aslında bu tanımlamada, onun kısmen Hobbes’un kısmen ise sıklıkla atıf yaptığı Jean Bodin’in tezlerinin etkisi görülür. Genel bir durumda yahut olağanüstü halde olsun, “yürürlükteki kanunu ilga etme yetkisi egemenin alâmetifarikasıdır.²¹¹” Hatta daha da ileri giderek, demokratik devlette egemenin yerine *Führer* kavramını koyar ki *Führer’in* bu yetkisi halkla türdeş ve onun temsilcisi olmasından kaynaklanır²¹². Schmitt, hukukun sahibinin egemen olduğu görüşüne karşı, egemen olanı hukukun sahibi konumuna oturtur²¹³.

“Kendi çağında önem kazanan hiçbir kuram, ne kadar soyut görünürse görünsün, tarihsel gerçeklik alanının tamamıyla dışında olamaz²¹⁴.” Schmitt de “Anayasa Öğretisi”ni kaleme almadan önce yayıneviyle yaptığı yazışmalarda “Gerhard Anschütz’ün yaptığı gibi bir pozitif anayasa hukuku kitabı yazmak istemediğini, çünkü artık devletin var olmadığını” belirtir²¹⁵. Dolayısıyla bu soyut çıkarsamaların politik bir kaygıyı güttüğü de düşünülebilir. Schmitt’in politik birliğe dahil olmayanın dışlanması yahut yok edilmesi²¹⁶ üzerine yaptığı çıkarsamalar, içinde bulunduğu tarihsel süreç, Nazi Almanyası’nı hazırlayan nasyonal sosyalizm hareketi göz önüne alındığında, hiç de yadsınmayacak biçimdedir. Onu Nazilerle işbirliği yapmakla suçlayan Waldemar Gurian, onun daima anarşiye son verecek bir karar organı arayışında olduğunu ileri sürmüştür²¹⁷. Nitekim Schmitt’in demokrasi

²⁰⁹ Kapani, Politika Bilimine Giriş, s.67.

²¹⁰ Schmitt, Siyasi İlahiyat, s.13.

²¹¹ Schmitt, Siyasi İlahiyat, s.17.

²¹² Bezci, s.143.

²¹³ Bezci, Meşruiyetin Politik İçeriği, s.8.

²¹⁴ Jellinek, s.120.

²¹⁵ Reinhard Mehring, “Carl Schmitt und die Verfassungslehre unserer Tage,” **Archiv des öffentlichen Rechts**, 1995, ss. 177-204, s.215’ten aktaran Göztepe, s.138.

²¹⁶ Bezci, s.142.

²¹⁷ Raphael Gross, **Carl Schmitt und die Juden: Eine deutsche Rechtslehre**, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 2000, s.330’dan aktaran Bezci, Meşruiyetin Politik İçeriği, s.8.

tanımında da yalnızca “eşitlerin eşitliği” ve politik düzeni var eden kararın iradesi söz konusudur²¹⁸.

2.1.2.2.2. Ulus Egemenliği Teorisi

Mevcut anayasamızın da dayanaklarından biri olan ulus egemenliği yahut milli egemenlik teorisi, temelde Rousseau’nun yurttaşlık idesine dayanmaktadır. Ulus egemenliği teorileri, toplumu bir bütün yahut birlik olarak nitelendirirken, bireyi öznel olarak iradenin dışında tutar. Ayrı bir toplumsal, manevi kişiliğe sahip olan ulus, siyasal iktidarın tek meşru kaynağı ve sahibidir²¹⁹.

Toplumsal normların ortaya çıkışı toplumların var olmaya başladığı döneme kadar uzanmaktadır. Henüz herkes üzerinde tahakküm kurabilecek genel normlar var olmadan önce “birey, bir grubun kurallarına uyduğu taktirde o grubun üyesi olarak kabul edilirdi ²²⁰”. Modern dönemde de izleri görülen bu yaklaşım ilk kez Rousseau’nun toplumsal sözleşmesi ile kuramsal bir temele oturtulur. Rousseau’nun toplumsal sözleşmesi aynı zamanda modern demokrasinin yapıtaşlarını oluşturur. Bu kısmen reddedilen, kısmen kabul edilen çoğunlukçu yönetim anlayışının toplumsal bir uyuşmanın ilkelerine dayandırılması, anlaşılması zorunlu ilksel tespitler barındırır. Rousseau’nun en önemli iddiası genel istencin yanılmazlığı üzerinedir. Bu şaşmaz bir doğruluk hali değildir ancak kamu yararı amacını içerisinde barındırır²²¹. Genel istencin yararı, her yurttaşın tikel olarak kendi iyiliğini düşünmesine yani “insan doğasının kendisinden türemesine” dayanır²²².

Genel istenç oybirliği ile onaylanmayı gerektirmez. Yalnız oybirliği gerektiren tek bir yasa vardır ki bu da “Toplumsal Sözleşme”dir. Burada toplumsal sözleşme, yalnız birliğe katılanlar arasında geçerlidir ancak karşı çıkanlar artık o

²¹⁸ Schmitt, PDK, s.34

²¹⁹ Kapani, Politika Bilimine Giriş, s.78.

²²⁰ Friedrich A. Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük-Kurallar ve Düzen**, Çev. Atilla Yayla, İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1996, S.111.

²²¹ Rousseau, s.32.

²²² Rousseau, ss.32,35.

toplumsal birliğe göre birer “yurttaş” olarak kabul edilmezler²²³. Yurttaş olarak sözleşmeye taraf olanlar için, artık bu toplumsal birliğin genel istenci bağlayıcıdır.

Rousseau’nun toplumsal sözleşme olarak bahsettiği irade, bir politik birliğin ilk adımıdır. Burada artık politik birliğe dahil olan yurttaş, kendisinin ileride cezalandırılmasına dahi neden olsa, genel istencin iradesini kabul ettiğini örtülü bir biçimde de olsa ifade eder²²⁴. *“Böylece yurttaş aslında hiçbir zaman somut bir içeriğe rıza göstermez, in abstracto (soyut olarak) sonuca, oylama sonucu ortaya çıkan genel iradeye rıza gösterir ve yalnızca oyların toplanması sonucu genel iradenin ne olduğu anlaşılabilirdiği için oy verir.”*²²⁵

Rousseau, egemen için “politik bütün²²⁶” ifadesini de kullanmıştır ki ona göre yurttaşların genel iradesi egemenliğin tek sahibi olarak görünür²²⁷. Burada artık klasik egemenlik kavramının da terk edilmesiyle sonuçlanan biçimde her yurttaş kendisini “genel istencin yüksek yönetimi altına koyar.”²²⁸

Rousseau’nun, toplumsal sözleşmeye katılan yurttaşların egemen olduğu yönündeki tanımları, bugün anayasal demokratik bir düzen için en önemli meşruiyet dayanaklarından birini oluşturur. “Anayasa kavramını içeren” bir üst sözleşme olarak toplumsal sözleşme²²⁹ ile kurucu iktidarın anayasa yapan eylemini özdeşleştirirsek; kurucu iktidar, kaynağını halkın içinde var olan politik birliğin kararından alır ve ona bağlı bir düzen inşa eder. Ancak bu politik birliğin, demokratik bir düzen kurma kararına varılmışsa bile tüm bireyleri ihtiva eden bir birlik haline gelmesi doğası gereği imkânsızdır.

Rousseau’daki yurttaş-yurttaş olmayan ayrımı Schmitt için de ilham kaynağı olmuştur. Biraz önce açıkladığımız gibi, onda her ne kadar egemenlik devlete, dolayısıyla Führer’e indirgenmiş olsa da, soyut olarak “politik birliğin varoluşsal kararı” her zaman devam eder. Schmitt, Rousseau’nun Toplumsal Sözleşme’de ifade ettiği, homojen birlik olarak oybirliği ile toplumu var eden yurttaşlık halini, modern

²²³ Rousseau, s.109.

²²⁴ Rousseau, s.110.

²²⁵ Schmitt, PDK, s.41.

²²⁶ Rousseau, s.22.

²²⁷ Karaca, s.71.

²²⁸ Rousseau, s.21.

²²⁹ Atay, s.508.

demokrasinin temellerine oturtur. Onun politik irade olarak sözünü ettiği, modern devlette anayasayı yapan gücün iktidarı ve otoritesi, politik varlığının tipi ve biçimi hakkında somut ve etraflı bir karar verdiği noktada politik birliğin varlığı tanımlanır²³⁰. Schmitt, halkın anayasa yapıcı/kurucu iktidarı teorisinin koşulunun, politik varlığın bilinci olduğunu ifade eder ki bu bilinçli varlık da ulustur²³¹. *“Demokratik olarak örgütlenen çeşitli toplumlar veya sosyal ve ekonomik gruplar aynı özneye ‘halk’a sahiptirler; ama yalnızca soyut olarak. In concreto (somut olarak) kitleler sosyolojik ve psikolojik açıdan heterojendir.”*²³² Politik birlik olarak var olan ulus ise halkın politik bilince sahip kısmını ihtiva eder ki bu da değişken ve dinamik bir yapıyı haiz olan halkın aksine belirli bir kararı yansıtan homojen bir yapıdır²³³.

Ulus egemenliğinin pozitif düzende yer bulması, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ve dolayısıyla 1791 Fransız Anayasası’na kadar uzanır. Bildirinin ve Anayasanın üçüncü maddesi şu şekildedir: *“Özü bakımından, her egemenliğin kökeni ulustur. Hiçbir kurul, hiçbir fert ulustan açıkça gelmeyen herhangi bir yetkeyi kullanamaz.”*²³⁴ Türkiye Cumhuriyeti’nin anayasal düzeninde ise, kurucu iktidarın iradesini ilk defa yansıttığı anda kabul edilmiş bir ilke olarak ulus egemenliği ilan edilmiştir. Nitekim Türk Anayasası’nın 1921 yılında kabul edilen ilk haliyle birinci maddesi *“Hakimiyet bilâ kayd ü şart milletindir. İdare usulü halkın mukadderatını bizzat ve bilfiil idare etmesi esasına müstenittir”*²³⁵.” şeklindedir. Yine bugün Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 6. Maddesi *“Egemenlik, kayıtsız şartsız milletindir”* şeklindedir.

Sonuç olarak ulus egemenliğinde, ulusun politik varoluş kararı üstün bir değer olarak ortaya çıkmakta ve bu güç sınırsız ve devredilemez egemenlik yetkisini haiz olmaktadır. Artık tek tek bireyler değil, bir bütün olarak “ulus” vardır ve ulus yalnızca bütünün devamı amacını güder. Burada oy kullanmak da artık bir hak değil,

²³⁰ Schmitt, Constitutional Theory, s.123.

²³¹ Schmitt, Constitutional Theory, s.127.

²³² Schmitt, PDK, s.41.

²³³ Demirkent, s.106; Erdoğan, s.52.

²³⁴ Der. Musulin, s.97.

²³⁵ Suna Kili/Şeref Gözübüyük, **Türk Anayasa Metinleri**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2000, s.100.

ulus tarafından verilmiş bir “görev”dir²³⁶. Nitekim Schmitt her ne kadar politik birliği var eden olarak halk kavramını ağırlıkla kullansa da ulus karşısında halkı yalnız bir onaylayıcı konuma oturtur. “Siyasal bir birlik iradesi taşıyan halk, ulus olarak tezahür eder²³⁷.” Resmi bir örgütlenme olmaksızın bir araya gelen insanlar, belirli anlarda ve yalnız onaylama yoluyla, bugün kamuoyu olarak adlandırdığımız biçimde, sahneye çıkarlar. Belirli bir prosedür çerçevesinde seçime katılan ve oy veren, herhangi bir “devletin yurttaşı olarak halk”; önemli sorunlarda karar yetkisini devredeceği kişileri seçme yahut oylamaya doğrudan katılma yoluyla söz sahibi olmaktadır²³⁸. Nitekim bu görüşe göre “demokrasi bir çoğunluk rejimdir²³⁹” ve homojen bir toplum yaratma arzusunu güder. “Demokrasinin siyasi gücü, yabancı ve eşitsiz olanı, türdeşliği tehdit edeni bertaraf etmeyi veya uzak tutmayı becermesiyle ortaya çıkar.²⁴⁰”

2.1.2.2.3. Halk Egemenliği Teorisi

Başlangıçta tüm demokratik söylemler, halk egemenliği ilkesini içerir görünür, politik terminolojide halk ile ulus arasına nitelikli bir ayrım genellikle konulmaz²⁴¹. Ancak özünde bunlar, ayrı fikirsel altyapılara sahiptir. “Halkın iyi olduğu ve bunun sonucu olarak iradesinin yeterli geldiği faraziyelerini içermeyen hiçbir demokrasi yoktur.²⁴²” Halk egemenliği teorilerinin ilham kaynağı da tam olarak burasıdır. Ancak bir söylem olmanın ötesinde, niteliksel bir inceleme yapıldığında, bu teorinin bireyci ve özgürlükçü bir liberal zemine sahip olduğu görülür.

²³⁶ Adnan Küçük, “Egemenlik (Hakimiyet), Halk Egemenliği ve Milli Egemenlik Tartışmaları ve Egemenlik Anlayışında Esaslı Dönüşüm”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S:6, 2015, s.324.

²³⁷ Göztepe, s.147.

²³⁸ Schmitt, *Constitutional Theory*, s.302.

²³⁹ Gönenç, s.146; Schmitt, *PDK*, s.42.

²⁴⁰ Schmitt, *PDK*, s.25.

²⁴¹ Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, s.79.

²⁴² Schmitt, *Kanunilik ve Meşruiyet*, s.28.

Halk egemenliği teorisinin, ulus egemenliği gibi çıkış noktasının, ilginç bir biçimde, Rousseau olduğu ifade edilir²⁴³. Oysa bu teorisinin özü, çoğulcu bir demokrasi anlayışına dayanır ki bu da “yalnız insan olmaktan kaynaklanan” bir takım bireysel hakları ihtiva eder. İfade edilenin aksine bu bakış açısı Rousseau’nun toplumsal sözleşmesinin tam zıddına konumlanır. Toplum Sözleşmesi’nde var olan tek koşul, sözleşmeye katılan bireyin haklarının tamamının toplumsal birliğe devredilmesidir. Bundan sonra bireysel haklar değil, yalnızca toplumun çıkarlarını gözetten “genel irade” vardır²⁴⁴. “*Toplumun her üyesi (...) iye olduğu şeyler de aralarında olmak üzere tüm güçleri ile kendini olduğu gibi topluma verir.*”²⁴⁵ Halk egemenliği ise bireyler ve grupların, özgür ve eşit hak sahipleri olarak varlığını koruduğu, temsil edildiği bir sisteme aittir. Dolayısıyla Rousseau’nun anlayışının tam anlamıyla ulus egemenliğinin köklerini oluşturduğu ifade edilirken, temel hak anlayışına dayanan bireyselci bir yaklaşımın onunla özdeşleştirilmesinin tarihsel bir yanlış anlamlandırmaya yol açacağı ortadadır.

Halk egemenliği teorilerinin, “çoğunluğun diktatörlüğu” kaygısıyla ortaya çıktığı ifade edilebilir. Zira ulus egemenliği görüşlerinde yer bulduğu gibi, çoğunluğun desteğini alan gruplar meşru bir dayanakla keyfi bir yönetime sapabilirler²⁴⁶. Burada, ilk defa monarkı sınırlama arzusuyla harekete geçen orta sınıfın “doğal hak” kaynaklı liberalizm ilkelerinin etkisi olduğu görülür. Her birey tek tek bölüşürülebilir bir egemenlik anlayışından payını alarak genel iradede söz sahibi olur²⁴⁷. Halk egemenliği anlayışında oy kullanmak da artık bir “hak” olarak tanımlanabilir²⁴⁸. Bunun yanı sıra “halkı” meydana getiren bireyler, gerektiğinde doğrudan iradelerine açıklama şansına da sahiptirler ki burada referandum ve oylama gibi kavramlar önemli yer tutar²⁴⁹.

Halk egemenliği, çoğulcu demokrasi idealine ait bir kavramlaştırmadır. Buna göre, parlamento, oylama ve sair kurumlar üzerinden, azınlığa söz söyleme hakkı

²⁴³ Kapani, Politika Bilimine Giriş, s.80; Küçük, s.336.

²⁴⁴ Jellinek, s.38; Rousseau, s.20.

²⁴⁵ Rousseau, s.25.

²⁴⁶ Gönenç, s.146; Caniklioğlu, ss.195-202.

²⁴⁷ Küçük, s.337.

²⁴⁸ Kapani, Politika Bilimine Giriş, s.80.

²⁴⁹ Kapani, Politika Bilimine Giriş, s.81.

tanınması²⁵⁰ vasıtasıyla siyasal iktidarın da baskı gruplarıyla sınırlandırılması halk egemenliğinin dolayısıyla demokrasinin en önemli unsurlarıdır. Caniklioğlu'na göre de çoğulculuk, meşruiyetin kurucu unsurlarından biridir. Modern toplumların karmaşık yapısındaki farklı çıkar ve taleplerin politik olarak varlığına imkan veren bir kavram olarak çoğulculuk, modern demokrasinin temel ögesidir²⁵¹. Ona göre demokrasi, çoğunluğun mutlak egemenliği değildir, özgürlük ve hukuk devleti kavramlarını da içerir. Bu itibarla çoğunluğun mutlak ve sınırsız egemenliğini özgürlükçü demokrasi ve hukuk devleti kavramlarıyla bağdaştırmak mümkün değildir²⁵².

Esasen modern demokrasilerin çoğunun, ez azından şekli boyutta çoğulcu bir demokrasiyle örgütlendiğini söylemek yanlış olmayacaktır²⁵³. Demokratik düzenlerde meşruiyet krizlerinin en önemli nedenlerinden birinin azınlığın söz söyleme hakkı iddiasından ileri geldiği düşünüldüğünde, bu biçimde bir örgütlenme de yadsınmayacaktır. Ancak anayasal düzenin özünün ne olduğunu anlamak için istisna halinin varlığı gereklidir. *“Normal durum hiçbir şeyi kanıtlamaz, istisna her şeyi kanıtlar: Yalnızca kuralı kanıtlamakla kalmaz, kural yalnızca istisna sayesinde yaşar.”*²⁵⁴

Olağanüstü hal yahut istisna hali, düzenin ilkesel değerlerini açıklığa kavuşturan hallerdir. Bir olağanüstü hal olarak “demokrasinin, kendisinin ortadan kaldırılması için kullanılması tehlikesi ortaya çıkarsa”, Schmittyen anlamda egemenin veya modern tanımıyla siyasal iktidarın önünde iki seçenek belirir. Ya çoğunluğun politik kararını görmezden gelip yine de “demokrat” kalacaktır yahut da azınlığın tehlikeli görülen eylemi sınırlandırılacaktır²⁵⁵. Demokrasiyi politik içerikten soyutlayan bu bakış açısına göre her bireyin veya her grubun, tehlikeli olanlar da dahil, varlık iddia etmesi, demokrasinin kendi silahlarıyla lağvedilmesiyle sonuçlanabilir.

²⁵⁰ Soysal, s.8.

²⁵¹ Caniklioğlu, s.202.

²⁵² Caniklioğlu, s.197.

²⁵³ Erdoğan, s.251.

²⁵⁴ Schmitt, Siyasi İlahiyat, s.22.

²⁵⁵ Schmitt, PDK, s.44.

Nihayetinde iki bakış açısıyla da ortak bir kaygı dile getirilmektedir ki o da sınırsız söz söyleme özgürlüğünün anayasal düzen için yarattığı tehlikedir. Bu nedenledir ki modern anayasal demokrasi, meşruiyet araçları başlığı altında açıklayacağımız biçimde, meşru olarak inşa edilmiş somut düzenin devamlılığı ve heterojen politik yapıya sahip halkın meşruiyet inancının korunması için bir takım mekanizmalar geliştirmiştir. Modern demokrasinin örgütlenme biçimine içkin olan siyasi partiler, parlamento, oylama vb. alanlarda çoğulculuğun bir bütün olarak yok edilmesi yahut onunla mücadele edilmesi demokrasi kurumunun halk egemenliği ilkesiyle bağdaşır bir önerme değildir. Ancak yine de anasal olarak kararla var olan anayasanın politik özünün korunması, çoğulculuğun da sınırını oluşturmaktadır. Bu bakımdan hukuk devleti ve demokrasi kurumları örgütlenen modern devletin, hem çoğulculuğun yarattığı tehlikelere hem de çoğunluğun sınırsız egemenliğine ilişkin somut düzeni koruyan mekanizmalar geliştirdiğini söylemek mümkündür.

2.2. ANAYASAL DEMOKRASİNİN MEŞRUIYET ARAÇLARI

2.2.1. Genel Olarak

*Covenants, without the Sword, are but Words,
and of no strength to secure a man at all.*

*[Ahitler, kılıç zoru olmaksızın sözlerden ibarettir
ve insanı koruma gücünden yoksundur.]*

Hobbes, *Leviathan*

Modern anayasal demokrasi, istisna halinde beliren özü ne olursan olsun, en azından şekli boyutta meşruiyet araçlarına gereksinim duyar. Bunlar, devletin somut varlık kazandıktan sonraki anında, onun normatif alanında düzenlenmişlerdir. Modern devlet örgütlenmesinin, siyasi iktidarını etkin kılmak için, pozitif hukukun düzenleyici biçiminden yararlanması, hukukun da bir hukuk düzeni olarak var olması

için siyasal olanla bütünlük sağlaması gerekmektedir²⁵⁶. Siyasi iktidarın meşruiyetini, hukuka uygunluğuna indirgeyen anlayışa göre usul kurallarına uygun olarak var olmuş hukuki düzen, içeriği ne olursa olsun, meşru ve bağlayıcıdır²⁵⁷. Öte yandan salt hukuki olana indirgenmiş bir anayasal düzen, politik içerikten yoksun ve anlamsız kalacaktır. Ancak devletin, Schmittyen tabirle varoluşsal olana ait politik yani somut düzeni ve hukuk düzeni olmak üzere iki ayrı ruha sahip olduğu kabul edilebilir²⁵⁸. Bu itibarla devlete içkin olan her şey, en azından potansiyel olarak politiktir²⁵⁹. Bu iki kavram birbiriyle ortak bir paydaya sahiptir zira hukuk düzeninin normatifliği ancak somut düzenin varlığında gerçekleşebilir²⁶⁰.

Pozitivist anlayışla yasallık ile meşruluk aynı şeydir²⁶¹. Tüm politik düzenin meşruluğunu, kanunilik kavramının içine hapseden bu anlayışa Schmitt, yasama devleti adını verir ki burada kanuniliğin tek görevi, gerçek anlamda meşruiyeti ve otoriteyi lüzumsuz kılmasıdır. Schmitt bunun karşısına “karar” kavramının ön plana çıktığı idare devleti modelini koyar²⁶². Aslında burada sorulması gereken, yasama devletinin tüm biçimsel motifleriyle gerçekten etkin ve somut bir biçimde varlık kazanıp kazanmadığı sorusudur. Zira hiçbir modern demokrasi salt biçimsel hukuki bir prosedürle varlığını sürdüremez. Nitekim demokrasinin halk egemenliği anlayışıyla bunun bir tehlike arz ettiğini ve kararın her konuda zorunlu bir unsur olarak karşımıza çıktığını daha önce açıklamıştık. Ancak bu pozitif düzenlemelerin, büyük bir titizlikle ve inkar edilemeyecek boyutta varlık kazandığını kabul etmek gerekmektedir.

Kurucu iktidar, diğer politik görüşlere karşı zaferiyle somut düzeni var ettiği noktada, halkın tamamını kapsayıcı bir takım meşruiyet araçlarına ihtiyaç duyar ki bu da politik olanı pozitif düzleme aktararak politik olanın varoluşundan

²⁵⁶ Ülker Yükselbaba, “Habermas’ın Prosedüral Hukuk Paradigması, Haklar Sistemi ve Hukuk Devleti”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 66, Sayı:1, 2008, s.221; Göztepe, s.140; Schmitt, *Constitutional Theory*, s.64.

²⁵⁷ Weber, s.329 vd.; Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, s.98, Caniklioğlu, s.210.

²⁵⁸ Bezci, s.91.

²⁵⁹ Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s.53.

²⁶⁰ Bezci, s.112; Göztepe, s.140.

²⁶¹ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s.89; Schmitt, *Constitutional Theory*, s.76.

²⁶² Schmitt, *Kanunilik ve Meşruiyet*, ss.3-12.

kaynaklanan değişkenliğini önlemek biçiminde gerçekleşebilir. Politik olandan tam anlamıyla soyutlanmış bir devletin var olması kanaatimizce mümkün değildir ancak en azından karşıtından korunmak için pozitif yasalara ihtiyaç duyan kurucu iktidar, somut düzenin olabildiğince devamı için, kendisini hukuksal zemine dayandırmak zorundadır. Nitekim Schmitt de anayasayı politik ve hukuki olmak üzere iki başlık altında incelemiştir. “Yasa, somut irade ve emir olup egemenin bir işlemidir” ve demokratik bir yönetimde bu, halkın iradesine karşılık gelir²⁶³. Buradaki “egemen” kavramının Schmittyen bakışla siyasal iktidarın karar merciinde bulunan güç olduğunu unutmamak gerekir. Burjuva hukuk devletinin egemen kavramını cevapsız bırakıp bunun yerine “yasa” kavramını geçirmek istemesinin pratik bir sonucu olarak egemenin iradesinin pozitif bir norm olarak varlık kazandığı görmezden gelinemez. Yani şekli yasanın temelinde politik bir kararın varlığı hiçbir zaman yadsınamaz²⁶⁴. Bu nedenle yasama devletinin, burjuva hukuk devletinde, bir model olarak değil ancak bir söylem olarak saf haliyle karşımıza çıktığını görmek mümkündür.

Caniklioğlu, hukukun, siyasal iktidarı kontrol noktasında en önemli araç olduğunu ifade eder²⁶⁵. Demek ki burada, demin işaret ettiğimiz biçimde, siyasal iktidarın etkin kılınması amacının yanında siyasal iktidarı kontrol etme işlevi de bulunan pozitif hukukun çift yönlü olduğu söylenebilir. “Hukuk, siyasi iktidar ve toplumsal rızanın kesiştiği meşruiyet alanıdır. Çünkü siyasal iktidarın amaçları ve eylemlerinin nitelikleri sorunu, aynı zamanda siyasal iktidarın kendisini ve eylemlerini topluma kabul ettirme sorunudur.”²⁶⁶

Modern devlette pozitif hukukun anlamı, meşruiyet ile doğrudan ilgilidir. Zira toplumu var eden tüm kesimler için bağlayıcı ve üstün bir “hukuk” tasavvuru, halkın güven ve adalet duygusunu etkilemektedir. Bunun yanı sıra, politik birliğin iradesinin devam etmesinin de bir bakıma garantisidir. Bu noktada Schmitt’in kararcılığı, devletle özdeşleştirdiği *Führer*’in iradesine bırakılmışsa da²⁶⁷ demokratik seçim sistemlerinde devlet başkanının, politik birliğin iradesinin temsilcisi olduğunu

²⁶³ Göztepe, s.149.

²⁶⁴ Göztepe, s.149.

²⁶⁵ Caniklioğlu, s.211.

²⁶⁶ Caniklioğlu, s.212.

²⁶⁷ Bezci, s.112, 143 vd.

iddia etmek, denetlenemez ve tehlikeli bir yolun önünü açmış olacaktır. Bu nedenle pozitif hukuk, siyasi iktidarı yahut *devlet başkanını* da bağlayıcıdır. Burada, meşruiyet dayanakları ile olan ayrım, pozitif hukukun “somut düzenin varlığını öncelemesidir.”²⁶⁸ Pozitif hukuk, somut düzenin meşruiyet dayanaklarını korumakla yükümlüdür.

2.2.2. Meşruiyetin Devamlılığının Liberalizme İlişkin Araçları

2.2.2.1. Hukuk Devleti İdeali

Modern anayasal demokraside pozitif hukukun meşrulaştırma yöntemi bir takım biçimsel özelliklerle geliştirilmiş ve güçlendirilmiştir. Modern hukuk devletinin ilkeleri, liberal bireyciliğin anayasa idealidir²⁶⁹. Yükselbaba’nın ifadesiyle:

“Çağdaş hukuk biçimseldir, çünkü açıkça yasaklanmamış olan herhangi bir şeye izin verilmiş olduğu öncülüne dayanır. Bireyseldir, çünkü tek tek kişileri hakların taşıyıcısı yapar. Zorlayıcıdır, çünkü devletçe yürütülür ve sadece yasal ya da kurala uygun davranışa uygulanır –din pratiğine izin verir ama dinsel görüşler buyuramaz. Pozitif hukuktur, çünkü yasa koyucu bir siyasal meclisin (değiştirilebilir) kararlarından türer; son olarak usule uygun yasalaşmış hukuktur, çünkü bir demokratik süreç tarafından onaylanmıştır.”²⁷⁰

Yaygın olarak hukuk devleti kavramı, anayasal demokrasi ile bir arada kullanılsa da doktrinde bu iki kavramın özünde zıt bir amaca hizmet ettiği için çeliştiği ve çatıştığına yönelik eleştiriler de bulunmaktadır. Bu eleştirilerin kökeni genelde çoğulcu yani halk egemenliğine dayalı bir bakış açısından²⁷¹ kaynaklanmaktadır. Bu bakış açısıyla “azınlığın çoğunluk haline gelebilme hakkı”nın varlığı iddia edilerek, hukuk devletinin bunu sınırlayan biçimde örgütlenmesinin

²⁶⁸ Bezci, s.112.

²⁶⁹ Schmitt, Constitutional Theory, s.130.

²⁷⁰ Yükselbaba, s.230.

²⁷¹ Rosenfeld, s.214.

demokrasinin özüne aykırı olduğu ifade edilir²⁷². Oysa azınlığın çoğunluk haline gelebilmesinin, en azından kurucu ilkelere aykırı olanlar nezdinde somut düzenin varlığını korumak için kısmen sınırlandırılması, meşru düzenin korunması için zorunludur. Anayasal demokrasi, hukuk devleti idealinde, yasalara katılmayan azınlıkları da onlara uymaya zorlar. Bu zorlama, yani yaptırım gücü, rıza halinde azınlıklar nezdinde de meşruiyet kazanır ancak onların zorlayıcı etkisi ortadan kalkmaz²⁷³.

Hukuk devleti bir takım değerler dizisine dayanmaktadır ki bu değerlerin ortaya çıkışı liberal ideolojinin gelişimiyle tam olarak aynı döneme rastlar. Tarihsel olarak ele alındığında hukuk devletinin liberalizmin köklerini oluşturan hak ve özgürlüklerle ilintili olduğu, özünde monarkın bireyler üzerindeki sınırsız iktidarını sınırlandırmak amacı güttüğü görülecektir. Nitekim liberalizmin en temel amaçlarından biri “sınırlı ve sorumlu bir devlet” modeli yaratmaktır²⁷⁴. Bu amaç hukuk devleti idealine, yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren, sınırsız demokrasi anlayışının da sınırlandırılması gerektiği düşüncesiyle birleşerek çift yönlü bir işlev kazandırmıştır.

Türk hukuk literatüründe hukuk devleti olarak ifade ettiğimiz kavram, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde “*rule of law*”, Alman hukuk sisteminde “*Rechtsstaat*”, Fransız hukuk sisteminde ise “*etat de droit*” olarak ifade edilir. Ancak her ne kadar bu kavramlar doktrinde aynı biçimde kullanılsa da, anlamsal olarak bir takım farklılıklar içermektedir.

Türkçe karşılığıyla “hukuk devleti” ideali, bir Alman hukuku deyimidir. Rechtsstaat kavramının temelleri, henüz bir kavramlaştırma ortada yokken anlamsal biçimiyle Hobbes, Locke, Milton ve Kant’ta görülür. Ancak kavramsal boyutta ilk olarak 19. Yüzyılda Robert von Mohl tarafından kullanıldığını ifade etmek gerekir²⁷⁵. Liberal ideolojinin sınırlı ve sorumlu devlet ideali, siyasi iktidarı bireyler

²⁷² Sancar, Anayasal Demokrasi, ss.53,56; Caniklioğlu, s.194.

²⁷³ Rosenfeld, s.217.

²⁷⁴ Adnan Küçük, “Hukuk Devleti, Demokrasi ve Temel Hak ve Hürriyetlerin Güvencelenmesi”, Liberal Düşünce, Sayı: 35, (Hukuk Devleti), <http://www.liberal.org.tr/sayfa/hukuk-devleti-demokrasi-ve-temel-hak-ve-hurriyetlerin-guvencelenmesi-adnan-kucuk,223.php>, (25.01.2019).

²⁷⁵ Doebling, s.209.

üzerinde sınırlama düşüncesiyle, bireysel hak ve özgürlüklerden güç alarak hukuk devleti kavramını meydana getirmiştir²⁷⁶. 1848 Alman Liberal Devrimi'nin başarısızlığından sonra Kantçı Rechtsstaat'tan pozitivizme doğru bir geçiş gerçekleşmiştir. Ancak bu anlayış salt şekli ve dar anlamda bir hukuk devleti anlayışını karşılamaktaydı. Yani devletin hukuk ile yönetiminden fazlası değildi. Alman burjuvazisinin talep ettiği temel haklar bu yenilgiden dolayı elde edilememiş ve ancak Birinci Dünya Savaşı'nın sonunda bir takım anayasal haklar elde edilebilmişti. Bu nedenle günümüz Alman anayasal demokrasisinin gelişiminde asıl rol oynayan olayın, Birinci Dünya Savaşı yenilgisi ve Weimar Anayasası olduğu söylenebilmektedir. 20. Yüzyılda Kant'ın düşüncelerini pozitif hukuk anlayışıyla birlikte geliştiren Friedrich A. Hayek'in, liberal hukuk devleti kavramının gelişimine en büyük katkıyı yapan düşünürlerden biri olduğu söylenebilir. Hayek, toplumda kendiliğinden oluşan adil davranış kuralları bulunduğunu ancak "davranış kurallarını ifade etme çabasının sonucu olarak doğan hukukun" da istemeyen yönlerde gelişebileceğini, bu durumun yasama faaliyetleriyle kontrol altına alınması gerekebileceğini ifade etmiştir. Ona göre özgürlükler ancak kanunların güvencesi ile yaşanabilir²⁷⁷. Rechtsstaat kavramı, yasanın yürütmeden bağımsız olduğu, bireylerin temel haklarının yasa ile ve hatta evrenselleşmiş hak söylemiyle korunduğu ideal bir devlet modeli çizer²⁷⁸.

Neuman'a göre hukuk devleti üç biçimde tanımlanabilmektedir. Pozitivist hukuk devleti anlayışına göre bu kavram, salt biçimsel bir bakış açısıyla, geçerli hukuk kurallarına harfiyen uyulması biçiminde gerçekleşebilir. İkinci tanımla usuli hukuk devleti, bir normun geçerli olabilmesi için bir takım şekli sınırlamalara uyulmasının gerektiği, esasen eşit, açık ve öngörülebilir norm fikrinin de yer aldığı bir devlet modeline tekabül eder. Son olarak maddi hukuk devleti anlayışından bahseder ki bu da, bir normun geçerliliği için şekli sınırlamaların yanında öze ilişkin sınırlamalarının da bulunduğu ifade eder ki bunlar²⁷⁹ bir bakıma burjuva hukuk

²⁷⁶ Küçük, Hukuk Devleti, 25.01.2019.

²⁷⁷ Hayek, s.133.

²⁷⁸ Rosenfeld, s.224; Doehring, s.212.

²⁷⁹ Gerald Neuman, "Amerika'da Anayasal bir Kavram Olarak Rule of Law ve Alman Anayasasının Rechtsstaat İlkesi", **Hukuk Devleti-Hukuki bir İlke Siyasi Bir İdeal**, (Ed: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük), Adres Yayınları, Ankara 2008, ss.558-560.

devletinin de idealleridir. Günümüzde Alman anayasal düzeni, Kantçı ve pozitivist unsurları barındırmakla beraber esasen maddi hukuk anlayışa doğru evrilmiştir. Alman anayasası bugün yasama organını anayasal düzenle bağlarken, yargı ve yürütme organlarını da yasa (Gesetz) ve hukuk (Recht) ile bağlamaktadır²⁸⁰.

Rechtsstaat kelime anlamıyla “legal state” yani hukuk devleti olarak ifade edilmekteyken, İngiliz sisteminde hukuk devleti yaygın olarak “rule of law” kavramıyla, hukukun üstünlüğü anlayışına dayalı devlet anlamına karşılık kullanılmaktadır. Rosenfeld’e göre “Rechtsstaat’ta hukuk, devlet yetkilerinin meşru olarak kullanılabileceği tek kanal olarak kaçınılmaz bir şekilde devlete bağımlı hale gelir.” Bu nedenle o, rule of law yerine “state rule through law” deyimini kullanmayı tercih etmiştir²⁸¹. İngiliz geleneğinde hukukun üstünlüğü ilk defa on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısında Dicey tarafından kuramsallaştırılmıştır²⁸². Ona göre Norman İstilasası’ndan bu yana İngiltere’de kabul edilen iki ilkeden birisi hukukun üstünlüğü²⁸³ veya hukuk devleti ilkesidir ki, onun üç ilkesi olduğunu ifade eder. İlki, hiç kimsenin, olağan usullerle belirlenmiş hukukun ve yetkili yargı merciin prosedürü hariç, herhangi bir yaptırıma tabi tutulmamasıdır. Buna göre hukuk devleti ilkesinin, siyasi iktidarın keyfi ve takdiri uygulamalarını içeren tüm yönetimlerin zıddı olarak ortaya çıktığı söylenebilir²⁸⁴. İkinci ilke, herkesin, durumu ve konumu ne olursa olsun olağan yasalara tabi kılınmasıdır ki bugün kanun önünde eşitlik olarak modern hukukta yerini almıştır²⁸⁵. Son ilke ise anayasanın, olağan hukukun genel bir sonucu olarak gelişmesi ve kişisel hakların anayasanın bir parçası olmasıdır²⁸⁶. Dicey’in hukuk devletini bir anayasa hukuku ilkesi olarak ortaya koyması, liberalizmin politik

²⁸⁰ Burada çevirmen her ne kadar *Gesetz* için hukuk, *Recht* için adalet kavramını kullanmışsa da, kanaatimizce *Gesetz* pozitif düzlemde yasa maddesini, *Recht* ise bir bütün olarak hukuk sistemi anlamını karşılamaktadır. Bkz: Neuman, s.560.

²⁸¹ Rosenfeld, s. 223.

²⁸² Erdoğan, s.120.

²⁸³ Albert V. Dicey, “Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar”, **Hukuk Devleti-Hukuki bir İlke Siyasi Bir İdeal**, (Ed: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük), Adres Yayınları, Ankara 2008, s.25.

²⁸⁴ Dicey, s.28.

²⁸⁵ Dicey, s.31.; Erdoğan, s.120.

²⁸⁶ Dicey, ss.32-34.

kurumların meşruluğunun anayasa nezdinde korunması düşüncesi ile ilgilidir²⁸⁷. Onun bu çıkarımları elbette ki Anglo-Amerikan hukuk sisteminin “yargıç hukuku”²⁸⁸ olmasının bir sonucudur.

Fransa’da “État de Droit” kavramı ise bunun aksine, yargıçlara olan güvensizlikten kaynaklanan bir pozitivist bir yapıyla karşımıza çıkar²⁸⁹. Rosenfeld’e göre Fransız anayasal düzeninde geçerli olduğu şekliyle “etat de droit” kavramı “yasama organının müdahalelerine karşı temel hakları koruma altına alan anayasal devlet” tanımını karşılamaktadır²⁹⁰. Fransız modern hukuk sisteminin gelişiminde Jean Jacques Rousseau’nun oynadığı tarihsel rol büyüktür. On dokuzuncu yüzyıl sonlarında, üstün olduğu kabul edilen genel iradenin yasama gücü ile etkinlik kazanan ulus egemenliğinin bir sonucu olarak “devletin hukuk aracılığıyla hareket etmesi” düşüncesi ortaya atılmış ve benimsenmiştir²⁹¹.

Hukuk devleti, bireyi merkeze alan, her bireyin eşit kanunsal güvencelerle korunmak istendiği bir ideal olarak, liberal düşüncenin bir ürünüdür²⁹². Bu bakışla hukuk devleti, “sınırlama” perspektifiyle demokratik ilkelerin zıddına oturabilir. Salt bireyci bir bakış açısıyla demokrasinin çoğunluk ilkesinin meşruluğunun, azınlığın görüşünün eşit değerde varlığına ve azınlığın çoğunluk olma hakkına bağlayan bir görüş²⁹³ olmakla beraber, iki idealin aynı amacı hizmet ettiği bir yönetim biçimi tasavvuru da mevcuttur. Buna göre de liberalizmin kurucu ilkesi olarak korunmaya çalışılanın, salt bireylerin önceliği değil, özünde somut düzen olduğu çıkarsaması yapılabilir. Schmitt yasama devleti olarak tasvir ettiği “kamusal iradenin en yüksek ve tayin edici ifadesini normlaştırmalarda gören”²⁹⁴ modeli, varoluşsal iradeyi görmezden gelerek meşruiyetin karşıtı olmasıyla eleştirilir. Yasama devletinin karakteristik özelliği; belirli, öngörülebilir, ölçülebilir, daimi ve genel

²⁸⁷ Caniklioğlu, s.222.

²⁸⁸ Dicey, s.33.; Rosenfeld, s.242.

²⁸⁹ Rosenfeld, s.238.

²⁹⁰ Rosenfeld, s.235

²⁹¹ Erdoğan, s.122.

²⁹² Caniklioğlu, s.224.

²⁹³ Sancar, Anayasal Demokrasi, s.52.

²⁹⁴ Schmitt, Kanunilik ve Meşruiyet, s.3.

normlaştırmaları içermesidir²⁹⁵. Bu bakımdan Schmitt'in yasama devletinin hukuk devleti idealinin genel ilkeleriyle örtüştüğünü söylemek mümkündür. Yasama devletine salt pozitivist bir anlam yüklemenin tehlikesi, olağanüstü hal durumunda ortaya çıkar. Kanunilik ile meşruiyet aynı kavramsal çerçeveye oturtulduğunda, kanuni fakat meşru olmayan bir yasama faaliyeti hakkında ne yapılacağı sorusu ortaya atılmalıdır. Schmitt burada parlamentonun feshi hakkındaki bir yasama faaliyetini örnek gösterir, bu “kesinlikle yasal” düzenleme “meselenin özünde bir darbedir.”²⁹⁶

Schmitt, burjuva hukuk devletine göre, yalnız “özgür bir anayasa”nın anayasa kavramını hak ettiğini ileri sürer. Temel hakların tanınması, güçler ayrılığı, halkın yasama faaliyetine oylama yoluyla asgari düzeyde katılımı, burjuva özgürlüğünün anayasal garantisi olarak addedilir²⁹⁷. Alman geleneğinde yer bulan maddi hukuk devleti tanımı ise, pozitif hukuk devletinin ötesinde bir takım değerlerin varlığını kabul eder²⁹⁸. Federal Anayasa Mahkemesi'nin pozitif hukukun tanımladığı özgürlükçü ve demokratik düzenin gereği için var olan tüm hakları tek tek hukuk devleti kavramının içerisine sokması ile bu kavramı “adil devlet” kavramıyla denk tutmaya çalışmasının bir sonucu olarak maddi hukuk devletinin varlık kazandığı görülür²⁹⁹. Maddi hukuk devletinin önemi, pozitivizmin şekli prosedürlerinin yarattığı içerikten yoksunluktan kurtulmak için açık kapı bırakmasındadır. Schmitt, maddi içerikten yoksunluk kavramını eleştirirken şu cümlelere yer verir:

“Üyelerinin herhangi bir niteliğine itibar etmeksizin parlamenter organ, çoğunluğu belirleyen genel bir oylamanın saf bir işlevine dönüştürülmüşse ve kanunun her türlü maddi gerekliliğinden vazgeçilerek parlamenter organın çoğunluk kararı kanun haline getirilmişse; ısrarla işlevselci kalan bir öz ve içerik yokluğunun içinde, akılcılığın ve adaletin tüm güvenceleri ve dahi kanun kavramının ve kanuniliğinin kendi, anılan

²⁹⁵ Schmitt, Kanunilik ve Meşruiyet, s.5.

²⁹⁶ Schmitt, Kanunilik ve Meşruiyet, ss.11,12.; Schmitt aynı eserde *Common Law* örneği için “yargı devleti”nin, hukuk devletinin bir örneği olarak sunulabileceğini ifade eder. Ayrıntılı bilgi için bkz: Schmitt, Kanunilik ve Meşruiyet, ss.3-18.

²⁹⁷ Schmitt, Constitutional Theory, s.91.

²⁹⁸ Küçük, Hukuk Devleti, 25.01.2019.

²⁹⁹ Deohring, s.215.

aritmetik çoğunluk tasavvurları altında sonlanır. Oyların %51'i parlamentodaki çoğunluğu, parlamenterlerin oylarının %51'i hukuku ve kanuniliği, hükümete yönelik parlamentonun %51'lik güveni ise yasal parlamenter hükümeti belirler.³⁰⁰

2.2.2.2. Anayasa Metnine İlişkin Araçlar

The law always limits every power it bestows.

[Yasa her zaman verdiği her gücü sınırlar.]

Hume, *Essays IX*

Anayasa metninin kurucu ideolojiyi pozitif düzlemde de güvence altına alan işlevi, anayasacılık faaliyetleri ile geliştirilmiş bir dizi yöntem içermektedir. Anayasa metni, “devletin temel düzenini ve dayandığı ilkeleri” normatif düzende somutlaştıran bir araç olarak, üstünlük ve tüm devlet yapısı içinde bağlayıcılık özelliklerini bünyesinde taşımaktadır³⁰¹. “Anayasacılık demek sınırlı yönetim demektir³⁰².” Sınırlı yönetim amacına özgülenmiş yöntemlerin anayasal düzlemdeki boyutunu anayasacılık oluşturur. Esasen anayasacılık olarak adlandırılan yöntemler bütünün tek işlevinin sınırlı bir devlet yaratmak olduğunu söylemek eksik kalacaktır. Bu yöntemlerin amacı özünde meşru olarak varlık kazanan düzenin meşru olarak sürdürülmesi için hem demokratik olanı hem de iktidara ait olanı sınırlamasıdır. Nitekim anayasacılık düşüncesinin temelinde de doğal haklar öğretisi yatar³⁰³. Hukuki bağlayıcılığa sahip bir anayasa, bir yandan temel hakları koruma altına almayı hedeflerken öte yandan da siyasal iktidarın yetkilerini sınırlayarak anayasal düzenin korunmasını gözetmektedir³⁰⁴.

Schmitt, burjuva hukuk devletinde anayasa metninin bu kavramı hak edebilmesi için bir takım özelliklere sahip olması gerektiğini ifade eder. Öncelikle

³⁰⁰ Schmitt, Kanunilik ve Meşruiyet, ss.31,32.

³⁰¹ Erdoğan, s.81.

³⁰² Hayek, s.3.

³⁰³ Erdoğan, s.17.

³⁰⁴ Rosenfeld, s.212; Poggi, s.127.

anayasa, burjuva özgürlüklerinin garantisinin sistemidir³⁰⁵. Anayasal bir hukuk devletinde temel haklar sınırlandırılabilirse de tamamen ortadan kaldırılması bir bütün olarak anayasanın ihlali olacağından, mümkün değildir³⁰⁶. Burjuvazinin gelişimiyle liberal özgürlük, genel olarak devlet politikası bilhassa da yabancılar politikası için değilse de, anayasal normlar anlamında bir direktif olarak kabul edilmiştir³⁰⁷. Bunun yanı sıra burjuva hukuk devletinde anayasa, yasama yürütme ve yargının birbirinden ayrıldığı, devlet gücünün kötüye kullanılmasına karşı organize edilmiş bir garantiyi, devlet sisteminin öngörülebilir prosedürlere dayanmasını ve yargıların bağımsızlığını içermektedir³⁰⁸.

Hukuk devletinin, liberal anayasacılığın kapsadığı bir kavram olduğunu iddia eden görüşlerin yanı sıra³⁰⁹, anayasacılığı hukuk devletinin eş anlamlısı olarak gören³¹⁰ fikirler de ileri sürülmüş, nitekim bu kavramlar çoğu zaman birbirinin yerine geçer vaziyette kullanılmıştır³¹¹. Mustafa Erdoğan'a göre ise anayasacılık, hukuk devletini de kapsayan, anayasal devlet idealine yönelmiş bir dizi ilkeyi gerekli kılar. Bunlar, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve insan haklarının yanı sıra anayasanın üstünlüğü ve federalizm olarak sıralanmıştır³¹². Modern demokraside hukuk devleti, bir takım yasal prosedürlerle tanımlanmış, siyasal iktidarın işlevselliğini artırırken somut düzeni ve temel hakları koruma amacı güden yasama, yürütme vb. alanları kapsayan bir takım değerler dizisini içerisine alır. İşlevsel olarak baktığımızda tüm bu değerlerin özünde anayasal normlara içkin olduğu kabul edilebilir. Ancak yine de burjuva hukuk devleti idealinin bu pozitivist yanı, kaynağını doğrudan halkın egemen iradenin kurucu iktidarından alan anayasal düzenin yalnızca bir kısmını oluşturmaktadır³¹³.

³⁰⁵ Schmitt, Constitutional Theory, s.90.

³⁰⁶ Göztepe, s.143.

³⁰⁷ Schmitt, Constitutional Theory, ss.90,91.

³⁰⁸ Akad/ Dinçkol, s.319; Göztepe, s.148; Schmitt, Constitutional Theory, ss.90-93.

³⁰⁹ Küçük, Hukuk Devleti, 25.01.2019; Caniklioğlu, s.252.

³¹⁰ Sancar, Meşruiyet, s.51.

³¹¹ Göztepe, s.147.

³¹² Erdoğan, ss.24-27.

³¹³ Göztepe, s.147; Erdoğan, s.122 vd.

2.2.2.2.1. Anayasaların Katılığı

Anayasanın katılığı anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerine dayanan bir yöntem olarak, hukuk devleti idealinin gerçekleşmesinin önemli bir parçası olarak sayılabilir. On sekizinci yüzyıl liberal düşünürleri, siyasal iktidarı düzenleyen teamüllerin güvencesizliğinin karşısında “yazılı, açık, kesin ve sistematik bir temel yasayı” son derece önemli görmüşlerdir³¹⁴. Yani bu kavram, şekli hukuk anlayışına karşılık gelen, biçimsel bir takım özellikleri kapsamaktadır. Anayasaların katılığı için izlenen yöntemlerin sonucunda anayasa metninin bir bütün olarak değiştirilmesinin tamamen önlenmediği sonucuna ulaşılmamalıdır. Zira bunlar yalnızca, tali iktidarların, anayasanın kurucu bir takım ilkelerini değiştirmesini zorlaştırmak için, değişikliklerin normal kanunlardan farklı bir biçimde yapılmasını sağlayan zorlaştırıcı hükümlerden ibarettirler³¹⁵. Gözler, bir takım ilkesel değerlerin anayasa metniyle güvence altına alınmasına, onun *özünün somutlaştırılması* ismini verir ki bu durumda *hukukileşmiş* öz tali iktidarlar için de bağlayıcıdır³¹⁶. Anayasa metnine katılık sağlamak için birçok yöntem izlenebilir. Bunlardan en önemlisi, anayasaların normlar hiyerarşisinde en üstte yer alması ile anayasanın üstünlüğünün gerçekleşmesidir ki bunun doğal bir sonucu olarak tüm hukuk kurallarının anayasaya uygun olması gerekmektedir³¹⁷. İkinci önemli yöntem değiştirilemez hükümlerin yine anayasa metninde güvence altına alınmasıdır. Ancak doktrinde, bu hükümlerin hukuki bir değerinin olmadığı çünkü hiçbir kurucu iktidar gelecek kuşakları ve kendisinden sonra gelecek kurucu iktidarları kendi kuralları içerisine hapsedemeyeceğine yönelik eleştiriler de ileri sürülmüştür³¹⁸.

Modern devletlerin anayasalarında değiştirilemez hükümler farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Genel anlamda bu hükümler, anayasanın özüne yani kurucu iktidarın ideolojisine ilişkindir. Anayasanın özüne ilişkin hükümlerin çoğunlukla yine anayasa metni ile değiştirilmesi yasaklanmıştır. Anayasa değişikliklerini

³¹⁴ Kapani, Kamu Hürriyetleri, s.283.

³¹⁵ Atay, s.522.

³¹⁶ Gözler, Kurucu İktidar, s.155.

³¹⁷ Kapani, Kamu Hürriyetleri, ss.283,284.

³¹⁸ Tögel, s.762.

yasaklayan hükümleri zaman bakımından sınırlandıran hükümler, konu bakımından sınırlandıran hükümler olarak iki biçimde görmek mümkündür.

Anayasa değişikliklerinin zaman bakımından sınırlandırılmasının örnekleri, modern demokrasilerde sıklıkla görülmez. Örneğin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda belirli zamanlarda değiştirilmesi yasaklanmış hükümler bulunmamaktadır. “Ancak Arnavutluk (m.177), Gürcistan (m.103), Belçika (m.196)¹, İspanya (m.169), Karadağ (m.156), Litvanya (m.147), Moldova (m.142), Portekiz (m.289), Romanya (m.152), Sırbistan (m.204), Ukrayna (m.157) Anayasalarında, anayasanın sıkıyönetim veya olağanüstü hal veya savaş dönemlerinde değiştirilemeyeceğini öngören hükümler bulunmaktadır ³¹⁹.” Bu düzenlemelerle, tali kurucu iktidarın yetkisini sınırlandırmaya, köklü değişiklikler yapılmasını engellemeye ve bir anlamda değişen yasama üyelerinin birbiri üzerinde denetim yapmasına imkân vererek somut düzenin güvence altına alınmaya çalışıldığını ifade edebiliriz.

Anayasanın özüne ilişkin hükümlerin değiştirilmesinin yasaklanması ise sıklıkla karşımıza çıkan bir durumdur. “Anayasa değişikliğine konu edilemeyen hükümler genellikle temel anayasal esaslar veya ilkelerle (egemenlik, toprak bütünlüğü, yönetim şekli, insan hak ve özgürlükleri ve anayasa değişikliğinin usul ve esasları) ilgilidir ³²⁰.” Modern anayasal demokrasilerin hemen hepsinde örneği görülebileceği üzere bunlar, yukarıda belirttiğimiz hukuk devletinde kurucu iktidarların ilkelerinin somutlaşmış birer örneğidir³²¹.

³¹⁹ Ali Çolak/Kasım Erdem, **Çeşitli Ülke Anayasalarında Anayasa Değişikliklerini Sınırlandıran Hükümler**, TBMM Araştırma Merkezi, Ankara, 2011, s.1

³²⁰ Çolak/Erdem, s.2.

³²¹ Örneğin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda, Anayasa'nın 4üncü maddesi değiştirilemeyecek hükümler başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre “*Anayasanın 1inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.*” Söz konusu düzenlemeyle Türkiye devletinin şeklinin cumhuriyet olması ile insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti ilkeleri başta olmak üzere bir takım hükümlerin değiştirilmesi yasaklanmıştır. Burada asli kurucu iktidarın, kendisinden sonra gelecek iktidarlara karşı bir takım değerleri korumaya çalıştığı açıkça görülmektedir. Yine Federal Almanya Anayasası'nın 79uncu maddesi ile Federasyon'un eyaletleri bölünmesini ve eyaletlerin yasama sürecine katılımını etkileyecek anayasa değişikliklerinin

Anayasanın katılığının sağlanması için izlenen diğer bir yöntem ise bazı hükümlerin değiştirilmesinin zorlaştırılması biçiminde gerçekleşebilir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 175 inci maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesine göre; *“Anayasanın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir.”* Hükmü yer almaktadır. Aynı fıkranın devamında ise şu şekildedir: *“Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür. Değiştirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür.”* Görülmektedir ki, Anayasa metnimiz devletin idare şekli, ilkeleri ve kurucu unsurları gibi Anayasa'nın esasına ilişkin bir takım hükümlerin değiştirilmesini yasakladığı gibi, 175. Madde ile geri kalan düzenlemeleri de zor koşullara bağlamıştır.

Anayasaların katılığı üzerine geliştirilen yöntemler, pozitif hukukun en üstünde yer alan anayasanın, üstünlüğü ve bağlayıcılığının kendi içerisinde düzenlenmiş bir takım yetki kurallarıyla güvence altına alınması olarak yorumlanabilir. Olması gereken bir temel norm olarak anayasa, kendisinin değiştirilmesi yahut ilga edilmesini önleyici, olağan usullerden farklı bir takım koşulları ön görmelidir ki sıradan bir yasa tarafından geçersiz hale getirilmesinin önüne geçilebilsin³²². Bu itibarla pozitif düzlemde öngörülen bu düzenlemeler, başlı başına bir meşruiyet dayanağı olan anayasal kararın da kısmi bir güvencesini oluşturmaktadır.

2.2.2.2.2. Anayasa Yargısı

Demokratik rejimin ve anayasanın esaslarının değiştirilmesini önlemek, bir yanıyla temel hak ve özgürlükleri değişen iktidarlara karşı korumak amacıyla geliştirilen anayasa yargısı, anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını sağlayan

yasaklandığı görülmektedir. Bunun yanı sıra *“İnsan onuru dokunulmazdır. İnsan onuruna saygı göstermek ve onu korumak tüm kamu otoritelerinin görevidir. Alman halkı, dünyadaki her topluluğun, barış ve adaletin temeli olan dokunulmaz ve devredilmez insan haklarını kabul eder. Aşağıda belirtilen temel haklar doğrudan uygulanabilen kanun olarak yasama, yürütme ve yargıyı bağlar.”* şeklinde olan 1inci madde ile egemenlik yetkisi ve yönetim biçimini belirleyen 20inci maddelerin de değiştirilmesi yasaklanmıştır.

³²² Kelsen, s.80.

ikinci önemli yöntem olarak varlık kazanır. Anayasa yargısı temelde, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini yapmaktadır ki burada gözetilen temel amacın politik olana karşı hukukun hakimiyeti altında olan bir “hukuk devleti” modeli yaratmak olduğu ifade edilebilir³²³.

Kelsen’e göre bir anayasa, sıradan yasalarda belirli içeriklerin normatif varlık kazanmasını engellemek amacıyla bir takım sınırlandırmalar getirebilir. Ona göre:

“Modern anayasaların tipik bileşeni olarak medeni hak ve özgürlükler katalogu esasen bu türden negatif bir belirlemedir. Hukuk önünde eşitlik, kişinin özgürlüğü, vicdan özgürlüğü ve benzeri anayasal güvenceler, bazı açılardan vatandaşlara eşit muamelede bulunmayan veya bazı özgürlüklerine müdahale eden yasaların çıkarılmasını yasaklamaktan başka bir şey değildir. Bu tip yasaklar hukuk tekniği çerçevesinde ya anayasaya aykırı yasanın çıkmasına katılanları kişisel olarak sorumlu tutmak yahut bu tip yasaların reddedilmesini ve geçersiz kılınmasını mümkün kılmak suretiyle etkili hale getirilebilir.”³²⁴

İşte anayasa yargısının gerekliliği bu noktada devreye girmektedir ki onun en önemli işlevi, liberal ideolojinin temel yapıtaşı olduğunu ifade ettiğimiz, temel hakları koruma ve etkili kılma işlevidir. Bu, yalnız anayasal normları korumak değil aynı zamanda sosyo-politik çatışmaları da hukuki alanda çözme mekanizması olarak da tanımlanabilmektedir³²⁵. “Anayasa yargısının(...) temel hak ve özgürlükleri koruma fonksiyonu çağdaş anayasa mahkemelerinin ve anayasa mahkemelerinin görevlerini yerine getiren yüksek mahkemelerin en ayırt edici özelliğidir³²⁶.”

Yukarıda, anayasaların hukuki özünü somutlaştırmak³²⁷ bakımından anayasalarda bir takım değiştirilemez hükümlerin getirildiğini söylemiştik. Kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesini ‘anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığının’ doğal bir sonucu saymak gerekir. Gerçekten de yasama organının

³²³ Erdoğan, s.85; Gören, s.266.

³²⁴ Kelsen, s.80.

³²⁵ Caniklioğlu, s.260; Gören, s.267.

³²⁶ Bahadır Kılınç, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.25, 2008, s.20.

³²⁷ *Hukuki öz kavramı için bakınız: Kemal Gözler, Kurucu İktidar*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 1998, s.155.

yetkilerine anayasa ile bazı sınırlar koymanın, pratikte bu sınırların aşıp aşılmadığı kontrol edilmedikten sonra bir önemi yoktur³²⁸. Anayasada, anayasaya aykırı bir normun denetlenmesi ile ilgili bir denetim mekanizması öngörülmemişse, anayasanın üstünlük ve bağlayıcılığı da herhangi bir somut müeyyideye bağlanmamış demektir. İşte bu noktada anayasa yargısının, zorunlu ve gerekli bir kurumsal yapı olarak varlık kazandığı, nihayetinde anayasa mahkemelerinin normatif düzlemde “*anayasanın koruyucusu*”³²⁹ olduğu ifade edilebilir³³⁰.

Caniklioğlu, anayasa yargısının üç temel işlevine değinmektedir ki bunlar, iktidarlar dengesinin korunması ve yetki ihtilaflarının çözümü konusundaki işlevi, siyasi iktidarın sınırlandırılması işlevi ve temel hakların korunması işlevi olarak sıralanabilir. Anayasa yargısıyla artık her yasama faaliyeti niteliksel olarak bir yasa meydana getirmez, bu yalnızca çoğunluğun siyasi tercihidir; ancak anayasaya uygunluk çerçevesinde yasa, gerçek anlamına kavuşmaktadır. Bunun yanı sıra anayasa yargısı, kuvvetler ayrılığının denetleme ve bağımsızlık sınırlarının da önemli bir garantisidir³³¹.

Doktrinde anayasa yargısının meşru olmadığına yönelik düşünceler de ileri sürülmüştür. Bu eleştiriler temelde, daha önce değindiğimiz, anayasacılık ile demokrasi gerilimi noktasındaki tartışmadan kaynaklanır. “*Liberal anayasacılık anayasal hakları hem siyaset öncesi saydığı hem de bunları demokrasinin ön-şartı olarak gördüğü için, bu hakların demokratik karar mekanizmalarına konu olmamasını ve bunlarla ilgili anlaşmazlıkların yargının tarafsız hakemliğine bırakılmasını ister.*”³³² Bu düşüncelerin en önemli örneği olarak Gözler, anayasanın üstünlüğünün ve kanunların anayasaya uygun olması gerektiğinin herkesçe kabul

³²⁸ Kapani, Kamu Hürriyetleri, s.292.

³²⁹ Anayasa yargısının fikir babası sayılan Hans Kelsen’in “Anayasanın koruyucusu kimdir?” sorusu üzerine Carl Schmitt ile girdiği tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz:Lars Vinx, The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law, Cambridge University Press, 2015. ; Ayşe Eylem Erkipçak/Hasanhan Taylan Erkipçak, “Carl Schmitt’in Sisteminde Anayasanın Koruyucusu: Schmitt Hans Kelsen’e Karşı”, Pasajlar Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 2019, ss.95-111.

³³⁰ Erdoğan, s.85.

³³¹ Caniklioğlu, ss.250-260.

³³² Erdoğan, s.86.

göreceğini ancak anayasaya aykırılığa kimlerin karar vereceği hususunda bir meşruluk problemi çıktığını ifade etmektedir. Nitekim ona göre “Anayasa normu, bir anayasa maddesinin metninin kendisi değil, bu metnin anlamıdır ve bu anlam yorum yoluyla tespit edilir ve yorum yorumcuya bağlıdır.”. Yorum ise bir bilme işlemi değil irade işlemdir, dolayısıyla anayasayı yorumlamak yargısal bir faaliyet değil politik bir faaliyet olacaktır³³³.

Demokrasi kurumunun prensiplerine içkin tanımlarımızda, egemenliğin yasama gücünün üstün iradesi olarak halka ait olduğu ilkesinin demokrasinin özü olduğunu belirtmiştik. Bu bakımdan üstün yasama gücünün yargı eliyle ve yorum vasıtasıyla sınırlandırılmasının meşru olup olmadığı fikri irdelenebilir. Mustafa Erdoğan’a ise, nihai karar yetkisinin parlamento ve halk temsilcilerine ait olduğu bir yönetim biçiminde, parlamentonun belirlediği yasaların mahkeme yahut başka bir bürokratik organ tarafından ilga edilmesinin demokrasinin temel ilkesiyle bağdaşmayacağını ifade eder. Nihayetinde anayasa mahkemesi yargıçları seçilmiş kişiler değildirler ve politik olarak da sorumlu tutulmaları mümkün değildir³³⁴. Gözler bu noktada, anayasa metni aynı kalsa dahi, ona ilişkin yorum değişken olduğundan, bu yolla anayasada olmayan bir normun yorum yoluyla eklenmesinin önünün açıldığını, bunun sonucu olarak da anayasa mahkemesinin “tali kurucu iktidar” haline gelmesinin mümkün olacağını söyleyerek eleştirir³³⁵.

Yine de yaygın biçimde kabul edilen görüşe göre anayasa yargısı, kanunların denetimi için bir zorunluluktur. Anayasa yargısının meşruluğu, politik olarak anayasal “karar” anında var olan politik birliğin iradesinde yatar. Nitekim temel işlevi de egemen iradenin ve dolayısıyla temel hakların korunması, siyasi iktidarın sınırlandırılmasındadır. Aksi bir düşünceyle, çoğunluğa sahip olanın yürürlükteki kanunları yaptığı ve dahi bu kanunların yürürlüğünü sağladığı denetimsiz bir sistem ona, “iktidar araçlarının yasal sahipliğini” bahşeder ve bu noktada çoğunluk, parlamenter düzende bir siyasi parti olmayı aşarak “devlet”in kendisi haline

³³³ Kemal Gözler, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt:61, S:3, 2006, s. 136.

³³⁴ Erdoğan, s.87.

³³⁵ Gözler, Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu, s. S.156.

dönüşür³³⁶. Bu itibarla anayasa yargısı, somut düzeni var eden anayasal kararın koruyucu bir ayağı olarak, onun normatif denetim mekanizmalarını tesis eden önemli bir kurumdur.

Türkiye’de anayasa yargısının ortaya çıkışı 1961 Anayasası ile Anayasa Mahkemesi’nin kurulmasına dayanır. Bu tarihten önce Anayasa’ya uygunluğu denetleyecek herhangi bir mekanizma öngörülmemiştir. 1961 Anayasası’na uygun olarak 1982 Anayasası ile de “*Anayasa Mahkemesine, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasa’ya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetleme, Anayasa değişikliklerini ise sadece sınırlı sayıdaki şekil eksiklikleri yönünden inceleme görevi yanında, ayrıca, Anayasa’da sayılan bazı kişileri görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılama ve siyasi partilere ilişkin dava ve başvurulara bakma görevi de verilmiştir.*”

Demokratik bir sistemde, demokrasinin sürerliliği için somut düzeni korumanın aynı zamanda temel hakları korumak anlamına geldiğini daha önce belirtmiştik. Bunun yanı sıra 2010 Anayasa değişikliği ile anayasa yargısına temel hakların korunması için doğrudan bir yetki de verilmiştir. “Anayasa yargısının temel hakları korumada ulaştığı gelişmişlik seviyesinin şimdilik son basamağını ise bireysel başvuru ya da anayasa şikâyeti kurumu teşkil etmektedir³³⁷.” Bireysel başvuru yolu, temel hakların korunmasında ve hayata geçirilmesinde en etkili yollardan biridir. Nitekim dünya genelinde Almanya, Avusturya, İspanya, Güney Kore ve Rusya gibi ülkeler bireysel başvuru yolunu kabul etmişlerdir. Bireysel başvuru, kamu gücü tarafından temel bir hakkı ihlal edilen bireylere, doğrudan bir hukuki koruma imkânı tanımaktadır.

2.2.2.2.3. Yetki Kurallarının Meşruiyeti

Bir yasal düzenin temel özelliği, söz konusu düzenin çoğu kurucu kuralının belirli bir irade (*enactment*), yani yetki kuralları (*rules of competence*) dediğimiz

³³⁶ Schmitt, Kanunilik ve Meşruiyet, ss.36,37; Ayrıca bkz: Caniklioğlu, s.256 vd.

³³⁷ Kılınç, s.54.

diğer yasal kurallara uygun bir insani karar tarafından oluşturulmasıdır³³⁸. Yetki kuralları, iradenin geçerli hale geldiği yeter ve gerek koşulları tanımlayan kurallardır. Bunlarının tipik olarak üç biçimde karşımıza çıktığını söylemek mümkündür:

1. Kanun koyucu irade niteliğine sahip kişi veya kişileri gösteren kurallar,
2. İradenin kullanım prosedürünü tanımlayan kurallar,
3. Kuralın içeriğinin bu kişiler ve prosedür tarafından kanunlaştırılması sınırlayan kurallar.³³⁹

Herhangi bir yetki kuralı, bir otorite meydana getirir ki kuramsal anlamının dışında yasama gücünü haiz olarak o, parlamento, hükümet, meclis vb biçimlerde de ifade edilmektedir. Bir yetki normu(bir otorite meydana getiren) yazılı bir kanun olabilir, yani başka bir otorite tarafından kanunlaştırılmış olabilir. Böylece bir otorite başka bir otorite tarafından meydana getirilmiş olabilir. Birincisinin yasal geçerliliği ikincisinden türediği için otorite meydana getireni, yüksek bir biçim ya da otorite meydana getirenden daha üst bir hiyerarşiye ait olarak düşünmek doğaldır. Aynı üst otorite tarafından meydana getirilen iki otorite, aynı hiyerarşik düzeydedir. Aynı hiyerarşik düzeydeki iki farklı otorite tarafından meydana getirilen iki otorite de aynı düzeydedir ve bu böylece devam eder. Bu şekilde çeşitli düzeylerde karmaşık bir otoriteler sistemi ortaya çıkar³⁴⁰.

Her yasanın temel görevi yasama yetkisini belirlemektir ve bu itibarla anayasanın yasa koyucu iradenin yetkisini belirleyen kuralları “Y” ile ifade edilirse, otorite (O)1, Y1 tarafından oluşturulur; Y1, O2 tarafından çıkarılmış bir kuraldır ve O2 de Y2 tarafından oluşturulmuştur. Bir anayasada, anayasa değişikliklerini içeren normlar da Y3 olarak ifade edildiğinde, Y3 başka bir anayasa-yapım sürecine içkin olarak başka bir otoriteyi, O3’ü meydana getirir. O3’le Ross, kurucu iktidarın otoritesini kastetmektedir³⁴¹. Ross’un ifadesiyle eğer biz yasama otoritesini O2 olarak tanımlarsak, anayasa yasamacının yetkilerini belirleyen Y2 normlarını içerir,

³³⁸ Alf Ross, “On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law”, **Mind**, Vol:78, No:309, 1969, p.1.

³³⁹ Ross, s.1.

³⁴⁰ Ross, s.2.

³⁴¹ Mehmet Turhan, “Anayasa Hukukunda “Yalancı”: Alf Ross Paradoksu”, **"Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - V" Sempozyum İstanbul Barosu - HFSA Bildiriler-1**, 25. Kitap, İstanbul, 2012, s.36.

eğer anayasa kendi değişikliği için kurallar ihtiva ediyorsa bu kurallar yani Y3 başka bir yasa koyucu süreci belirler ve başka ve daha yüksek bir otorite tesis eder ve bu, kurucu otorite veya iktidar olarak adlandırılır(O3) ³⁴². “1982 Anayasası’na göre hukuksal sistemde en üstte yer alan otorite Anayasa’nın 175. ve 4. maddelerinde belirlenen anayasayı değiştirme iktidarındır ve bu maddeler Türkiye’deki hukuksal sistemin temel normudur.”³⁴³”

Ross, bu temel normla ilgili iki sorun ortaya koymaktadır: Y3 pozitif bir yasaysa, bu kural başka bir otoriteye dayanmadığından, yine O3 tarafından çıkarılmış demektir; Y3 pozitif bir yasa değilse, olgusal bir gerçeklik ve kendisine dayanan diğer yasaların geçerliliği için bir *ön varsayımdır*³⁴⁴. Ancak o, iki olası çözümün de hukuksal düzlemde geçerli olamayacağını savunmaktadır. Eğer anayasamızın 175. Ve 4. Maddelerinde belirtilen düzenlemeleri temel norm olarak alırsak, burada Ross’un paradoksal olarak tanımladığı çıkmaza girilecektir. O, bu duruma şu biçimde bir çözüm getirmiştir: Temel norm 175. madde olarak kabul edilirse, artık o bir üst otorite meydana getirdiğinden, değiştirilmesi mümkün değildir. O halde bu paradoksu aşmak için 175. maddedeki yetkiyi tanımlayan bir başka norm öngörülmalıdır ki o zaman bu norm, temel norm olarak adlandırıldığında onun var ettiği yetki kuralının da değiştirilmesi mümkün hale gelir. Ancak bir sistemin temel normu, herhangi bir hukuksal usule dayanılarak değiştirilmemelidir³⁴⁵.

Sonuç olarak paradoksun temelinde yatan önermeye göre, bir normun geçerliliğinden temel norm ile çelişik başka herhangi bir normun geçerliliğini türetmek olanaksızdır. Öyleyse bir yasal sistemdeki temel norm, herhangi bir yasal prosedürle değiştirilemez. Eğer bir sistemdeki temel norm değiştirilirse de bu, sistemdeki herhangi bir yetki kuralından türetilemez.³⁴⁶

Pozitivist bir bakışla, yetki kurallarının, anayasa değişikliklerinin meşruluğunu sağlamak için yeterli ve gerekli kurallar olduğu yönündeki görüşe daha

³⁴² Ross, s.3.

³⁴³ Turhan, s.37.

³⁴⁴ Ross, s.18; Turhan, s.36.

³⁴⁵ Turhan, ss.40,41.

³⁴⁶ Ross, s.21.

önce değinmiştik³⁴⁷. Yetki kuralları, anayasaların değiştirilme usulünü belirleyen kurallar olduğundan, amaçsal bir yorumla onların kurucu iktidar tarafından, belirli bir takım ilkeleri güvenceye almak amacıyla düzenlendiği kanaatine varılabilir. Gözler'e göre yetki normlarının değiştirilme biçiminin hukuksal ve niteliksel olarak, anayasadaki herhangi bir maddenin değiştirilmesinden farkları olmadığı gibi, uygulamada bunun bazı yararları olduğu da gözetilerek olumlu sonuçlara sebep olduğu da ifade edilebilir³⁴⁸. Bir görüşe göre tali kurucu iktidarlar, yetki kurallarının tanıdığı biçimle anayasaya katılık sağlayan, örneğin değiştirilemez hükümleri belirleyen maddeleri de değiştirip, temel ilkeleri de değiştirmenin önünü açabilirler, buna pozitivist anlamda hiçbir engel yoktur. Hatta değiştirmeyi yasaklayan hükümlerin değiştirilmesinin güvence altına alınmaması da kurucu iktidarın bilinçli bir tercihidir; “değiştirmeyasağını öngören normun “yorum yoluyla” değiştirilemeyecek hükümlere dâhil edilmesi” *genişletici yorum* sayılacağından mümkün değildir.³⁴⁹ Bu noktada Gözler, her ne kadar anayasanın bütününe değiştirilmesinin, pozitif düzlemde gücünü mevcut bir anayasadan alması nedeniyle, tali iktidarlar tarafından gerçekleştirilmesinin yine hukuki olduğunu ifade etse de değiştirilmesi yasaklanan hükümlerle ilgili olarak bu görüşten ayrılır. Ona göre anayasanın ruhu belirlenemez ve soyut olduğu nedenle hukukilikten uzaktır ancak değiştirilmesi yasaklanmış hükümler ile güvence altına alınmış ilkelerin “*hukukileşmiş öz*” oluşturduğu da göz önüne alınmalıdır. Burada artık hukukileşmiş öz, tali kurucu iktidarı bağlayıcıdır ve artık anayasada öngörülen usullerle hukuki özün ilga edilmesi *hukuki* değildir. Ancak yine de o, hukukileşmiş öze sahip olmayan anayasaların, “anayasaların ruhu” gibi *hukuk-ötesi* dayanaklarla korunmasının mümkün olmadığını söyler ki böyle bir durumda liberal bir anayasanın sosyalist yahut faşist bir anayasaya evrilmesi dahi mümkündür ve tarihte örnekleri görülmüştür³⁵⁰.

³⁴⁷ Gözler, Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, s.285.

³⁴⁸ Gözler, Kurucu İktidar, s.151.

³⁴⁹ Tögel, ss.761,762.

³⁵⁰ Gözler, Kurucu İktidar, ss.149-156.

2.2.3. Demokrasi Kurumunun Örgütlenmesine İlişkin Araçlar

Demokrasinin halk egemenliği ilkesinde yatan meşruiyet dayanakları, modern devletin örgütlenme biçimine içkin iki temel kurumu da önümüze sermektedir: Siyasal katılım ve parlamento. Modern devlet örgütlenmesinde, siyasal iktidarın kaynağı ve politik kararın öznesi olarak kabul edilen halk, yasama eyleminde temsilci seçme yahut doğrudan oylama yoluyla söz sahibi olmaktadır³⁵¹. Ancak yasama eylemini halkın oylamaya katılmasında arayan görüşün yanında, toplumsal yapıların içerisinde, bunun yalnız bir oy kullanmaktan çok daha fazlası olduğunu ifade eden görüşler de bulunmaktadır. Modern devlet düzeninde yer alan hemen hemen tüm toplumlar cinsiyet, statü, ekonomik sınıf, etnik kimlik vb esaslara göre ayrılabilen, dinamik ve *karmaşık* yapılara sahiptir³⁵². Habermas’a göre karmaşık modern toplumsal yapılarda hukuk, yaşam dünyası, ekonomik alan ve devletle iç içe geçmiş dinamik bir yapının ürünüdür. Bu nedenle hukuk, önce yaşam dünyasında şekillenir, buradan siyasal iktidara aktarılır³⁵³. Ancak o tam da bu nedenle burjuva hukuk devletin biçimselliğini eleştirmektedir. Politik bir işleve sahip olan kamu, iradeye ait olanı rasyonel olana devreder ve bu da özel alandaki fikirler arasında var olan kamusal rekabet içerisinde, kamu yararı için zorunlu olan üzerindeki bir *konsensüsü* doğurur³⁵⁴. Bu nedenle kamuoyu, hukukun doğumu ve yasama eyleminin içeriğinin biçimlenmesi üzerinde son derece etkilidir.

Varoluşsal olan kurucu eyleme ait olmamakla beraber, somut düzenin varlık alanında etkinlik kazanan kamusal alan, toplumsal öznelerin, ki bunlar heterojen ve çoğulcu bir çokseslilikle var olmaktadır, sürekli iletişim halinde olduğu bir alandır³⁵⁵. Nitekim burada yasama faaliyetinin de biçimi belirlenmektedir. Kamusal alan, modern politikanın rasyonel gerekçeleri ve meşruiyet araçlarının en etkili biçimde varlık kazandığı yerdir³⁵⁶. Caniklioğlu’na göre toplumsal yaşamda var olan

³⁵¹ Schmitt, Constitutional Theory, s.302.

³⁵² Caniklioğlu, s.202; Akad/ Dinçkol, s.356.

³⁵³ Yükselbaba, s.222; Habermas s.205.

³⁵⁴ Habermas, s.170.

³⁵⁵ Yükselbaba, s.222.

³⁵⁶ Caniklioğlu, s.220; Habermas, s.381.

çoğulculuk, yalnızca katlanılması gereken bir olgu değil, meşruiyet için kurucu bir unsur kabul edilmesi gereken demokratik bir ilkedir³⁵⁷.

Schmitt'e göre *“siyasal kavramı devlet kavramından önce gelir.”*³⁵⁸ Onun siyasal olanı tanımlarken yaptığı ayrım ise dost-düşman ayrımına dayanmaktadır. Buradaki düşman, din, kültür, ekonomi veya herhangi bir biçimde homojen topluma dahil olmayan, yani yabancı olandır. Siyasal olarak düşmanın ahlaktan yoksun, estetik bakımından çirkin yahut ekonomik bir rakip olması gerekmez, *“başka bir varlık ve yabancı olması yeterlidir.”* O halde düşman, hasım veya rakip değil yalnızca homojen politik birliğin karşısında başka bir olasılıksal birlik ihtimali taşıyandır, kamusal alanda varlık kazanmaktadır³⁵⁹. Schmitt'in anayasa öğretisinin de temelini oluşturan dost düşman ayrımı, yukarıda bahsi geçen karmaşık ve çoğulcu toplumsal yapıların tümüyle mücadele edildiği bir devlet biçimini tasavvur etmektedir.

Sosyolojik tespitleri ne biçimde olursa olsun, halkın heterojen bir yapıyla var olduğu, iki bakış açısından da kabul edilmektedir. Modern devlet örgütlenmesinin, asgari düzeyde dahi olsa çoğulcu öğeler içerdiğine önceki bölümlerde değinmiştik. Çoğulcu örgütlenme biçiminin en somut örnekleri siyasal katılım ve parlamenterizmde meydana gelmektedir. Schmitt, anayasanın halk iradesi boyuna içkin yasama eylemini her ne kadar anayasanın politik boyutuyla tanımlasa da³⁶⁰ yine de parlamento ve oylama ilişkin düzenlemeler pozitif hukukta tanımlandığı ve onun kamuoyunu kazanması yoluyla meşrulaştırma işlevine sahip olduğu içindir ki, bunları normatif düzende karşılık bulan bir meşruiyet aracı olarak incelemeyi yerinde buluyoruz.

2.2.3.1. Siyasal Katılım

Kamusal faaliyet alanında siyasal katılım, yalnızca oylama ile sınırlı değildir. Kapani siyasal katılımı üç boyutta açıklamaktadır: Basın-yayın faaliyetleri ile izleme, toplumsal gösteri etkinliklerine katılma, bireysel veya küçük topluluklar halinde

³⁵⁷ Caniklioğlu, s.203.

³⁵⁸ Schmitt, Siyasal Kavramı, s.49.

³⁵⁹ Schmitt, Siyasal Kavramı, ss.53-59.

³⁶⁰ Göztepe, s.149.

siyasal olayları tartışma, bunun en alt basamağını oluşturur. İkinci basamak olarak siyasal sorunlara karşı açık bir tavırla eyleme geçme yer alır. Burada birey kamusal alanda daha aktif bir özne konumundadır. Son basamakta ise doğrudan, siyasal partiler vb. alanlarda yer alarak söz sahibi olma iddiası bulunmaktadır³⁶¹. Kamusal alan bir bütün olarak yasama faaliyetinin etki eden dinamik bir yapıyla var olmaktadır.

Öznesi bireyler olan ve bu biçimlerde akıl yürütebilen kamusal topluluk, bütüne ilişkin bir uyuşum sağladığında artık *yurttaşlardan* oluşan bir kamusal topluluk biçimini almaktadır. Politik bir işleve sahip bu kamusal liberal hukuk devletinin ilkesi olarak kendisine yer bulur ve temel haklar temel yasa aracılığıyla güvence altına alınır. Ancak halk egemenliği, “*akıl kamusal noktasında*” varlığını korur ve yasama eylemi halk iradesine dayalı olarak “*kamusal topluluğun kamusal mutabakatında*” varlık kazanmaktadır³⁶².

Gönenç’in anayasanın fonksiyonel etkinliği olarak üzerinde durduğu, mevcut bir anayasanın gerçekte uygulanıp uygulanmadığının tespitinin en etkili yolu, siyasal partiler ve baskı gruplarıyla meydana gelecek bir kurumsal yapının hayata geçirilmesinde yatar. Bu nedenle azınlık denilebilecek sosyal, siyasi, ekonomik vb. grupların politik arenada temsili, anayasanın etkinliği ve meşruiyeti açısından büyük önem taşımaktadır. “*Eğer bir anayasa etkinlik gösteremezse, yani siyasi sistemdeki önemli gruplarının anayasal beklentilerini yerine getiremezse, bu gruplar arasında bir anayasal tatminsizliğin ortaya çıkması kaçınılmazdır.*”³⁶³

Kamusal toplulukta oluşan kamuoyu, gerçekte sadece bir çoğunluk düşüncesinden ibaret değildir. Kamuoyu ve siyasal katılım öncelikle bir siyasal bilincin oluşmasını gerekli kılmaktadır. Bunun yanı sıra kamuoyunu belirleyen unsur çoğunluk değil niteliktir. Bu itibarla “*belirli amaçlara yönelmiş, iyi örgütlenmiş kişi gruplarının fikirleri, zayıf örgütlü veya hiç örgütlenmemiş kalabalıkların kararsız ve yalpalı eğilimlerine oranla toplumda daha etkili olurlar.*”³⁶⁴ Oluşan bu kamusal fikirlerin, siyasal iktidar üzerinde bir etkileşim alanı yarattığını ifade etmek gerekir. Otoritesinin sürdürülmesini isteyen siyasal iktidar, kamuoyu bilincine etki etmek ve

³⁶¹ Kapani, Politika Bilimine Giriş, s.145.

³⁶² Habermas, ss.205,206.

³⁶³ Gönenç, ss.144-146.

³⁶⁴ Kapani, Kamu Hürriyetleri, ss.266,267.

eylemini kamuoyu nezdinde haklılaştırmak zorundadır. Zira kamunun bu politik ve dinamik alanı, yeni fikir gruplarının oluştuğu bir zemin de yaratmaktadır ki tam da bu nedenle kamuoyu üzerinde meşruiyet inancının devamının sağlanması son derece önemlidir. Schmitt, kamusal alandaki birliklerle ilgili daha da ileri giderek buradaki farklı fikir gruplarının, mücadele edilmesi gereken düşmanlar olduğunu ifade eder. Çoğulcu teorilere uygun olarak örgütlenmiş bir devlet biçimi tasavvur edildiğinde, kamuoyunda yankı bulan bir fikrin alkışlanması yoluyla kamuoyu desteğini bulması, yeni politik birliklerin oluşması ihtimalini de doğurmaktadır. Çoğulcu teoriye ait argümanlar, devlete içkin olan politik kavramını göz ardı etmektedirler. Bu teorilerin özünde kendi aralarında dahi bir görüş birliği bulunmamaktadır. Nitekim kamusal alanda örgütlenmiş toplulukların politik birliğe evrilmesi olasılığını da açıklayamamaktadırlar. Bu itibarla Schmitt, politik bir toplum veya politik örgütün varlığını kabul etmez. Ona göre yalnızca *politik bir birlik* vardır³⁶⁵. Politik birlik yahut dost-düşman ayrımını belirleyen ise egemen olan birliktir³⁶⁶. Yine de siyasal iktidarlar nezdinde bir meşruiyet aracı olarak kamuoyuna ilişkin söylemler dile getirildiğini ifade etmek gerekebilir. Örneğin eskiden “Tanrı bizimledir” diyen yöneticiler bugün halkı dile getiren, meşru oldukları iddialarını destekleyen söylemler veya eylemlerle kamuoyundan destek bulmaya çalışmaktadırlar³⁶⁷. Nihayetinde meşruiyetin korunması, iki bakış açısıyla da, kamuoyunun egemen politik eğilimi ile doğrulan ilintilidir. Caniklioğlu’nun ifadesiyle:

*“Meşruiyet yönetilen açısından siyasi iktidarın emir ve kararlarına itaat borcu yüklüyorsa, yöneten açısından da bu emir ve kararların hem alınma hem de uygulanma sürecinde etik ve yasal kurallara uygunluk borcu yükler. Bir eylem ya da işlemin meşruiyeti, üst düzey bir sosyal etik norma uygunluğun yanı sıra, toplumun genel eğilimine uygun olma koşulunu da gerektirmektedir.”*³⁶⁸

Kamuoyunun ve siyasal katılımın toplumsal dinamik alanı ne kadar çeşitliyse de, onun meşruiyet temelinde en önemli işlevi “onaylama” ve “temsilci seçme”

³⁶⁵ Schmitt, Siyasal Kavramı, ss.73,74.

³⁶⁶ Schmitt, Siyasal Kavramı, s.69.

³⁶⁷ Akad/Dinçkol, s.357; Kapani, Politika Bilimine Giriş, s.93.

³⁶⁸ Caniklioğlu, s.201.

olarak somutlaşmaktadır. Resmi olarak organize olmamış bir birim olarak halk sadece belirli anlarda ve bugün “kamuoyu” dediğimiz kabul oyu (*acclamation*) sayesinde geçerlilik kazanmaktadır. Önceden belirlenmiş bir prosedür çerçevesinde seçime katılan ve oy veren bir devletin yurttaşı olarak halk ise (a) güvendiği kişileri seçebilmektedirler, böylece belirleyici sorunlara ilişkin karar yetkilerini bu kişilere devretmekte ya da (b)söz konusu soruna ilişkin oylama biçiminde (*plebisit*) belirli bir karar ortaya koymaktadırlar³⁶⁹.

2.2.3.2. Temsil ve Parlamentarizm

Bir ideal olarak hukukun üstünlüğü ilkesi, eğer onunla pozitif hukuk normları kastediliyorsa mevcut olanın meşrulaştırılmasından başka bir şey değildir. Zira politik güçleri mevcut hukuk tarafından istikrar kazandırılan tüm iktidarların, bu durumu olabildiğince sürdürmek isteyeceği iddia edilebilir³⁷⁰. Burjuva hukuk devletinin örgütlenme biçimi, egemenin devredilemez üstünlüğüne dayanan yasama yetkisini, siyasal iktidarın temsile dayanan bir eylemi olarak neredeyse kusursuz tasarlanmış bir şekilde kamuoyu aracılığıyla meşrulaştırmaktadır. Ancak modern devlet biçimlerinde temsil vasıtasıyla işletilen bir yasama faaliyetinin, aslında tam anlamıyla bir egemenlik biçimi sayılamadığı da iddia edilmektedir³⁷¹. Zira kamuoyu, salt niceliksel bir çoğunluğun olmasının ötesinde, toplumsal etkileşim alanına ait bir irade olarak, oluşumunda etkin rol oynayan fikirlerin niteliği ve etkililiği ile belirlenir. Burada çoksesli bir yapının ürünleri yankı bularak, haklı olanın destek bulduğu dinamik bir platform meydana getirir³⁷². Ancak temsil vasıtası ile işletilen bir sistem, çoğu zaman çoğunluk iradesi ile şekillenmektedir. Öte yandan somut düzenin işleyişinde karşılaşılan sorunlar genelde öngörülemez ve istikrarsız biçimde

³⁶⁹ Schmitt, Constitutional Theory, s.302.

³⁷⁰ Çetin, s.84; Schmitt, Siyasal Kavramı, s.97.

³⁷¹ Habermas, ss.168, 169; Caniklioğlu, s.198.

³⁷² Kapani, Kamu Hürriyetleri, s.267; Habermas, s.382.

karşımıza çıktığından, seçmen olan halka tümüyle yasama yetkisini devretmek teknik olarak mümkün değildir³⁷³.

Parlamentarizm, en basit tanımıyla, en yüksek temsilci sayısını elde eden parti veya partilerin siyasi iktidarı meydana getirdiği bürokratik bir organizasyondur ki demokratik devletin de modern biçimiyle en etkili aracını oluşturmaktadır³⁷⁴. Kamuoyunun ve kabul oyunun (*acclamation*) temel dayanağı ve öznesi halktır ve demokratik bir sistemde siyasal iktidarın meşruiyetini sürerli kılan da halk egemenliği ilkesinin ayrılmaz bir parçası olarak kamuoyunun kendisidir³⁷⁵. Temsil, yalnızca kamusal alanda var olabilir. Bu nedenle bir parlamento, ancak onun gerçek etkinliği kamusal alanda bulunduğu sürece bir temsilci karakterine sahiptir. Gizli tartışma, gizli kabul ve bazı komisyonların kararları, anlamlı ve önemli kabul edilebilir ancak böyle bir durumda onlar asla temsilci karakterine sahip olamazlar. Halka açık parlamenter etkinliğin boş bir formalite olduğu ve gerçek düşüncenin toplumsal alan dışında kaldığı kanısı olduğu an, parlamento pazı pratik işlevler geliştirebilir ancak bu durumda parlamento artık halkın politik birliğinin temsili değildir³⁷⁶. Bu nedenle ki kamuoyu ve aleniyet, temsil kavramının kendisinde iç içe geçmiş bir somut gerçekliği barındırırlar. Müzakerenin kamusal niteliği tüm sistemin çekirdeğini oluşturur ki bu da anayasal normların güvencesi altındadır³⁷⁷.

Parlamento kurumunun özü, kamusal müzakerede prensibinde yatar, nitekim aleniyet ve müzakere, anayasal hukuk devleti ve parlamentarizmin, tüm çağa yayılmış inancıyla, adalet ve meşruiyet bakımından vazgeçilmesi imkansız bir etkililiğe dayanmaktadır³⁷⁸. Onda, tahakküme karşı liberal düşüncenin zaferini ortaya koyan biçimde, yasama faaliyetinin aleniyeti ve kamusalılığı yatar. Burjuva hukuk devletinin kamusalılığı halka açıklık ilkesi ile ayakta kalır ki kamusal topluluk hiçbir

³⁷³ Max Weber, **Economy and Society An Outline of Interpretive Sociology**- 2 volume set, tr. Ephraim Fischoff et al, University of California Press, Berkeley, 1978, (Economy and Society), s.1128; Habermas, s.383: "...kamuoyu egemen olur, ama yönetmez."

³⁷⁴ <https://www.britannica.com/topic/parliamentary-system>, (20.06.2020).

³⁷⁵ Habermas, s.381; Schmitt, Constitutional Theory, s.279; Rousseau, s.59; Karaca, s.59.

³⁷⁶ Schmitt, Constitutional Theory, s.242.

³⁷⁷ Schmitt, Constitutional Theory, ss.338,339.

³⁷⁸ Schmitt, PDK, ss.53,75.

grubun dışlanmadığı bir çoksesliliği haizdir³⁷⁹. Ancak politik birliğin homojen kararına dayanan demokrasi anlayışıyla çoğulculuğu kaçınılmaz olarak bünyesinde barındıran halk temsili, sürekli bir gerilim içerisinde³⁸⁰. Ulusun bütününe parlamentoda temsil edilmesi yoluyla yasama eylemi sonuçlanır; nitekim temsil kurumunda yatan gerçeklik, yasamanın, belirlenmiş bir grup olarak temsilcilerin, temsil edilenler tarafından sonuçları önceden kabul edilmiş olduğu için meşru görülen eyleminin bir sonucu olmasıdır³⁸¹. Ancak parlamento ile onun öznesini oluşturan halkın özdeş olması, demokratik unsurun bir gereği olarak rasyonel ve olası değildir zira politik bir cemaat olarak halk hiçbir zaman homojen bir yapıda varlık göstermez. Bu nedenle Schmitt, liberal bir demokraside parlamenter kararın, özünde gerçek bir karar olmadığını söyler zira parlamentodaki tartışmaların asıl amacı, çoğunluğun kararı karşısında azınlığın varlığının buluşmasıyla, farklı düşüncelerin hiç birinin kabul görmediği bir uzlaşa sağlamaktır³⁸². Diğer yandan Caniklioğlu ise temsil üzerine kurulan seçim sistemlerinin sorunlu bir temele dayandığını savunarak, ulus egemenliği fikri ve salt çoğunluk kararı ile meşru olduğunu iddia eden bir hükümetin gerçekte demokratik meşruiyet ilkesine aykırı düşüğünü ifade etmektedir³⁸³.

Parlamentarizm ve demokrasi, modern devlet kuramında her zaman, neredeyse aynı anlama gelecek biçimde bir yakınlıkla kullanılmışlardır³⁸⁴. Esasen bu yakınlık, demokrasinin çoğunluk egemenliğinin gerçekleşmesinin bir ayağı olarak parlamentonun, en hararetli tartışmaların yapıldığı kurum olmasından ileri gelmiştir. Parlamento, kalabalık nüfuslu yönetimlerde doğrudan demokrasinin uygulamasındaki pratik imkânsızlıkların bir sonucu olarak “sonuca giden en kestirme yol³⁸⁵” olduğu için ortaya çıkmış, demokratik bir örgütlenme biçimine aittir.

³⁷⁹ Habermas, s.174; Akad/ Dinçkol, s.355 vd.

³⁸⁰ Göztepe, s.155.

³⁸¹ Schmitt, Constitutional Theory, s.338; Weber, s. 416.

³⁸² Bezci, s.102.

³⁸³ Caniklioğlu, s.198.

³⁸⁴ Weber, Economy and Society, s.1127 vd.; Schmitt, PDK, s.49; <https://www.britannica.com/topic/parliamentary-system>, 20.06.2020;

³⁸⁵ Schmitt, PDK, s.52; Mehmet Ali Ağaoğulları ve diğerleri, Sokrates’ten Jakobenlere Batı’da Siyasi Düşünceler, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, s.624: Halk egemenliği ilkesinin hayata geçirilmesi

Böylelikle parlamentarizmde parlamento bir halk komitesi olarak varlık kazanırken, hükümet de bir parlamento komitesi olarak tanımlanmaktadır. Bu kuruma duyulan inanç ise özünde siyasal iktidarın kontrolü noktasında toplanmaktadır. Zira, parlamento, hükümeti azletme yetkisini haizdir. Schmitt, halk meclisinin temsilcileri eliyle uygulanan halk egemenliği ilkesinin, siyasal iktidarı azletme noktasında, tek başına demokratik bir süreci var edemeyeceğini ileri sürer zira *“pratik ve teknik sebeplerle halk yerine temsilcileri karar verebiliyorsa, aynı halk adına tek bir temsilci de karar verebilir ve bu gerekçelendirme demokratik olmaktan çıkmaksızın anti-parlamenter bir Sezarlığı haklı çıkarabilir”*³⁸⁶.

Caniklioğlu temsil vasıtasıyla halk egemenliği ilkesinin hayata geçirilmesini, temsille seçmenin ayniyetinin mümkün olup olmadığı sorunu ortaya atarak çözümlemeye çalışmaktadır. Temsilin tam anlamıyla gerçekleşmesi ancak temsilde adalet ve yönetimde istikrar ile mümkündür ki çağdaş demokrasilerin çoğunda bu ilkelerin bir bütün olarak uygulandığı bir yönetim biçimi hayata geçirilememiştir. Demokratik yönetimlerde çoğunluk desteği, siyasi iktidarların kullanmaları için örtülü bir muvafakati bünyesinde taşımaktadır. Bu, siyasi iktidarın meşruiyetine ilişkin ilk koşuldur. Ancak parlamenter düzende yalnızca çoğunluk temsilcileri değil, muhalefet de kendi kitlelerini temsilen bulunmaktadır ve meşruiyet bunlar nezdinde de devam eder³⁸⁷.

İki bakış açısıyla da parlamento kurumunun siyasal iktidarı sınırlama işlevi ön plana çıkmaktadır. Modern parlamenter sistemde bu sınırlama, siyasal partiler

sırasında temsilin gerçek niteliği ve meşruiyet noktasındaki rolü, onun burjuva ideolojisiyle beraber modern haliyle ortaya çıkmasından itibaren tartışılmaktadır ki nitekim Ağaoğulları Jakobenlerdeki tartışmaları şu cümlelerle özetler: *“Jakoben söylem, halk egemenliği ile temsil sisteminin bir uyum içine sokulması üzerine odaklanır. Buna göre, temsilcilerin (vekillerin) erkini kısıtlamaya yönelik olarak görev sürelerinin kısa tutulması, birden fazla görev üstlenilmemesi, yasama ile yürütmenin birbirinden ayrılması gibi öneriler getirilir. Ama asıl önemli olan, halkın egemenliğin kullanımında aktif bir konum içinde bulunmasıdır. Bunun için ise, halkın belli kurallar içinde temsilcilerini denetleyebilmesi ve gerekli gördüğünde görevden alabilmesi gerekmektedir. Kısacası, Robespierre'in deyişiyle, "yöneten kişileri yargılamanın kamuoyunun [halkın] yetkisinde bulunduğu hiçbir zaman gözden kaçırılmamalı" ve bu doğrultuda temsile dayalı bir yönetim kurulmalıdır.”*

³⁸⁶ Schmitt, PDK, ss.52,53.

³⁸⁷ Caniklioğlu, ss.198-200.

(muhalafet) aracılığıyla gerçekleşir. Siyasal partiler esasen, “pozitif kamu hukukunun dışında” kamusal alanda kendiliğinden oluşan fikirlerin ürünü olarak varlık kazanmaktadırlar³⁸⁸. Kamusal alanda var oldukları için, içinden doğdukları politik toplulukların yahut toplumsal öznelerin de kendi içerisinde meşru bir temsilcisi sayılabilirler. Bu nedenle parlamentodaki görevleri bir yandan, temsil ettikleri azınlığın meşruiyet inancına uygun hareket etmektir³⁸⁹. Kapani’ye göre siyasal partilerin varlığı, demokratik bir düzende devlet iktidarının sınırlandırılması ve temel hakların korunması konusunda temel etkenlerden birini teşkil eder ki özellikle muhalafet partilerinin rolü, siyasal iktidarın kullanılmasını denetlemek ve meşruiyeti zedeleyici bir kullanım karşısında kamuoyunun dikkatini çekmek suretiyle siyasal iktidarı sınırlamaktır³⁹⁰.

Sonuç olarak siyasal katılım ve parlamentarizm, biri diğerine ön ayak olacak vaziyette iç içe geçmiş birer örgütlenme alanı olarak ifade edilebilmektedir. Heterojen toplumlar yalnızca kamusal müzakere yoluyla emredici olmayan fakat kabul edilmiş siyasal kararlara ulaşabilirler. Bu, bir yasama faaliyetinin yaygın meşruiyet inancı için de zorunlu bir süreç olmaktadır³⁹¹. Kamusal müzakere ve siyasal katılım bu nedenle, politik hayatı var eden kamuoyunun biçimlendiği süreç olarak son derece önemlidir. Parlamentarizm ise, demokratik meşruiyetin temel bir ilkesi olan halk egemenliğinin, somut düzenlemelerle etkinlik kazandığı bir kurumsal yapı olarak, kamuoyu, temsil ve dolayısıyla aleniyet prensiplerini ihtiva etmektedir. İster çoğulcu bir demokrasi anlayışıyla isterse de çoğunlukçu bir anlayışla olsun, parlamentarizm, kamuoyundaki meşruiyet algısı üzerinde etkili ve demokratik temsil için zorunlu bir kurum haline gelmektedir. Öte yandan parlamentonun çoğulcu yapısı, hukuk devletinde siyasal iktidarın sınırlandırılması işlevinin de önemli bir aracı konumuna gelmektedir. Temsil, aleniyet ilkesi ile birlikte, gerçek niteliğine kavuşmaktadır ve böylece, kamusal müzakere ve aleniyet prensibiyle işleyen parlamentarizm kurumunun, kamuoyu nezdinde demokratik meşruiyetin sürerliliğini sağlayan bir alan olarak varlık kazandığı ifade edilebilecektir.

³⁸⁸ Kapani, Kamu Hürriyetleri, s.273; Ayrıca bkz: Akad/ Dinçkol, s.348 vd.

³⁸⁹ Caniklioğlu, s.200.

³⁹⁰ Kapani, Kamu Hürriyetleri, s.274.

³⁹¹ Soysal, s.8; Sitembölükbaşı, s.158.

SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Anayasal demokrasinin meşruiyeti başlığı altına söylenebilecek şeyler şüphesiz ki sayısız varyasyonda toplanabilir, sayısız biçimde ele alınabilirdi, ancak bu çalışmada, anayasal demokrasinin bileşenleri ayrı ayrı irdelenerek meşruiyetin iki ana başlık altında incelenmesi, onun dayanakları ve araçlarının birbirinden ayrılması yöntemi tercih edilmiştir. Çalışmada yer yer modern devlet olarak anılan anayasal demokratik düzen, demokrasinin halk egemenliği prensibi ile liberalizmin sınırlı devlet amacına yönelmiş anayasal devlet modelinin bir birleşimi olarak açıklanmıştır. Burada bir devlet düzeninin henüz var olduğu noktada ortaya çıkan ve politik alanda belirip normatif düzeni var eden kurucu iktidarın, yani Schmittyen tabirle karar olarak anayasanın, doğrudan kendisinden kaynaklanan meşruiyeti ele alınarak liberalizme ve demokrasiye özgü iki ayrı meşruluk dayanağına yer verilmiş, daha sonra ise bir metin olarak anayasaya ve yine demokrasiye ait olan meşruluk araçları incelenmiştir.

Kavramlar, tarihsel süreç içerisinde zorunlu bir etkileşimle şekillenir ve kavramsal içerikler insan iradesiyle belirlenebilir değildir. Saussure'un dilbilim tezlerinden yararlanarak yaptığımız kavramsal analizler, dilin canlı bir organizma olarak toplumla etkileşim halinde sürekli bir değişim içerisinde olduğu, aynı zamanda da tercih edilmiş değil yalnızca zorunlu bir değişimin ürünü olduğu için insan iradesiyle değiştirilemez olduğu ilkeleri üzerinde şekillenmektedir. Toplum, bireysel seçimlerden farklı olarak, dinamik, insan iradesiyle doğrudan kontrol edilemez, canlı ve değişken bir yapıyı haizdir. Toplumu bir araya getiren ve aynı zamanda onu yönlendiren düşünce ve olaylar, dil yapısını da biçimlendirmektedir ki kelimeler ile karşıladıkları anlamlar, tarihsel akışın doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. O halde fikrimizce bir kavramın neyi ifade ettiği tespit edilmeden önce onun tarihsel süreç içerisindeki rolü ve geçirdiği süreçler titizlikle irdelenmeli ve karşıladığı anlam politik kaygılardan uzak olarak belirlenmelidir.

Tıpkı dilin zorunlu tarihsel süreçlerinde gözlemlendiği gibi, toplumun politik yapısı ve meşruiyet inancı da sürekli bir değişim halindedir. Burada yine Saussure'un daha önce yer verdiğimiz cümlesini anımsatmak isteriz: *“Bir toplumda benimsenmiş bir yasanın özgürce onanmış bir kural olmayıp zorunlu nitelik taşıdığı tanıtlanmak*

*istenirse, bunun bize en parlak kanıtını dil sunar.*³⁹²” Bu itibarla modern devletin meşruiyetini irdelerken, onu var eden tarihsel süreç ile politik birliğin ilkelerinin tespit edilmesi öncelikli bir hal almaktadır.

Meşruiyet inancı toplumun dinamik politik yapısı içerisinde gelişmekte ve politik birliğin kurucu eylemi ile somut varlık kazanmaktadır.

Arendt ve d’Entreves gibi kimi yazarlarca itaat etme iradesinin bir ölçütü, otoritenin en önemli belirtisi biçiminde tanımlanan meşruiyet, politik alanda ve toplumun dinamik yapısı içerisinde doğrudan şekillenen bir kavram olarak hukukun normatif alanından görece uzak kalmaktadır. Politik bir fikrin toplum içerisinde birlik olmayı başardığı ve kurucu iktidarın otoritesinin toplumun geneli tarafından tanındığı noktada karar ile normatif varlık kazanan anayasal düzen, halkın da en aktif ve en yoğun şekilde söz sahibi olabildiği biçimde şekillenmektedir.

Bir anayasanın normatif varlık kazanarak önceki anayasal düzeni bertaraf etmesi hukuki veya ahlaki gerekçelendirmelerle haklılaştırılmaya ihtiyaç duymayacaktır. Zira artık eski anayasal düzen, toplumsal ve politik dinamiklerle tümünden ortaya kalkmıştır ve anayasanın meşruiyetini bizzat anayasanın kendisi sağlamaktadır. Anayasa, öznesi halk olan politik kararın en gerçek, en temel sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anayasal demokrasinin meşruiyeti, kaynağını anayasal kararın iki önemli unsurundan almaktadır: Temel haklar ve egemenlik.

Anayasal demokrasi özelinde anayasal kararın anlamı, onu var eden kurucu ilkelerin bir birleşiminden meydana geldiğinden, burjuva ideolojisinin temel hak kavramı ve demokrasinin halk egemenliği ilkesinde karşılık bulmaktadır. Burjuva sınıfının monarka karşı talep ettiği yaşam, özgürlük ve mülkiyet haklarıyla başlayan ve nihayet burjuvazinin iktidarı ile sonuçlanan süreç anayasal demokrasinin de yapıtaşlarını oluşturur. İnsanın insan olmaktan kaynaklı temel hakları olduğu düşüncesinin rasyonel temelleri, burjuvazi ile tarih sahnesine çıktığı ve burjuva sınıfının savunucusu olan on sekizinci yüzyıl düşünürlerinin fikrîsel altyapısını oluşturduğundan, modern devletin temel haklarla sınırlandırılması düşüncesi de onun ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Bu nedenledir ki bugün normatif düzen neyi

³⁹² Saussure, s.115.

ifade ederse etsin, temel haklar düşüncesi, evrensel bir değer, bir meşruluk ölçütü olarak karşımıza dikilmektedir.

Temel şekliyle mutlak, sınırlanamaz, devredilemez en üstün iktidar olarak tanımlanabilen egemenlik kavramı ise anayasal demokrasi özelinde halk egemenliği prensibiyle karşımıza çıkmaktadır ki bu da anayasanın doğrudan halka ait olduğu, yasama gücünün onun elinde bulunduğu sonucunu doğurmaktadır. Demokratik egemenlik teorileri egemenin halk mı yoksa ulus mu olduğu sorusu üzerinde yoğunlaşsa da en azından söylem bakımından halk egemenliği ilkesini içermeyen olmayan bir demokrasi söylemiyle karşılaşmak çok da mümkün değildir.

Demokrasi, antik çağlardan itibaren demosun, yönetimde doğrudan söz sahibi olduğu Atina'da var olmuştur. Atina'da demos, Atinalı özgür erkek yurttaşları kapsayan bir halk meclisiydi ki burada kadınların ve özgür olmayanların yeri hiçbir zaman olmamıştı. Demosun ayırıcı özelliği ise ilk defa olarak yurttaşların kendi yönetiminde söz sahibi olduğu bir meclisin bulunmasıydı. Klasik demokrasiden sonra demokrasinin ilk meyveleri liberalizm fikri dünyası içerisinde verilmeye başlandığından ki bugün demokrasi sözcüğünün kimi zaman insan hakları, bireysel eşitlik, özgürlük ve adalet gibi taleplerle aynı anlamlara gelecek şekilde yahut bunları içerir şekilde kullanıldığı görülmektedir. Yine de anayasal demokrasinin demokrasi boyutu yalnızca hukuki bir eşitlik ihtiva etmekte ancak burjuva ideolojisiyle birleştiği noktada artık liberal ilkelerle bütünlük halinde ortak bir amaca, anayasanın meşruiyetine fayda sağlayacak biçimde şekillenmektedir. Nihayetinde modern devlette anayasanın meşruiyeti, hem halk egemenliğini hem de temel haklar fikrini içine alacak biçimde gelişmiştir.

Politik birliğin kurucu iradesi, ulus kavramıyla şekillenir.

Anayasal demokrasi, demokrasi kurumu ile örgütlenmiş ve liberal ideolojinin kurucu ilkelerini ihtiva eden bir sistem olarak, meşruiyet dayanağını onu var eden politik birliğin kararından almaktadır. Karar var olduğu anda politik olana içkin olan, anayasayı var eden biçim ve değerler somut düzeni oluşturmakta ve beraberinde normatif düzleme aktarılmaktadır. İşte bu ansal karar, politik birliğin iradesinin en canlı ve aktif şekilde söz sahibi olduğu, somut düzeni bizzat kendi iradesiyle var ettiği an olarak belirlemektedir ki anayasal demokraside bu kararın öznesi halk olarak pratik ifadesini bulmakta, politik birlik halkın içerisinde var olmaktadır.

Anayasamızın da kurucu ilkelerinden birini oluşturan ulus egemenliği, politik bir birlik ve bütünlük halini tanımlamak için kullanılır. Esasen *halk* kavramı, Schmitt'in tezlerinden dayanak alarak açıkladığımız biçimiyle, oylama ve onaylama yoluyla söz sahibi olan ancak içerisinde politik anlamda bir çoğunluk barındıran ve hiçbir zaman homojen haline gelmesi tasavvur edilemeyen bir yapı olarak karşımıza çıkmakta olduğu için, bunun karşısında kurucu iktidarı ve anayasal kararı var eden homojen birlik, *ulus* kavramında karşılık bulmaktadır. Özünde halk egemenliği söylemini içermeyen herhangi bir demokrasi tanımı yapabilmek zor olsa da pratikte ulus egemenliği, somut düzenin devamı bakımından son derece önemli bir kavramlaştırma olarak yer bulmaktadır.

Ulus egemenliği düşüncesi, her azınlığın çoğunluk olma hakkını demokratik meşruiyet içerisinde değerlendiren fikre karşı, anayasayı var eden politik birlik ve ideolojinin iradesinin, ona dahil olmayanlar yahut yeni bir politik birlik kendisini lağvedene kadar sonraki kuşaklar için de bağlayıcı olduğu savına dayanır. Dayanaklarını Rousseau'nun Toplumsal Sözleşmesinde bulan bu fikre göre artık tek tek bireylerin değil toplumun bir bütün olarak varlığı öncelendiği için bireysel özgürlükler karşısında da somut düzenin devamı gözetilmektedir. Ancak yine de meşruiyetin ve egemenliğin öznesi halktır; ulus, yalnızca anayasanın aktif belirleyeni olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anayasa, somut düzen ve hukuk düzeni olmak üzere iki ayrı boyutta varlık kazanmaktadır.

Anayasal düzenin somut düzen ve hukuk düzeni olmak üzere iki ayrı boyutundan bahsedilebilmektedir. Bunlardan ilki, onun politik olana içkin yanını karşılamak için kullanılırken ikincisi yani hukuk düzeni, normatif boyutu karşılamak üzere kullanılır. Ancak bu iki boyutun birbirinden bağımsız olduğunu ifade etmek mümkün değildir zira normatif düzenlemeler somut düzenle bütünlük sağlamadan hiçbir zaman hukuk düzeni olarak ifade edilemeyecektir. Çünkü hukuk düzeni bir bütün olarak meşru olarak kabul edilmeye muhtaçtır. Otorite ve adalet kavramları ile toplumsal ifadesini bulan bu genel kabule ihtiyaç olmadığını söylemek, bir normun sadece norm olarak tanındığı için geçerli olduğu sonucunu doğuracaktır ki bu da politik olanı tamamıyla göz ardı etmek anlamına gelmektedir.

*Meşruiyetin dayanakları politik alanda var olan bir toplumsal dinamiğe
aitken, meşruiyetin korunmasına özgülenmiş araçlar normatif düzlemde varlık
kazanmaktadır.*

Anayasal demokrasinin meşruiyetinin ne olduğuna yönelik iki kategori altında yanıt vermiştik: İlk olarak anayasanın doğrudan kendisinden kaynaklanan meşruiyet dayanakları, ikinci olarak ise hukuk düzeni olarak var olan meşruiyet araçları. Demokratik düzeni var eden toplumsal yapıda egemenin doğrudan halkın kendisinden kaynaklandığı fikri ve sınırlı devlet amacına yönelmiş temel haklar düşüncesi hukuk düzeni içerisinde de var olanı korumak için benzer biçimde örgütlenmiştir. Kimi yazarlar tarafından hukuk devleti, anayasa metni, siyasal katılım gibi kurumlar meşruiyet dayanakları olarak ifade edilse de kanaatimizce meşru olarak varlık kazanan anayasayı koruma ve sürdürme amacına yönelmiş bu kurumlar yalnızca meşruiyetin birer araçları olarak tanımlanmalıdır.

Anayasanın meşruiyetinin bizzat anayasanın kendisinden kaynaklandığına ilişkin görüşümüzün yanı sıra normatif düzlemde tanınan devletin biçimi ve türü ile ilgili olan meşruiyet araçlarının varlığından da bahsedilmelidir ki bunlar somut düzeni önceleyen kurumlardır. Otoritenin yani itaat etme yükümlülüğünün zor kullanmadan kabulü sonucunu doğuran meşruiyet inancının toplumsal yapı içerisinde devamı, iki önemli noktada toplanmaktadır. Bunların ilki anayasanın bertaraf edilmesi sonucunu doğurabilecek yeni politik birliklerin kurucu eylemlerinin normatif düzlemde engellenmesi, ikincisi ise öznesi halk olan demokratik düzenin, halk egemenliği ilkesinin devam ettirilmesidir.

Liberal anayasacılık ve beraberinde gelişen hukuk devleti kavramları, siyasal iktidarın sınırlandırılmasının, temel hakların güvence altına alınmasının ve aynı zamanda somut düzenin normatif yanının garantisini anlatan, bir takım ilkelerle donatılmış kavramlardır ki bunların literatürde kimi zaman birbirinin yerine geçer şekilde kullanıldığı da görülmektedir. Hukuk devleti kavramı, farklı hukuk sistemlerinde farklı ilkesel özellikler barındırsa da özünde biçimsel, öngörülebilir, bireyci, eşitlikçi ve usulüne uygun olarak yasalaşmış hukuk düzenini, siyasal iktidarın hukukla bağlı olması idealini içerir. Bu kavram aslında bir ideal olarak önümüzde dursa da pozitif düzlemde bulunduğu karşılığın en önemli işlevi, burjuva

temel haklarını güvence altına alması, yani kurucu ilkelerin pozitif güvencesini oluşturmaktadır.

Anayasa metni ve anayasacılık kavramları ise anayasal devlet, yani sınırlı devlet amacına yönelmiş bir dizi ilkeyi kapsamaktadır. Anayasa metnine ilişkin meşruiyet araçların, hukuk devleti idealine yönelik ilkelerin maddi anlamda anayasal normlara ait olması nedeniyle, onunla kesişen alanının oldukça fazla olduğu ifade edilebilir. Öte yandan anayasa metninde öngörülmüş anayasaların katılığını sağlayan düzenlemelerin, anayasa yargısının ve yetki kurallarının da anayasanın korunmasına özgülenmiş kurumlar ve düzenlemeler olarak tespiti mümkündür.

Somut düzenin varoluşsal olan, inkar edilemez politik alanının, değişken olan politik yapıdan sıyrılarak pozitif hukukta varlık kazanması, onun tarafsızlığının ilanı bakımından da son derece önemlidir. Zira *“karşıtını siyasal, kendisini ise apolitik (burada kastedilen bilimsel, adil nesnel, tarafsız, vs.dir) olarak nitelemek, siyaset yapmanın tipik ve özellikle yoğun bir türüdür³⁹³”*. Burjuva hukuk devleti, egemen iradenin yerine yasama kavramını koyarak işte bu politik varlığın söz sahipliğinden sıyrılmayı hedeflemektedir. Ancak yasanın da temelinde politik bir kararın yattığı hiçbir zaman yadsınmayacaktır.

Meşruiyet inancının egemenlik ilkesinin bir sonucu olarak demokratik örgütlenme biçimiyle varlık kazanmış meşruiyet araçlarının en yoğun etkileşim ürünü kamuoyudur ki nitekim kamuoyunun belirlenmesi ve yönlendirilmesi, somut düzenin devamı bakımından hayati bir önem taşımaktadır. Anayasal demokrasinin demokratik prensipleri ile örgütlenen siyasal katılım ve parlamentarizm iki önemli basamakla şekillenmektedir: Kamuoyunun aktif söz sahibi olması, yasama faaliyetlerinin aleniliği. İşte bu iki önemli unsur, toplumsal dinamiklerde oluşan meşruiyet inancının bir körükleyicisi konumundadır. Kamuoyu, politik bilincin olduğu alandır ki gerçekte niteliği yalnızca bir çoğunluk düşüncesinden ibaret değildir. Nitekim sayıca az dahi olsa amaca yönelik, iyi örgütlenmiş grupların politikalarının etkin ve yaygın bir şekilde karşılık bulması, alkışlanma veya onaylanma yoluyla mümkündür. Bu durumda kamuoyu, yeni politik birliklerin oluşma ihtimalini de taşımaktadır. İşte bu nedenle siyasal iktidarın politikalarının haklılaştırılması ve kamuoyunun onayını kazanması, meşruiyet inancının devamı

³⁹³ Schmitt, Siyasal Kavramı, s.50.

bakımından büyük öneme sahiptir. Nihayetinde kamuoyu ve temsilin demokratik örgütlenme biçimi çift yönlü bir amaca hizmet etmektedir: Egemenlik ilkesinin en pratik biçimde hayata geçirilmesi yoluyla meşruiyetin devamı ve sınırlandırılmış iktidar düşüncesi ile somut düzenin devamı.

Kamuoyu ve siyasal katılım, toplumsal etkileşim alanları ne derece çeşitli ve karmaşık yapıda olursa olsun, anayasal düzende, halkın iradesinin temsilci seçme ve oylama yoluyla en etkin biçimde varlık kazandığı anı oluşturmaktadır. Kamuoyunun söz sahibi olmasının ikinci basamağı olarak temsil yani parlamentarizm kurumunun örgütlenmesi ise aleniyet ve kamusal müzakere prensipleri ile meşru yasama faaliyeti yaratma amacına örgütlenmiştir. Temsilci seçme vasıtası ile parlamentoya aktarılan kamusal alana ait fikirler aleniyet prensibi ile yasama eylemine aktarılır. Temsilci seçmenin halk egemenliği ilkesinin uygulanmasını sağlamadığına yönelik görüşler bulunmasına rağmen parlamento, siyasal partiler, gruplar, azınlığın temsil edilmesi vb. şekillerde siyasal iktidarın sınırlandırılması ilkesinin önemli bir basamağını oluşturmaktadır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Ağaoğulları, Mehmet Ali. **Kent Devletinden İmparatorluğa**, İmge Kitapevi, 5. Baskı, Ankara, 2009.

Ağaoğulları Mehmet Ali, Duygu Türk, Ayhan Yalçınkaya, Zafer Yılmaz, Filiz Zabcı. **Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasi Düşünceler**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015.

Aiskhylos. **Zincire Vurulmuş Prometheus**, Çev. Azra Erhat/Sabahattin Eyüboğlu, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2014.

Akad, Mehmet ve Bihterin Vural Dinçkol. **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2009.

Arendt, Hannah. **Şiddet Üzerine**, çev. Bülent Peker, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.

Aristoteles. **Politika**, çev. Furkan Akderin, Say Yayınları, İstanbul, 2017.

Bezci, Bünyamin. **Carl Schmitt'in Politik Felsefesi-Modern Devletin Müdafaası**, Paradigma Yayıncılık, İstanbul, 2006.

Bilen, Osman. **Çağdaş Yorum Bilim Kuramı-Felsefi ve Eleştirel Hermeneutik**, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2016.

Bodin, Jean. **Six Books of the Commonwealth** (Abridged Edition), çev. M. J. Tooley, Oxford: Basil Blackwell, New York, 1955.

Caniklioğlu, Meltem Dikmen. **Anayasal Devlette Meşruiyet**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

Cicero. **Yasalar Üzerine**, çev. Cengiz Çevik, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017.

Çolak Ali ve Kasım Erdem. **Çeşitli Ülke Anayasalarında Anayasa Değişikliklerini Sınırlandıran Hükümler**, TBMM Araştırma Merkezi, Ankara, 2011.

d'Entreves, Alexander Passerin. **The Notion of The State- An Intoduction to Political Theory**, Oxford University Press, London, 1969.

Doehring, Karl. **Genel Devlet Kuramı**, Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2018.

Erdoğan, Mustafa. **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017.

Gören, Zafer. **Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

Gözler, Kemal. **Anayasa Hukukuna Giriş**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2004.

Gözler, Kemal. **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Ekin Kitabevi, Bursa, 1999.

Gözler, Kemal. **Kurucu İktidar**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 1998.

Gözler, Kemal. **Türk Anayasaları**, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1999.

Habermas, Jürgen. **Kamusallığın Yapısal Dönüşümü**, çev. Tanıl Bora/Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018.

Hayek, Friedrich A. **Hukuk, Yasama ve Özgürlük-Kurallar ve Düzen**, çev. Atilla Yayla, İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1996.

Hirst, John. **Kısa Avrupa Tarihi**, çev. Mihriban Doğan, Say Yayınları, İstanbul, 2011.

Hobbes, Thomas. **Leviathan**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2012.

Jellinek, George. **İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi Üzerine-Modern Anayasa Tarihine Bir Katkı**, çev. Rezzan İtişgen Dülger/Muzaffer Dülger, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Kapani, Münci. **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

Kapani, Münci. **Politika Bilimine Giriş**, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2011.

Kelsen, Hans. **Saf Hukuk Kuramı**, çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, İstanbul, 2016.

Kili, Suna ve Şeref Gözübüyük. **Türk Anayasa Metinleri**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2000.

Lenin, Vladimir İliç. **Demokratik Devrimde Sosyal Demokrasinin İki Taktiği**, çev. Muzaffer Erdost, Sol Yayınları, Ankara, 2007.

Locke, John. **Hükümet Üzerine Birinci İnceleme**, çev. Fahri Bakırcı, Kırilangıç Kitabevi, Ankara, 2007.

Magna Charta, çev. Çiğdem Dürüşken, Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 2009.

Marx, Karl. **Hayalet-Seçme Yazılar**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2017.

Montaigne, **Denemeler** (Ed: Sebahattin Eyüboğlu), İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2010.

Musulini, Janko(Der). **Hürriyet Bildirgeleri-Magna Charta'dan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne**, çev. Necmi Zeka, Belge Yayınları, İstanbul, 1983.

Ninet, Antony Abat i. **Constitutional Violence- Legitimacy, Democracy and Human Rights**, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2013.

Poggi, Gianfranco. **Modern Devletin Gelişimi-Sosyolojik Bir Yaklaşım**, çev. Şule Kut- Binnaz Toprak, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016.

Rousseau, Jean Jacques. **Toplumsal Sözleşme**, İdea Yayınları, İstanbul, 2011.

Saussure, Ferdinand de. **Genel Dilbilim Dersleri**, çev. Berke Vardar, Multilingual, İstanbul, 2001.

Schmitt, Carl. **Constitutional Theory**, Duke University Press, London, 2008.

Schmitt, Carl. **Kanunilik ve Meşruiyet**, çev. Mehmet Cemil Ozansü, İthaki Yayınları, İstanbul, 2018.

Schmitt, Carl. **Parlamentar Demokrasinin Krizi**, çev. A. Emre Zeybekoğlu, 4. Baskı, Dost Kitabevi, Ankara 2017, (PDK).

Schmitt, Carl. **Siyasal Kavramı**, çev. Ece Göztepe, Metis Yayınları, İstanbul, 2014.

Schmitt, Carl. **Siyasi İlahiyat- Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm**, çev. A. Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi, Ankara, 2016.

Sophokles, **Kral Oidipus**, çev. Bedrettin Tuncel, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2018.

Soysal, Mümtaz. **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1979.

Osmanlıca Türkçe Sözlük, 8. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2009.

Strauss, Leo. **Doğal Hak ve Tarih**, çev. Murat Erşen/Petek Onur, Say Yayınları, İstanbul, 2011.

Topuzkanamış, Şafak Evran. **Halka Ait Anayasacılık**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Touchard, Jean. **Siyasal Düşünceler Tarihi**, çev. İsmail Yerguz, Işık Yayınları, İstanbul, 2015.

Weber, Max. **Economy and Society An Outline of Interpretive Sociology**- 2 volume set, tr. Ephraim Fischhoff et al, University of California Press, Berkeley, (Economy and Society), 1978.

Weber, Max. **The Theory of Social and Economic Organization**, Oxford University Press, New York, 1947.

Makale ve Tezler

Akkoç, Aslıhan. “Yunan Demokrasisinin Kavramsal Yönü Ve Toplumsal Arka Planı”, **Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt: 16, Sayı 1, 2014, ss. 31-42.

Albayrak, Gökhan. “Uluslararası Hukukta Küresel Anayasacılık Tartışması”, **TBB Dergisi**, Sayı:113, 2014, ss.19-40.

Alf Ross, “On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law”, **Mind**, Vol:78, No:309, 1969, pp.1-24.

Atay, Ender Ethem. “Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XII, Sayı: 1-2, 2008, ss.503-549.

Aydınlı, Halil İbrahim ve Veysel Ayhan. “Egemenlik Kavramının Tarihsel Gelişimi Perspektifinden İktidarın Sınırlandırılması Tartışması”,**C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, Cilt:5, Sayı:1, ss.67-84.

Bezci, Bünyamin. “Modern Türkiye’de Meşruiyetin Politik İçeriği: Schmittyen Bir Değerlendirme”, **Finans Politik& Ekonomik Yorumlar Dergisi**, Cilt: 44, Sayı:508, 2007, ss.5-13.

Coşgun, Uygur. “Dünden Bugüne Anayasacılık”, **Hukuk Gündemi Dergisi**, Sayı:9, 2008, s.95-102.

Çetin, Halis. “Siyasetin Evrensel Sorunu İktidarın Meşruiyeti-Meşruiyetin İktidarı”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt:58, Sayı:3, 2003, ss.61-88.

Demir, Hasan. **Demokrasi Düşüncesinin Gelişimi Bağlamında Demokrasi Ve Demokrasi Karşıtı Görüşler: Giovanni Sartori ve Carl Schmitt**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013.

Dicey, Albert V. “Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar”, **Hukuk Devleti-Hukuki bir İlke Siyasi Bir İdeal**, (Ed: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük), Adres Yayınları, Ankara, 2008, ss.21-38.

Demirkent, Dinçer. “Anayasal Kuruluş Konusunda Kapanmayacak Tartışma: Hannah Arendt ve Carl Schmitt’te Kurucu İktidar Sorunu”, **Mülkiye Dergisi**, Sayı: 39, 2015, ss.89-122.

Dinçkol, Bihterin. Atina Demokrasisinden Roma Cumhuriyetine - "Demos"tan "Populus Romanus"a”, **MÜHF - HAD, Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU'na Armağan**, s.751-765.

Freeman, Samuel. “Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review”, **Law and Philosophy**, Vol:9, No:4, 1990 - 1991, pp.327-370.

Gönenç, Levent. “Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:50, Sayı:1, 2001, ss.131-152.

Gözler, Kemal. “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt:61, S:3, 2006, ss.131-166.

Göztepe, Ece. “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt’in Anayasa Öğretisi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 123, Sayı:1, 2015, ss.129-180.

Karaca, Sinan. Thomas Hobbes ve Jean Jacques Rousseau’da Meşruiyet ve Kamusal Alan, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2019.

Karatoprak, Halil İbrahim. “John Locke’ta Siyasal Meşruiyet”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2011.

Kılınç, Bahadır. “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C:25, 2008, ss.19-59.

Küçük, Adnan. “Egemenlik (Hakimiyet), Halk Egemenliği ve Milli Egemenlik Tartışmaları ve Egemenlik Anlayışında Esaslı Dönüşüm”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S:6, 2015, ss.311 – 361.

Küçük, Adnan. “Hukuk Devleti, Demokrasi ve Temel Hak ve Hürriyetlerin Güvencelenmesi”, Liberal Düşünce, Sayı 35, (Hukuk Devleti), <http://www.liberal.org.tr/sayfa/hukuk-devleti-demokrasi-ve-temel-hak-ve-hurriyetlerin-guvencelenmesi-adnan-kucuk,223.php>, 25.01.2019.

Neuman, Gerald L. “Amerika’da Anayasal bir Kavram Olarak Rule of Law ve Alman Anayasasının Rechtsstaat İlkesi” , **Hukuk Devleti-Hukuki bir İlke Siyasi Bir İdeal**, (Ed: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük), Adres Yayınları, Ankara 2008, ss.554-574.

Ok, Ahmet Şenol. Eski Çağlardan Günümüze Siyasal Meşruiyet Kavramı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Muğla, 2017, (Meşruiyet).

Ok, Ahmet Şenol. “Weber’de Otorite ve Meşruiyet Tipolojisi”, **Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 8, 2017, (Weber’de Meşruiyet), ss.42-54.

Rosenfeld, Michel. “Hukuk Devleti ve Anayasal Demokrasinin Meşruiyeti”, **Hukuk Devleti-Hukuki bir İlke Siyasi Bir İdeal**, (Ed: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük), Adres Yayınları, Ankara, 2008, ss.211-255.

Sancar, Mithat. “Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı Güvencesi mi?”, **Demokrasi ve Yargı Sempozyumu**, (Ed. Ozan Ergül), (Anayasal Demokrasi), ss.44-57.

Sancar, Mithat. “Değişen Egemenlik Sürecinde Meşruiyet Sorunu ve Anayasal Düzen”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C:19, S:1, 2003, (Meşruiyet), ss.1-11.

Sitembölükbaşı, Şaban. “Demokratik Meşruiyetin Küresel Egemenliği”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, Cilt:5, Sayı:1, 2000, ss.141-162.

Turhan, Mehmet. “Anayasa Hukukunda “Yalancı”: AlfRoss Paradoksu”, "**Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - V" Sempozyum İstanbul Barosu - HFSA Bildiriler-1**, 25. Kitap, İstanbul, 2012, ss.29-54.

Turinay, Faruk Y. “Bir Kelime Olarak ‘Anayasa’nın Tarihsel Yolculuğu Üzerine Düşünceler”, **TBB Dergisi**, 2011, ss.269-312.

Tögel, Akif. “Dünya Anayasalarında Değiştirilemez Maddeler ve Türkiye’nin Yeni Anayasası İçin Öneriler”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:7, Sayı:27, 2009, ss.757-792.

Türkoğlu, Seçkin. Antik Yunan Kamu Hukukunun Şekillenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020.

Uzun, Ertuğrul. Hukukun Göstergebilimsel Analizi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2006.

Yıldız, Mesut “Devlet ve Hukuk Bağlamında Hobbes, Rousseau ve Kant’ta Özgürlük Sorunu”, **Kaygı Dergisi**, Sayı:2, 2002, ss.45-49.

Yükselbaba, Ülker. “Habermas’ın Prosedüral Hukuk Paradigması, Haklar Sistemi ve Hukuk Devleti”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:66, Sayı:1, 2008, ss.221-252.

Çevrimiçi Kaynaklar

sozluk.gov.tr, (09.04.2019).

hukukbook.com, (08.04.2018).

www.britannica.com, (20.06.2020).

