

Asli Kurucu İktidar ve Tali Kurucu İktidar

Kurucu iktidar, bir devletin temel siyasal yapısını, yaptığı ya da değiştirdiği anayasa ile belirleyen iktidardır. Kurulmuş iktidar, kurucu iktidarın anayasa ile çizdiği sınırlar içinde kalarak, devletin yasama, yürütme ve yargı yetkilerini kullanan iktidardır.

İki tür kurucu iktidardan söz edilebilir: Asli kurucu iktidar ve tali (türevsel) kurucu iktidar.

Asli kurucu iktidar, kendisini bağlayan hiçbir pozitif hukuk kuralı olmaksızın sınırsız bir biçimde o ülke devletinin temel siyasal yapısını belirleyen iktidardır.

Asli kurucu iktidarın ayırt edici özelliği, onun ortaya çıkış biçimi değil, yeni anayasa meydana getirirken herhangi bir pozitif hukuk normu ile bağlı olmamasıdır.

Tali kurucu iktidar, bir ülkenin anayasasını, yine o anayasada belirtilen usul ve kurallara bağlı kalarak değiştiren iktidardır. Burada her şeyden önce, bir anayasanın tümünden yeniden yaratılması değil, mevcut bir anayasanın bazı hükümlerinin değiştirilmesi söz konusudur.

Hemen bütün yazılı anayasalar, değiştirilmelerine ilişkin usulleri kendileri belirlemişlerdir.

Türk Anayasalarında Anayasayı Değiştirme Sorunu

Türk Anayasaları, 1876 Kânûn-i Esasi'den bu yana sert anayasa sistemini benimsemişlerdir.

Osmanlı-Türk Anayasa tarihindeki tek yumuşak anayasa olarak nitelendirilen 1921 Anayasası'ndan sonraki tüm anayasalarda, değiştirme sorununa ilişkin özel düzenlemeler getirilmiştir. 1982 Anayasası, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun denetiminin sadece şekil açısından mümkün olduğu görüşünü benimsemiştir.

Cumhuriyetin ilk anayasası olan 1924 Anayasası, anayasa değişikliklerinin TBMM üye tam sayısının üçte biri tarafından teklif ve gene TBMM'nin tam sayısının üçte ikisi tarafından kabul edilebileceğini öngörmüştür (m.102).

1961 Anayasası'na göre (m.155) "Anayasanın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir."

1982 Anayasası'nın 17.5.1987 tarihli tadilinden önceki çözüm tarzı ise 1924 ve 1961 Anayasa'sındaki teklif ve karar yeter sayılarını aynen muhafaza etmekle birlikte, bu anayasalarda mevcut olmayan bir onay safhası öngörmüştür. Bu safhada onay yetkisi cumhurbaşkanı ile halk arasında paylaşılmaktaydı.

Anayasa'da 17.5.1987 tarihli ve 3361 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik ise anayasanın değiştirilmesi usulünü büyük çapta tâdil etmiş bulunmaktadır. 3361 sayılı

Kanun'la yapılan bu değişiklikte oldukça karışık hâle gelmiş bulunan anayasanın değiştirilmesi usulünü, teklif, görüşme, karar ve *onay* safhalarına ayırmak mümkündür. 3361 sayılı Kanun, teklif usulünde bir değişiklik getirmemiştir.

175. maddenin 3361 sayılı Kanun'la değişik ikinci fıkrasına göre, anayasa değişikliklerine ilişkin tekliflerin görüşülmesi, bu maddedeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi hakkındaki hükümlere tâbidir. Aynı maddenin birinci fıkrasında ise anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin Genel Kurul'da iki defa görüşüleceği belirtilmiştir.

Anayasada 3361 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikte ortaya, üye tamsayısının beşte üçü ve üçte ikisi olmak üzere, iki değişik karar yeter sayısı çıkarmıştır. Başka bir yenilik de oylamanın gizli olması zorunluluğudur.

Anayasanın 3361 sayılı Kanun'la değişik 175. Maddesi, Anayasa'nın ilk metninde olduğu gibi, anayasa değişikliklerini onaylama yetkisini Cumhurbaşkanı ile halk arasında paylaşmaktadır.

1982 Anayasası'nın sertlik eğilimi, anayasanın değiştirilmesi hiç mümkün olmayan hükümlerine ilişkin düzenlemede de kendisini göstermektedir. 1982 Anayasası değişmez hükümlerin kapsamını hayli genişletmiştir.

Anayasa Değişikliklerinin Denetimi

Anayasa değişikliklerinin anayasa uygunluğunun denetimi, şekil ve esas olmak üzere iki düzeyde söz konusu olabilir. Anayasa değişikliklerinin anayasa uygunluğunun şekil yönünden denetimi, bu değişikliklerin anayasada öngörülen usul ve şekil kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmadıklarının incelenmesini içerir.

Anayasa'da belirtilen usul ve şekil kurallarına göre gerçekleştirilmiş bir anayasa değişikliği, geçerli bir anayasa normudur. Bu niteliği ile mevcut anayasa sisteminin diğer normlarıyla eşit değerde bir norm hâline gelmiştir. Bu açıdan usulüne uygun olarak meydana getirilmiş bir anayasa normunun, kendisiyle eşdeğerli olan başka bir anayasa normuna uygun olup olmadığını denetlemek, mantıken mümkün görünmemektedir. 1982 Anayasası da, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun denetiminin sadece şekil açısından mümkün olduğu görüşünü benimsemiştir.

Kuvvetler Ayrılığı ve Fonksiyonlar Ayrılığı

Kuvvetler veya iktidarların ayrılığı deyimi kullanılırken kastedilen ve pozitif hukuku verilerine göre kastedilmesi gereken, gerçekte fonksiyonlar ayrılığıdır. Devlet iktidarının çeşitli fonksiyonlarının, aralarında bir işbirliği mevcut bulunan değişik organlarca yerine getirilmesidir.

Devletin hukuki fonksiyonlarının, yasama, yürütme ve yargı olarak üçe ayrıldığı, kamu hukuku doktrininde ve pozitif anayasa hukukunda hemen hemen tartışmasız kabul edilmektedir. Bu üçlü ayırımın hangi kritere dayandığı ile ilgili iki ana görüş bulunmaktadır: Maddi

kritere dayanan görüşler ve organik kritere dayanan görüşler.

Devletin Hukuki Fonksiyonlarının Maddi Bakımdan Tasnifi

Maddi kriterlere göre yasama fonksiyonu, kural koymak, yani genel, sürekli, objektif ve kişisel olmayan işlemler yapmaktır. Buna karşılık yürütme veya idare fonksiyonuyla devlet, bir subjektif hukuki durum doğuracak veya bir objektif hukuki durumun şartını meydana getirecek bir irade açıklamasında bulunur.

Maddi kriter taraftarlarına göre, yasama ve yürütme işlemleri arasında, maddi mahiyetleri bakımından açık ve kesin bir fark vardır. Yargı işlemlerine gelince, bu işlemlerin de bir hukuki uyumsuzluğu çözen işlemler olmak itibarı ile yasama ve yürütme işlemlerinden ayrı, kendilerine özgü bir bünyeye sahip oldukları ileri sürülmektedir.

Devlet Fonksiyonlarının Şekli ve Organik Bakımdan Tasnifi

Bu görüş, devletin fonksiyonlarını ve bu fonksiyonların ifa aracı olan hukuki işlemleri yapan organa ve yapılış şekillerine göre tasnif etmektedir. Şekli anlamda fonksiyonlardan, Devletin üç çeşit organı tarafından ve bu organlardan her birine özgü biçimde yerine getirilen çeşitli faaliyetleri anlamak gerekir; burada fonksiyonu belirleyen, onu icra eden ajan ve icra ediliş biçimidir.

Türkiye’de 1924 ve 1961 Anayasası’nda Kuvvetler (Fonksiyonlar) Ayrılığı

Türkiye’de 1924 Anayasası’nın kuvvetler birliği ve görevler (fonksiyonlar) ayrılığı, 1961 Anayasası’nın ise yumuşak kuvvetler ayrılığı sistemini kabul ettiği, bu açıdan iki anayasa arasında önemli farklar olduğu görüşü yaygındır.

Kuvvetlerin (veya fonksiyonların) birliği ya da ayrılığı, organlar arasındaki ilişkileri veya karşılıklı etkileşim araçlarını değil, hangi organın ne tür hukuki işlemler yapabileceğini ilgilendirir. Eğer yasama ve yürütme fonksiyonları şu veya bu biçimde birbirinden ayrılmış ve farklı organlara verilmişse; iki organ arasındaki karşılıklı etkileşim araçları ne şekilde düzenlenmiş olursa olsun, fonksiyonlar ayrılığı var demektir.

1924 ve 1961 Anayasası’nın yasama ve yürütme yetkilerini bölüştürme şekilleri arasında birincisinin kuvvetler birliği formülüne rağmen, hiçbir fark yoktur. Her iki halde de yürütme yetkisi Cumhurbaşkanı ve onun tayin edeceği Bakanlar Kurulu tarafından kullanılmaktadır.

Yasama ve yürütme fonksiyonlarının ayrılığı konusunda 1924 ve 1961 Anayasası’nın kabul etmiş oldukları sistemden önemli bir sapma, 1971 Anayasa değişikliği ile Bakanlar Kurulu’na KHK çıkarma yetkisinin verilmiş olmasıdır.

1982 Anayasası’nda Kuvvetler (Fonksiyonlar) Ayrılığı

1961 Anayasası’nda yürütmenin sadece bir görev olarak nitelendirilmiş olmasına karşılık, 1982 Anayasası yürütmeyi bir yetki ve görev olarak nitelendirmektedir.

Bizce, 1982 Anayasası’nda yürütmenin aynı zamanda bir yetki olarak nitelendirilişinin gerçek önemi, sıkıyönetim ve olağanüstü hâl KHK’leriyle Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde kendisini göstermektedir.

Yasama Fonksiyonu

1982 Anayasası da yasama yetkisinin TBMM’ye ait olduğunu ve bu yetkinin devredilemeyeceğini belirtmiş, fakat yasama yetkisinin ne olduğunu tanımlamamıştır. Yasama yetkisini, TBMM’nin kanun yapma ve parlamento kararları alma yetkisi olarak tanımlayabiliriz.

1961 ve 1982 Anayasası’na göre, maddi anlamda kanunların yanında şekli anlamda kanunlar da vardır. Diğer bir deyişle, kural işlem olmadığı, bir objektif hukuk kuralı koymadığı hâlde, kanun adını taşıyan, maddi kanunlarla aynı usuller içerisinde yapılan, aynı hukuki güce sahip olan ve aynı yargısal denetim rejimine tâbi bulunan birçok işlem mevcuttur.

Yasama yetkisinin genelliği, anayasaya aykırı olmamak kaydıyla her konunun yasama organınca dilenilen ölçüde ayrıntılı olarak düzenlenmesini ifade eder. Yasama yetkisinin genelliği, aynı zamanda, yasama organının bir konuyu dilediği ölçüde ayrıntılı olarak düzenleyebileceği anlamına da gelir.

Yasama yetkisinin ilköllüğü (asliliği), yasama organının bir konuyu araya başka işlem girmeksizin düzenlemesidir.

Anayasamızın 7. Maddesi “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi’nindir. Bu yetki devredilemez.” kuralını koymaktadır. Bu madde ile yasaklanmış olan, her şeyden önce, kanun adı altında veya bu adı taşımasa bile kanunla eşdeğerde ya da kanun gücüne sahip hukuki işlemler yapma yetkisinin devredilmesidir.

Yasama İşlemleri

Türk hukukunda kanunun maddi anlamda değil, ancak şekli anlamda tanımlanabileceği, yasama yetkisinin de genel ve sınırsız olduğu belirtilmiştir. Bu iki ilke, kanunun ne konusu ne de hukuki mahiyeti açısından tanımlanmasının mümkün olduğunu ortaya koymaktadır.

Anayasamız, kanun biçiminde yapılan bazı yasama işlemlerini, taşıdıkları özel nitelikler sebebiyle, özel bir görüşülme usulüne, hatta özel bir hukuki statüye tâbi tutmuştur. Bunlar, bütçe ve kesin hesap kanunları ile milletlerarası anlaşmaların uygun bulunması hakkındaki kanunlardır.

Yasama meclislerinin hukuki işlemleri, kanunlar ve parlamento kararları olmak üzere ikiye ayrılır. Parlamento

kararları, TBMM'nin kanun dışındaki bütün işlemleridir. Parlamento kararlarının konu yönünden çok çeşitli oluşları, bunların tam bir tasnifinin yapılmasını da güçleştirmektedir.

Yasama meclislerinin iç örgütlenişlerine ve çalışmalarına ilişkin kararlar parlamento kararlarının önemli bir bölümünü oluşturur. Parlamento kararlarının ikinci bir bölümü, yasama meclisinin yürütme organı ile olan ilişkilerini ilgilendirir.

İçtüzük, yasama meclislerinin kendi iç çalışmalarını düzenlemek amacıyla oluşturdukları kurallar bütünüdür. İçtüzükler, tüzüklerden yetki, konu ve usul unsurları bakımından tamamen farklıdır. Öte yandan içtüzükler kanun da değildir.

Yürütme Fonksiyonu

Türkiye'de yürütme fonksiyonu, özel, somut, bireysel işlemler yapmaktan ibaret sayılmaz. Yürütme fonksiyonu kavramına bu tür işlemler kadar, düzenleyici veya kural koyucu işlemler yapmak da girer.

Anayasa'nın 8. Maddesine göre "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir. Anayasa, yürütmenin düzenleyici işlemlerini, KHK, tüzük, yönetmelik ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olarak belirlemiştir.

Kanun Hükmünde Kararnameler: Kanun Hükmünde Kararname, TBMM'ce çıkarılan yetki kanununa dayanılarak, Bakanlar Kurulu'nun yürürlükteki kanunları değiştirebilecek veya kaldıracabilecek güçte düzenlemelerde bulunabilmesidir. KHK çıkarma yetkisi Bakanlar Kurulu'nundur. KHK'nin konusu, genel çerçevesi itibarıyla, yetki kanununda belirlenir. Yetki kanunu, KHK'nin amacını, kapsamını ve ilkelerini göstermek zorunda olduğuna göre yetki, somutlaştırılmış, belli bir alanda tanınmış olmaktadır. Usul ve şekil unsuru bakımından KHK'ler, Bakanlar Kurulu'nun diğer kararnamelerinden farksızdır. 1961 ve 1982 Anayasası'na göre Anayasa Mahkemesi, KHK'lerin Anayasa'ya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler.

Sıkıyönetim ve Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnameleri: 1982 Anayasası, 1961 Anayasası'nın aksine, ancak sıkıyönetim halinde veya olağanüstü hallerde çıkarılabilen ve olağan KHK'lerden farklarla ayrılan kendine özgü bir KHK türüne yer vermiştir. Bu KHK'ler, olağan KHK'lerden yetki, konu ve denetim bakımından farklılık göstermektedir. Sıkıyönetim ve olağanüstü hâl KHK'leri Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılır. Sıkıyönetim ve olağanüstü hâl KHK'leri olağan KHK'ler bakımından Anayasa'da yer alan konu sınırlandırmalarına tâbi değildir. Ayrıca Olağanüstü hallerde, sıkı-yönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından

Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmaz.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi: Anayasa'nın 107. maddesine göre, "Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir". Bu kararnameler de, sıkıyönetim ve olağanüstü hâl KHK'leri gibi kanundan değil, doğrudan doğruya anayasadan kaynaklanan, yürütmenin asli düzenleme yetkisine dayanan işlemlerdir.

Tüzükler: Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay'ın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir. Tüzükler, Cumhurbaşkanı'na imzalanır ve kanunlar gibi yayımlanır. Usul ve şekil unsuru bakımından tüzükleri, idarenin diğer düzenleyici işlemlerinden ayırdeden temel özellik, bunların Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesi şartıdır.

Yönetmelik: Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabilirler. Hangi yönetmeliklerin Resmî Gazete'de yayımlanacağı kanunda belirtilir.