

# Yeni Anayasa ve Kuruculuk Tartışması: Bizim Sorunumuz Ne?

Doç. Dr. Murat Sevinç

## **Not:**

*Kamu Hukukçuları Platformu'nun 29-30 Nisan 2017 tarihlerinde İstanbul'da gerçekleştireceği "Kamu Hukukunun Dönüşümü" konulu 6. toplantısında sunulmak üzere hazırlanan bu bildiri nihai metin değildir. Yazar tarafından gözden geçirilmiş nihai metin, toplantı sonrasında Kamu Hukukçuları Platformu web sitesinde ve toplantı kitabında yayımlanacaktır.*

*KHP Girişim ve İcra Kurulu*

## **Giriş**

*Kamu hukukunun dönüşümü başlıklı bir toplantıya davet edilince heyecanlandım. Siyaset bilimi yüksek lisans ve doktorası yapmış ve anayasa alanında çalışan biri olarak son derece bereketli ve sürülmeyi bekleyen bir akademik toprak olduğumu düşündüğüm konuda kalem oynatma fırsatı doğduğu için. Okumalarımaya başlamıştım ki, Kıbrıs'taki toplantının yapılamayacağı haberi geldi. Bunun üzerine, bir süredir düşünüp yazmadığım bir konuyu, cumhurbaşkanlığı meselesini ele almaya karar verdim ve güncel tartışmalar bağlamında bir kitap hazırlığına giriştim. Bitirdikten sonra diğer konuya geri dönüp yazacaktım.*

*Çalışmamı 7 Şubat akşamı bitirdim. Yaklaşık bir iki saat sonra, yüzlerce meslektaşım ile birlikte üniversiteden atıldığımı öğrendim. O saatten itibaren yaşamımda kontrol edemediğim değişiklikler oldu. Bir yandan hiçbir şey değişmedi gibi aslında. Muhtemelen çoluk çocuk olmadığı ve kısa vade için boşucu maddi sıkıntı yaşama olasılığım bulunmadığı için olsa gerek. Diğer yandan, uzun yıllar odasında yaşamış ve o dokuz metre kareye kapanmayı seven, tercih eden biri olarak, gereğinden fazla sosyalleştiğim bir döneme girdim. Diğer meslektaşlarım da aynı şeyleri yaşadı. Toparlanma, taşınma ve bulunan her fırsatta düzenli yazıları yetiştirme çabasıyla epey uzun bir süre harcadım. Olup bitenin duygusal ağırlığı da cabası.*

*Atılmanın benim koşullarıma sahip yani ilk maaş günü kira ödeyememe sorunu olmayan biri için en vahim yanı, hiç kuşkusuz çalışma odamın dağılması oldu. Çalışma odam, yalnızca ilk başvuru kaynaklarım orada olduğu için değil, yoğunlaşabilme fırsatı sunduğu için de çok değerliydi. Haliyle, KHP için söz verdiğim yazıyı kaleme alma fırsatım olmadı ve okuduklarımın çoğu hafızamdan silinmeye başladı. Hocalarımın beni affetmelerini rica ettim. Koşullar ne olursa olsun, sözümü yerine getirememiş olmamın mahcubiyeti ve burukluğuyla.*

*Fazıl Sağlam ve Oktay Uygun hocalar, sunuş yapamasam da orada bulunmamı beklediklerini söylediler. Bunun, dayanışma isteği olduğunun farkındayım kuşkusuz. Atılan akademisyenlere neredeyse vebalı muamelesi yapmaktan hiçbir mahcubiyet duymayan bir 'ortalama yoz akademik kurumların' (kişilerin değil, kurumların) hüküm sürdüğü Türkiye'de, son derece değerli bir tavır bu.*

*Son olarak, ilk oturumdaki bir diğer konuşmacının da Türkiye dışında olacağını duyunca, iki hocamıza şu öneriyi sundum: 2012 yılında Toplum ve Bilim Dergisi'nde yayınladığım ve hemen*

hiçbir kamu hukukçusunun fark etmediğini tahmin ettiğim bir yazıyı sunabilirdim. Bu yazı, TBMM'nin yeni bir anayasa yapma yetkisinin araştırılması üzerinden, kuruculuk tartışması yapmaya çabalıyordu. Sonrasında, bu çalışmayı takiben Ömür Sezgin'e Armağan'da yayınlanan ve anayasal konuların tartışılma yolu/yöntemi üzerine bir başka makale daha yazdım. Önümüzdeki aylar için amacım, şimdilik birer taslak sayılabilecek bu iki makaleyi, kurucu iktidar hakkında kitap haline getirebilmek. Dolayısıyla ilk yazıyı sunmak, onun tartışılması, ileriki aylar için bana yardımcı olabilir diye düşündüm.

Fazıl Sağlam ve Oktay Uygun, önerimi kabul etti. Kendilerine teşekkür borçluyum. Daha önce yayınlanmış ve hâlihazırda taslak olduğunu düşündüğüm bir metnin ilk oturumda tartışılmasının kabul edilmesi, hiç kuşkusuz yukarıda söz ettiğim 'dayanışma isteğinin' bir sonucu. Bunun farkındayım ve mutluyum. Ardından bu 'Giriş' kısmını yazmak gerekli hale geldi.

Metni yeniden gözden geçirip o dönemde fark etmediğim, ya da sonrasında yazılmış bazı kaynakları eklemek gerektiğini fark ettim. Bunlar özellikle Fazıl Sağlam'ın Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan'da yayınlanan "Anayasa ve Değişmez Kurallar" başlıklı makalesi ve Martin Loughlin'in Kamu Hukuku Kavramı adı eserinde yer alan "Kurucu İktidar" başlıklı bir bölüm. Her iki kaynak da, özellikle Fazıl Sağlam'ın yazısında yer alan 'ilk üç' madde meselesi, okuyacağınız makalenin tartışma konusu önemli. Loughlin'in kurucu iktidar çözümlemesi ise bizlere kapı aralayabilecek nitelikte. Söz konusu çalışmalara ve neden önemli bulduğuma, 'sözlü sunum' ve belki de sonraki tartışmalar esnasında değinme fırsatı bulabileceğim.

Bir kez daha yinelemek gerekirse; sunmaya çalışacağım makale, geliştirileceğim çalışma için ancak taslak/başlangıç kabul edilmesi gereken bir metin.

Eğer bu toplantı için düşündüğüm 'asıl konumu' tamamlayabilseydim, hukuk ve kamu hukuku kavramları üzerinde duracaktım. Sunuşun başlığı, pek muhtemeldir ki 'Nazi hukuku hukuk mudur?' sorusunu çağrıştıracak, 'Eşeğin anırması müzik midir?' olacaktı. 'Kabalık' eleştirisini göze alarak. Öyle ya, müzik duygu ve düşüncelerin tek ya da çok sesli olarak aktarılması, sesin anlam içeren titreşimlerle sunulmasıysa eğer; eşeğin çıkardığı ses de müzik kabul edilebilir. Buradan yola çıkarak, 'Bir metne hukuk metni diyebilmek ölçütler ne olmalı?' 'Ya da bir mahkeme kararına yargı kararı diyebilmenin sınırı nedir?' sorularına yanıt arayacaktım. Malum kadim 'doğal hukuk' 'pozitif hukuk' tartışmalarından hareketle, Türkiye'de verilmiş bazı örnek mahkeme kararları üzerinde durmaya niyetliydim. Bu açıdan Nazi hukuku hakkında yapılmış değerlendirmeler bana yardımcı olacaktı. Amacım, zaten çoğu hukukçunun bildiği konular üzerinde bir kez daha sorular türetme, tartışılmasını talep etmekte.

Hedefime ulaşamadım ancak bu süreçte okuduğum kaynaklardan zevk aldım ve öğrendim. Hukuk felsefesi ve sosyolojisi konularında 'Bir şeyler yazmak için' derli toplu okuma yapmaya başlamaktan mutlu olup sürdürmeye karar verdim. Çünkü bu tartışmayı sürdürmenin Türkiye açısından, örneğin İsviçre için olduğundan daha da yaşamsal olduğu kanısındayım. Günlük, basit yaşam ve idari/yargısal uygulamalar açısından. İletişim devrimi ve tarihin vardığı şu aşamada, her şey değişir ve dönüşürken, kamu hukuku konusundaki bazı 'temel kabullerin' de yeniden ve yeniden ele alınmasında yarar var sanırım. Kuşkusuz had bilerek. Ayrıca daha ilk aşamada dahi, zırcahili olduğum bazı konuların Batı'da yazılıp çizildiğini de fark ettim. Ben henüz yolun emekleme aşamasındayım. Bundan sonra konu üzere çalışabilmeyi, okuyup yazabilmeyi umuyorum.

Daha önce yayınlanmış bir yazıyı, dayanışma duygularıyla kabul ettikleri için değerli hocalarıma bir kez daha teşekkür ederim.

\* \* \*

## **TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?**

Anayasa nedir? Bir halk ya da ülke neden anayasaya gerek duyar? Anayasaya gereksinim duyan halk mıdır? Anayasayı yaratan hangisidir; halk mı devlet mi? Bu ayrımlar anlamlı mıdır? Bir anayasa 'yapılır mı?' yoksa 'oluşur mu?' Eğer anayasalar yapılıyorsa, halk, yapanların ilgi alanında mıdır? *Anayasaları halk yapar* sözü değerli ya da anlamlı mıdır? Yoksa yurttaşa/seçmene yönelik bir iltifattan mı ibarettir? Anayasaları *hakim sınıf/siyasal görüş* yapar görüşünde olanlar haklı mı? Anayasa yapım yöntemleri neden farklılık gösterir? *Asli* ve *türev kurucu* iktidar tartışmasının kökeni ve işlevi nedir? Anayasa *değişikliği* ile *yeni* anayasa yapmak arasındaki ayrım neden önemlidir?

Yukarıdaki soruların ve sorulmayan diğerlerinin muhtelif yanıtları olabilir. Topluma, siyasete ve hukuka bakıldığı yere göre değişkenlik gösteren farklı yaklaşımlar söz konusu. Yaklaşımlardan hangisinin baskın olacağı ve bir zaman diliminde kabul göreceği ise, o zamanın hakim siyasal gücü ile *diğerleri* arasındaki mücadeleyle belirlenir. Güç, yalnızca ülke sınırları içinde kalan ve içe dönük egemenliği kullanan siyasal iktidar değildir kuşkusuz. Hiçbir ülke anayasası/hukuku, yalnızca kendi sınırları içindeki gelişmelerle biçimlenmez. Ancak bu saptama, 'hukuk/anayasa dünyasında hiçbir zaman hiçbir doğru yoktur' şeklinde bir yanılgıya da izin vermemeli. 'Doğru, anlamlı, hukuksal' ifadeleri elbette somut durumlara işaret eder. Yüzyıllar içinde oluşan temel, evrensel hukuk kuralları ve gelenekler; ülkelerin kendi geçmiş deneyimleri, sınıfsal yapıları, kültürel özellikleri, her aşamadaki gelişmişlik düzeyleri ve ayrıca geleceğe dair öngörülerıyla bir araya gelir. Bu birliktelikten, hukuk kuralı, içtihat, yorum, gelenek doğar. Haliyle, hep bir 'doğru' ve 'hukuksal' olan vardır. Buna mukabil istisnalar dışında tüm *hukuksallıklar* zaman içinde dönüşür. Bir dönemin kutsalı, Tanrı'nın gölgesi hükümdardır, sonrasında millet/halk olur ve zaman içinde, insana dönüşüverir. İnsan, bir boşlukta değil, sonsuz sayıda bağ ile bir topluluk içinde yaşayıp var olabilir. Her birinin iktidarı, başka bir hukuk evreni yaratır.

Her yeni kabul, kendi düzenini kurarken, o düzeni yeniden üretenleri de ortaya çıkarır. Hiçbir düzen onay olmadan uzun süre yaşayamaz ve devletin elinde o onay için sonsuz sayıda ikna/zorlama aracı bulunur. Ayrıca, kurulanı sürdürebilmek için dili ve kalemi işleyen insanlara da gereksinim duyulur. Hâl böyle olunca bir sistemi ayakta tutan, rızayı yaratan tüm araçlar ve insan, ister istemez o sistemle birlikte evrilir. Bir siyasal/anayasal sistemin hemen bütün kavramları, onları yaratan, uyan, karşı çıkan ve yorumlayanlarla birlikte yaşar. Birlikte yaşamın sonucu, birlikte yükselip sonra hep birlikte güç kaybetmektir ve tüm yükselmeler, güç kayıpları, çürüyüşler aslında çoğu zaman *anayasa* adı verilen metinlerin dışındaki gelişmelerdir. Olup biten, metni yaratır ve değiştirir. En güçlü olan en hakim rengi verir. Tabii ortada anayasa adı verilen tek bir metin olmasına da gerek yok. Bazı ülkelerin anayasası birden çok temel yasadan oluşabilir. Bir anayasa kendiliğinden doğmadığı, gökyüzünden inmediği gibi, ölümü de kendi hatası değil, o doğumu gerçekleştirenler arasındaki ilişkilerin dönüşümünün marifetidir.

## Yeni bir anayasa neden yapılır ve anayasalar nasıl doğar?

Bir anayasanın nasıl hazırlanması, hangi ölçütlerin göz önünde bulundurulması gerektiği, genel olarak *anayasaların*, özelde ise *belli bir anayasanın* 'neden hazırlandığının' yanıtıyla ilişkilidir. Bu nedenle, 'nasıl bir anayasa?' sorusunun yanıtı, büyük ölçüde 'neden yeni bir anayasa?' sorusunun ele alınmasına bağlıdır. Aşağıda, 'neden' sorusunun yanıtı uzun bir tarihsel süreç ve hukuksal tartışmalar göz önünde bulundurularak aranıp 'nasıl' sorusuna hak ettiği yer verilecek. Ve ilk soru hakkıyla yanıtlanabilirse, ikinci soruyu da büyük ölçüde içermiş olacak.

Doğum, oluşum sürecini içerir. Anayasalar da oluşan metinlerdir. Onları oluşturan ve yaşatacak dünya nasılsa, yaşamları da ölümleri de o dünyaya benzer. Bu nedenle, bir anayasa için kullanılabilecek 'demokratik,' 'kısa/uzun,' 'sivil,' 'özgürlükçü,' 'anti-demokratik' ifadelerinin tümü, tarih, deneyim, toplumsal-kültürel yapı farklılıkları, ezcümle metnin omuzlarındaki ideoloji yüküyle belirlenir. Söz konusu kavramların hiç biri, herhangi bir ülke için aynı anlamı ifade etmeyecektir.

Burada şu soruyla karşılaşırız: O zaman aynı adı alan her bir sistem ayrı nitelikte midir? Evet; fakat diğer kavramlar gibi her birinin de "olmazsa olmazları" var. Örneğin hukuk devleti ilkesine bakalım. Batı'da, hukuk devleti olduğunu iddia eden çok devlet var. Oysa demokrasi ve insan hakları gibi, hukuk devleti de birkaç ülkenin icadı. Bir şeyi icat eden onun temel niteliklerini de belirler. İlke zaman içinde sürekli değişir ve zenginleşir. ABD, İngiltere, Fransa gibi ülkeler; bugün *Batılı* şemsiyesi altında yer alan toplumların uyguladığı hemen tüm temel normların yaratıcısı ve ihracatçısıdır. İthal edenler, o normu kendi toprağına uyarlar. Sorun, uyarlama esnasında esas olandan ne kadar sapıldığı. Dolayısıyla 2017 yılında hukuk devletinin temel kuralları az çok bellidir artık. Yalnızca 'x' ülkesine özgü bir hukuk devleti anlayışı ve örneğin yalnızca o hukuk devletine özgü bir 'adil yargılanma' ilkesi olmaz. Olsa olsa ideal olana yakınlık ve uzaklık mümkündür. Demek ki bir ülkenin anayasası demokratik olarak adlandırılacaksa, anayasa metni ve uygulaması ister istemez toprağın şeklini, kokusunu taşıyacaktır ancak örneğin İngiltere demokrasisine taban tabana zıt özellikler de içermeyecektir. Zira o durumda yalnızca sıfatı demokratik olur.

Anayasa metinleri 'nasıl ve neden doğar?' sorusunun son derece uzun ve benzemez yanıtları olabilir. Çünkü her deneyim ayrı bir yaklaşım gerektirir. Ancak ortak niteliklerden hareket edip saptamalar yapmak mümkün. Yanıttaki zorluk yalnızca farklılıklardan da kaynaklanmıyor. İşin içinde bir de kurucu iktidar tartışması var ki hukuk ve siyaset arasındaki ilişkinin en hararetli olduğu alanların başında. Bu çetrefil tartışmayı bir yana bırakıp daha vasat bir ortaya çıkış öyküsü anlatılacaksa, yazı, sınıf mücadelesi ve tabii burjuvazinin marifeti ile başlamalı.

Anayasa çalışmaları eski çağlara, kent devletleri arasında karşılaştırma yapma olanağı bulunan Eski Yunan'a dek götürülebilir. İmparatorluk döneminde tavsamış ancak 17.-18. yüzyılla birlikte yeniden canlanıp ulus devletlerin dünyayı sardığı dönemde zirve noktasına ulaşmıştır. Yazılı anayasa burjuvazinin araçlarındandır ve 19. yüzyılda ulus devletlerle doğru orantılı olarak artmıştır. Ticaretle zenginleşen sınıfın en güvendiği kâğıt parçası senettir ve edildiği her kazanımı sözleşme konusu haline getirmiştir. Yazılı anayasalar ya da anayasal değerdeki yasalar, bu eğilimin sonucudur. Yayın olarak 'toplum sözleşmesi' sıfatıyla adlandırılırlar. Eğer sözleşme, imzacıların üzerinde uzlaştıkları bir belge demekse, toplum sözleşmesinin tüm toplumun üzerinde uzlaştığı bir metin olduğu sonucu çıkabilir ve tabii

yanıltıcıdır. Burada anlatılmaya gerek olmayacak kadar bilinen gerçek, sözleşme düşüncesinin söz konusu çağda 'devletin/egemenin ortaya çıkışını' açıklamak için, burjuvazinin çıkarları doğrultusunda üretilmiş bir kuram olduğudur. Dolayısıyla, ortada bir toplum ve sözleşme vardır var olmasına da sözleşmeyi yapan bir bütün olarak toplum fertleri değildir. Zaman içinde, devletlerin varlığını sürdürmesi için sözleşmelerin toplum açısından daha katlanabilir hükümler içermesi gereği, anayasaları giderek 'uzlaşma' metinlerine dönüştürmeye başlamıştır. Tabii buradaki 'uzlaşma' sözcüğü de tırnak içine alınmaya muhtaç. Her ne kadar 19. yüzyıl ortalarından itibaren sol akımlar ve 20. yüzyılın ikinci yarısının alameti farikası insan hakları düşüncesi, günümüz demokratik anayasalarının 'sözleşme' niteliğini güçlendirmiş olsa da söz konusu ilerleme her anayasanın siyasi mücadelede üstün olanın 'sözü' olduğu gerçeğini değiştirmiyor.<sup>1</sup>

Günümüzde anayasalar egemen olan siyasi ideolojinin çıkarlarını güvence altına alırken, devletin temel ilkelerine, yurttaşın devlet karşısındaki konumuna, hak ve özgürlüklerine, devletin temel örgütlenmesine dair düzenlemelere yer verir. Egemen ideolojinin gördüğü kabul ve yaşam süresi, elbette metnin hak ve özgürlükler konusundaki başarısına ve uygulanmasındaki gönüllülüğe; ezcümle, siyasal düzenin muhtelif unsurlarına bağlıdır.

Anayasaların doğum öykülerinin bir de teknik boyutu vardır ve yukarıdaki satırların gereksinim duyduğu tarihsel ve felsefi tartışmanın ötesinde, pek de heyecan uyandırmayacak tanımların yapılmasını gerekli kılar. Anayasayı yapan gücün kullandığı iktidarın kaynağına ilişkin, '*ilk el (asli)- ikinci el (türev)*' tartışması.

### **Anayasa değişikliği ve yeni anayasa yapımındaki asli ve türev iktidar tartışmasının kaynağı**

Yazılı anayasalar ortaya çıktığında doğal olarak nasıl değiştirilecekleri de konu olmuştur. 18. yüzyıl Fransası'nda Rahip Sieyès, 'anayasayı hazırlayan parlamentoların onu değiştirme yetkisini düzenleyemeyeceği' kanısındaydı çünkü devrim sonrası egemenlik anlayışı bunu gerektiriyordu. Ancak görüşü, devrimciler tarafından dahi benimsenmedi. Anayasalar, kendi değişikliklerine ilişkin kuralları da içerdi. Yöntem, gerek öngörülebilirliği sağlaması gerekse olur olmaz değişikliklerin önünün alınabilmesi açılarından kabul görmüştür. Elbette değişiklik yönteminin belirlenmiş olması yazılı anayasalar açısından geçerlidir. Örneğin İngiltere gibi, tek bir metnin yerine anayasal değerde yasaların bulunduğu bir ülkede söz konusu olmayacaktır. Yazılı olanların ise bir kısmı diğerlerinden daha güç değiştirme koşullarına bağlanmıştır. Bunlara *katı anayasalar* adı verilir. Örneğin yürürlükteki en eski anayasa olan ABD Anayasası gibi.

Anayasaların belirlediği değiştirme yöntemleri son derece çeşitlidir. Ancak bu yazının temel konusu, her ne kadar değinilecek olsa da anayasa değişikliği yöntemlerinden çok, yeni bir anayasanın yapılması. Değişiklik konusunun çalışma açısından anlamlı yanı, *asli ve türev iktidar* tartışması açısından taşıdığı önem.

---

<sup>1</sup> ABD Anayasası'nın sınıfsal analizini yapan Ollman'a göre, "Bir ideoloji olarak anayasa sınıf egemenliğinin acı gerçeklerinin

***Asli ve türev iktidar tartışması, anayasayı hazırlayan gücün hukuksal tanımıyla ilgilidir***

Cem Eroğul'un *Anayasayı Değiştirme Sorunu* adlı eserindeki asli ve türev iktidar farkı tanımı üzerinden tartışarak başlayabiliriz (Eroğul, 1974: 22 vd.). İlk düzey yani asli iktidar, bir hukuki boşluk ortamıdır. Bu durum, bir devletin 'kurulmasında' ya da 'eskisinin yerine yenisinin kurulmasında' görülür. Mesela ABD'de ya da monarşiyi yıkan Fransız Devrimi'nde karşılaşılan durum bu. İkinci düzey olan türev iktidar ise (devletin ana fonksiyonunu tespit konusunda) bir hukuk ortamıdır. Burada devlet yaşamını sürdürüyordur ve ana kuruluşu ile ilgili kural düzenlemeleri yapılır. Yeni kural diğerleriyle eşit değerdedir. Haliyle ikisi de kuruculuktur. Farkları, birinde hukuk boşluğu oluşudur. Eroğul şu soruyu yöneltiyor: "Hukuk yaratmak hukuki bir işlem midir?" Yanıt, hukuk yaratma işleminin içinde cereyan ettiği ortama göre değişir. Hukuk yaratmak, uygulaması yaptırma bağlı bazı toplumsal davranış kuralları koymaktır. Bu kurallar, pozitif hukuka dayanan bir otorite tarafından ve önceden belirlenmiş bir yöntemle göre konulabileceği gibi, yetkisini fiili gücünden alan ve sonradan kendi tespit ettiği hukukun usulüne dayanan bir otoriteden de alabilir. Birinde hukuki, diğerinde hukuk dışı işlem söz konusudur. Bir işleme "hukuki nitelik" veren şey, kendisinden önce var olan bir hukuk kuralına göre yapılmasıdır.<sup>2</sup>

Bir toplumda hukuk kuralları çok çeşitli düzeylerde konulabilir. Anayasa kuralı hangi yetkiye dayanarak konulabilir peki? Asli kuruculukta temel kural koyma yetkisini dayandıracak daha eski bir temel kural yoktur. Kamu gücünü elinde bulunduranlar, felsefi düşünceleriyle paralel, yetkilerini Allah'tan, tarihten, milletten, sınıftan alır. Ancak dayandıkları daha eski bir hukuk olmadığından olup biten hukuk dışıdır. Burada bir değer yargısı yok, yani bir eylem hem hukuk dışı hem çok olumlu olabilir ya da hukuk dışılığın sonucu hukuki de olabilir.

Türev kuruculuğa hukuki değerini veren şey ise üstün kurala değil daha önceki bir kurala dayanmasıdır. Yani, anayasa kurallarının eşit değerde olması ve dolayısıyla işleme hukuki değer kazandıracak bir üstün anayasa kuralı bulunamayacağı düşüncesi anlamlı değildir. Anayasa kuralları eşittir ama bu eşitlikten kastedilen içerikleri değil şekilleridir. Ama şeklen eşit olan bu kuralların bazıları, bizzat şeklin düzenlenmesi için getirilmiştir. Yani o kuralların içerikleri, 'şekle dairdir.' Türev kural yaratma şeklini asli kuruculuktan ayıran, sonucunun değil bizzat işlemin niteliğidir. Aslilik siyasi, 'türev kuruculuk hem siyasi hem hukuki bir olaydır' (Eroğul, 1974: 26). Asli organ hukuk yaratma yetkisini eline geçince yeni organlar yaratır ve bunlar da artık kurulmuş organlardır. Asli kuruculuk hukukun dışında cereyan ettiği için hukuka aykırı olması mümkün değildir. Türev iktidar kurulmuş olandır. Türev kurucu organ, dayandığı hukuki temel bakımından kurulmuş diğer anayasa organlarıyla aynı durumdadır. Örneğin anayasayı değiştiren TBMM, sıradan bir yasayı kabul eden TBMM'den üstün değildir. Yalnızca farklı fonksiyonları vardır. Tabii türev kuruculuğu şu veya bu organa verilmesi ya da uyulacak usulün şu ya da bu olması hukuksal bir zorunluluk değildir. Bunlar hukukun konusu olmayıp siyasi bakımdan doğru bulunmakla ilgilidir.

Türkiye'de neredeyse tüm anayasacılar asli ve türev kuruculuğu benzer biçimde tanımlamıştır. En çok okutulan anayasa hukuku kitaplarından olan Ergun Özbudun'un eserinde anayasayı yapan iktidar konusunda yazarlara bakalım. Özbudun'a göre; "Asli kurucu

<sup>2</sup> Tabii bu ifadeler, Kelsen'ci bir yaklaşımı çağırır. Kelsen'e göre bir normun geçerlilik nedeni daima başka bir normdur; yoksa bir olgu değil.

iktidar, bir ülkenin siyasal rejiminde, ihtilâl, hükümet darbesi, ülkenin parçalanması ve ülkedeki yabancı işgale son verilerek bağımsızlığın kazanılması yahut yeniden kazanılması gibi kesintiler nedeniyle bir hukuk boşluğunun doğması durumlarında ortaya çıkar. Bu durumlarda fiili iktidarı elinde bulunduran sosyal güçler, yeni devletin veya yeni rejimin anayasasını meydana getirirken, kendilerini bağlayan hiçbir pozitif hukuk normu mevcut değildir. Bu anlamda asli kurucu iktidar sınırsızdır ve hukuk dışı bir olaydır... Asli kurucu iktidarı sınırlayan, daha önceden konulmuş bir pozitif hukuk normu yoktur. Tali kurucu iktidar ise, bundan çok farklı olarak, bir ülkenin anayasasının, o anayasada belirlenmiş usullere uyulmak suretiyle değiştirilmesidir. Burada her şeyden önce, bir anayasanın tümünden yeniden yaratılması değil, mevcut bir anayasanın bazı hükümlerinin değiştirilmesi söz konusudur. Üstelik bu değişiklikler, mevcut anayasanın anayasa değişiklikleri için öngördüğü usullere uygun olarak yapılır ve hukuki geçerliliğini bu uygunluktan alır. Bu anlamda tali kurucu iktidar, hukuken sınırlı bir iktidardır. Diğer bir deyimle, asli kurucu iktidarın hukuk dışı bir olay olmasına karşılık, tali kuruculuk tamamen hukuki bir fonksiyondur.” (Özbudun, 2004: 147-148).

Özbudun, asli kuruculuk hakkındaki görüşünü, kitabının son baskılarında bir ölçüde değiştirmiştir: “Ancak bu, asli kurucu iktidarın, mutlaka anayasal düzende böyle bir kesintinin olması halinde ortaya çıkacağı anlamına gelmez. Bir ülkenin böyle bir kesinti olmaksızın da, ihtiyaçlar gerektirdiği takdirde tümüyle yeni bir anayasa yapması elbette mümkündür. Aksini iddia etmek, yeni bir anayasanın ancak zor kullanımını içeren kesintiler yapılabileceği anlamına gelir ki, bunu ne mantıkla, ne de demokratik ilkelerle bağdaştırmak mümkündür. Demokratik ilkeler, asli kurucu iktidarın tek ve asli sahibinin halk olmasını zorunlu kılar.” (Özbudun, 2011: 161).

Örnekler çoğaltılabilir; ancak çok farklı bir değerlendirmeye rastlamak güç. Anayasa yapımı açısından asli ve türev ayrımı tanımlarına yöneltilebilecek -bu ayrımı siyaset bilimi içinde tartışmayı bir yana bırakırsak- hukuksal/teknik bir eleştiri yok.<sup>3</sup> Dolayısıyla Eroğul’un, görüşündeki değişikliği yapmadan önce Özbudun’un ve aynı yönde düşünen diğer hukukçuların düşüncesi hakim durumda. Bu tartışmaya aşağıda Türkiye’deki güncel durum anlatılırken yeniden dönelecek.

Peki, anayasacılık ve anayasa yapım süreçleri açısından değerli deneyimler kazandıran ülkeleri, asli iktidar yetkisi bağlamında nasıl okuyabiliriz?

### ***Örnek teşkil eden asli kuruculuklar***

Söze “dünyada” sözcüğüyle başlamak genellikle ciddiyetsizdir. Üstelik Türkiye’deki anayasa yapım süreçleri açısından önemli olan da tüm dünya değil, dünyaya örneklik etmiş ve Türkiye açısından anlamlı olan bazı örneklerdir. ABD Anayasası’nın doğum aşamasının pek çok açıdan özel bir yeri olduğunu belirtmek gerekir.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Çünkü siyaset bilimi ve tarih tartışması, asli iktidar tarafından “kurulanın” ne kadar yeni olduğu sorusunu teşvik edecektir.

<sup>4</sup> Andrew Aroto, 18. Yüzyıldan bugüne anayasa yapım şekillerini birkaç başlık altında toparlamıştır: İlki ABD’de olan seçilmiş ya da görevlendirilmiş Kongreler, yine ilk olarak ABD’de ama daha bilinen örneği Fransa’da olan devrimci ya da kurucu meclisler, Bonapartizm olarak da bilinen (çünkü her iki Bonapart da ceberut rejimlerini bir ölçüde halkoylamalarıyla kurmuştu), yürütme organının sıklıkla plebisitlere başvurması, yine bazı ABD eyaletlerinde görülen sıradan parlamentolar ve son olarak İspanya ve Polonya’dan Güney Afrika- Nepal’e kadar denenmiş birkaç aşamalı anayasa yapım süreçleri: yuvarlak masa görüşmeleri, geçici anayasalar ve egemenliğe sahip olmayan ‘kurucu meclisler.’ (Arato, 2010: 474)

## **ABD Anayasası nasıl yapıldı?**

ABD Anayasası'nın yapım süreci, tüm dünyaya örnek olabilecek kadar akılcıdır ve bugün hala hayranlıkla okunmasının, Federalistlerin yol gösterici oluşunun nedeni, anayasa yapma ve yapilani anlatma/gerekçelendirme konusundaki olağanüstü başarısıdır.

Malum, ABD Anayasası yürürlükteki en eski anayasa. Yapıldığı tarih olan 1787 ile bu satırların yazıldığı dönem arasında geçen zaman düşünüldüğünde, 27 değişikliğe rağmen hala yürürlükte kalabilmesi, anayasayı aynı zamanda yeryüzündeki en ilgi çekici anayasa metni haline getirmiştir. ABD Anayasası'nın neden ve hangi süreç sonunda yapıldığını öğrenmek, anayasaların yapım süreçleri hakkında her ülkeyi ilgilendiren bir ders niteliğindedir.<sup>5</sup>

Öncelikle, Anayasa'nın verdiği ilk dersin, 'akıl kullanma' ya da 'sorunlara en makul çözümü üretme' konusunda olduğu söylenebilir. 17. yüzyıl başında İngiltere'den, monarşinin yetkilerini Tudor Hanedanına göre çok daha sert/mutlak olarak algılayan Stuart Hanedanı yönetiminden uzaklaşan ve çoğu yoksul, maceracı, dindar göçmenlerin uçsuz bucaksız topraklarda geçirdiği yaklaşık iki yüzyılın sonunda kurdukları 13 devletçiğin, muhtelif gerekçelerle 'birlikte yaşama' isteği, bu sağlam yapılı anayasa metnini yaratmıştır. İngiltere, 18. yüzyıl ortalarında koloniler üzerindeki baskıyı artırıp iyiden iyiye ceberut uygulamalara yönelince, 1775'te başlayan savaşı yürütmek için kurulan konfederasyonun organı Kongre'nin oluşturulması (1776), 1776'da Philadelphia'daki Independence Hall'de bir Bağımsızlık Bildirgesi ilan edilip direnme hakkından söz edilmesi ve ardından İngilizlere karşı elde edilen zafer birbirini izlemiştir. İngiltere, 13 koloninin bağımsızlığını 1783'te tanımıştır. Kendilerini yöneten kolonilerin önünde iki seçenek vardı. Ya tek başlarına hareket edecekler ya da birlik oluşturacaklardı. Tek başlarına kalmaları bir yandan İngilizler karşısındaki konumlarını zayıflatıyor, diğer yandan kolonilerle her türlü ilişkinin büyük güçlüklerle sürdürülmesine neden oluyordu. Dış tehditten, işgalden başışık olmamak, ülkenin yerlileriyle tek başına mücadelenin zorlukları, iç ve dış ticaret, dolaşım ve posta hizmetlerinin örgütlenmeye gereksinim göstermesi her koloninin sorunuydu. Yani 'akıl' birleşmeden yanaydı. Ancak aynı akıl yaklaşık iki yüzyıl süren bağımsız yaşamın ve kendi kendini yönetme deneyiminin de kaybedilmemesini salık veriyordu. İşte bu gerekçelerle Amerikalının kullanmayı istediği 'akıl' yeni bir devlet biçiminin, her şeyiyle özgün sayılabilecek bir siyasal örgütlenmenin ortaya çıkmasına neden oldu. Özgürlüğüne düşkün ama dışarıya yem olmak da istemeyen insanlar, kendileri için en rasyonel çözümü yaratmaya çalıştılar.

Tabii buradaki 'Amerikalılar' ifadesinden halkın tümünü anlamamak gerekir. Her ülkede ve her dönemde olduğu gibi anayasayı hazırlayanlar o toplumun seçkinleri, servet sahibi olanlarıydı ve öncelikle güvenceye aldıkları kendi konumlarıydı.<sup>6</sup> İki yüz yıl içinde 'seçkin, çıkar, halk ve servet' sözcüklerinin geçirdiği anlam ve işlev değişiklikleri bu gerçeği değiştirmiyor. Unutmamak gerekir ki Kongre Başkanı ve ilk ABD Başkanı olan George Washington ülkenin en varlıklı bir kaç insanından biriydi. Anayasayı hazırlamak için bir araya gelenler, tek bir toplumsal sınıfın farklı tabakalarındandır. Zaten söz konusu 'varlık' meselesi, yaratılacak yeni sistemin temel gerekçelerinden biri olmuştur. Çünkü savaş sırasında kullanılan maddi kaynak büyük ölçüde bu sınıftandır ve Konfederasyon, zenginlere çok borçlanmıştır. Merkezi otorite, muhatap olacak güçlü bir yönetim odağı borçların tahsili için

<sup>5</sup> Yeri gelmişken, Türkiye'de "kısa anayasa" meraklılarının sürekli ABD'yi örnek vermelerindeki büyük saçmalığa dikkat çekmekte yarar var. Sözü edilen Federal Anayasa'dır ve 27 Ek yapmıştır. Ancak ABD'de eyaletlerin de anayasası vardır ve bazı eyaletlerin metni Türkiye'den çok daha uzundur. Dolayısıyla, ABD'nin kısa bir anayasası yoktur.

<sup>6</sup> ABD Anayasası'nın Marksist yorumu için bkz. (Ollman, 2008: 53 vd.)



de çok önemlidir. Bu gerekçelerle, anayasa yapıcılarının ifadelerindeki halk ve demokrasi kavramlarına günümüzden bakıp duygusal anlamlar yüklenmemesinde yarar var.

Anayasa'nın hazırlık toplantısı, farklı bir anayasa yapım süreci olması yani asli kuruculuk tartışmasına katkı açısından da çok dikkate değer. Çünkü Bağımsızlık Bildirgesi'nin ilan edildiği yerde Mayıs 1787'de toplananlar, aslında Konfederasyon esaslarının gözden geçirilmesi için bir araya gelmişti. Dolayısıyla yeni anayasa hazırlamaya başlamaları, bunun bir anayasa kongresi oluşu, ciddi bir hukuksal sorundu. Bunların tümü Konfederasyon Antlaşması'na göre egemenliğe sahip eyaletlerin temsilcisiydi. Kongre'nin yaptığı ise eyaletlerin üzerinde bir güç merkezi olacak ulusal hükümet kurulmasına teşebbüstü. Yani konfederasyon esasları ile sınırlı yetkilerini aşip yeni bir anayasa hazırlamışlardı. Ayrıca Konfederasyon esaslarının değiştirilebilmesi için oybirliği gerekliyken, Anayasanın kabul edilmiş sayılması için sıradan kararlar için gerekli olan üçte iki çoğunluk yeterli görülmüştü. İşte bu nedenle aslında 'hukuk dışı' bir şey yapıyorlardı. Ancak Kongre, metni reddetmedi. İşte asli kurucu iktidar vasfı edinen bu meclistekiler kurulan yeni sistemin tüm niteliklerinin 13 eyaleti ikna edebilecek bir yapıyı işaret etmesi gerektiğinin farkındaydılar. Federal cumhuriyet icadı, İngiltere'den farklı amaçla kurulmuş bir çift meclis yapısı, çağdaş devletlerde yürütme organı hep bir monark tarafından temsil edilirken bu kez 'tek kişiyi' halka seçtirip başkanlık sistemi yaratmak, aynı akılcılık ve yaratıcılığın ürünleridir. Yani seçkinler, kuruculukta asla güncel siyasi gücün kolaycılığına kaçmamıştır.

Anayasayı kabul, yürürlüğe sokma ve tanıma aşamaları da, kurucu iktidar eyleminde ders çıkarılacak şekildedir. Anayasaya 39 delege imza koydu. Kanun, her devlete onay için gönderildi ve anayasanın yürürlüğe girebilmesi için dokuz devletin kurucu meclislerinin onayı koşulu kabul edildi. Yaklaşık bir yılda devletlerin dokuzunun eyalet kongresi metni kabul etti. Ancak dört eyalet (New York, Virginia, North Carolina ve Rhode Island) imza için biraz daha mücadele vermek zorunda kaldı (en son Rhode Island, 1790'da kabul etti). Bu sürecin anayasa tarihi ve anayasa yapıcılığı açısından en büyük ödülü, herhalde bugün dahi temel eser denilebilecek bir metnin ortaya çıkışı olmuştur: *The Federalist*. Anayasayı hazırlayanlar, her eyaletin özel olarak seçilmiş meclisinin metni onaylama aşamasında, özellikle New York'un kabulde zorlanacağını anlayınca Alexander Hamilton liderliğinde bir kampanya başlattılar. Hamilton, Virginia'lı James Madison ve New York'lu John Jay, eyalet gazetelerinde 90'a yakın makale yayımladılar. Eyalet'in anayasaya verdiği onayda bu yazılanların ne kadar katkısı olduğu ölçülemez kuşkusuz (27'ye karşı 30 oy ile kabul edilmiştir) ancak anayasa tarihçiliğine katkısı çok büyük. Bu eser, anayasa yapımında gereksinim/çıkar ile aklın nasıl birleştirilebileceğinin en etkileyici kanıtıdır.<sup>7</sup> ABD Anayasası yapımında akıl ve ikna (örneğin özgürlükler konusundaki endişelerin, alınan sözlerle giderilmesi ve ardından sözler yerine getirilerek, bir an önce ilk on değişikliğin –Bill of Rights- gerçekleştirilmesi gibi) öncelikli olduğundan, kurucular kolayca kaçmayıp siyasal gücün rehabetine kapılmadığından anayasa bu denli uzun yaşayabilmiştir. Amerikan anayasasını yaratan ve uygulayanlar, siyasal/toplumsal sorun ile hukuksal sorunu ayırabilme yeteneğine sahiptir. Bu nedenle yaşanan her buhranın çözümünü yeni bir anayasa yapımında aramamıştır. Tabii anayasanın bir araya gelen devletlerin harcı olduğunu da unutmamak gerekir.

Türkiye ve özellikle Kıta Avrupası açısından anlamlı bir başka örnek Fransa'nın anayasa yapım yöntemidir.

---

<sup>7</sup> Bu eser 1962 yılında, *Anayasa Üzerine Düşünceler, Federalistlerin Makalelerinden Seçmeler* başlığıyla Türkçeye de kazandırıldı. Aşağıda Kaynaklar arasında yer verilmektedir. ABD Anayasası için ayrıca bkz. (Wilson, 1983).

## **Fransa'nın 5. Cumhuriyet Anayasası nasıl yapıldı?**

Fransızlar, 1789'un ardından akla gelebilecek tüm sistemleri denemiştir. Fransa tarihi, sistemler açısından bir laboratuardır. Çok sayıda anayasa ve dört cumhuriyet, meclis hükümeti, parlamenter sistem, başkanlık, yeniden parlamenter sistemin ardından yarı başkanlık ve beşinci cumhuriyette karar kıldılar. Zaten yarı başkanlığın en temel ilkesi olan 'bakanların yalnızca meclise değil aynı zamanda devlet başkanına karşı da sorumlu olacağı' ilkesinin tarihsel kökeni de 19. yüzyıl başındaki Orlean Hanedanı'ndan miras, Orleanlı Parlamenterizm'di. Fransızlar, deneme yanılma yöntemini son anayasalarının yapım sürecinde de uygulayarak özgünlüklerinden ödün vermediler. Yeni anayasa, çok ilginç bir şekilde ne bir kurucu meclisin ne de sıradan meclis çoğunluğunun ürünü oldu. Söz konusu Anayasa'nın yapımı, her ülkenin anayasa yapma yönteminin özgül sorunlardan kaynaklanabileceğinin en iyi göstergelerindendi. Demek ki Fransa, 1958'de ne yapılabilecekse onu yapmıştır.

Fransız 5. Cumhuriyet Anayasası'nın başlangıç serüveni Cezayir sorunuyla bağlantılı. Cezayir'deki bağımsızlıkçı isyan karşısında zorda kalan yönetim Charles De Gaulle'ü yardıma çağırdı. Askeri müdahale karşısında zor durumda kalan Pflimlin Hükümeti 28 Mayıs'ta istifa etti. Bunun üzerine devlet başkanı René Coty hükümeti kurma görevini de Gaulle'e verdi. Yeni Bakanlar Kurulu 1 Haziran'da göreve başladı. 3 Haziran'da iki yasa çıkarıldı ve ilkiyle, "ulusun toparlanması" için gerekli tedbirlerin alınması amacıyla hükümete sınırsız yetki verildi. İkinci yasa ise kurucu gücün de devrini öngörüyordu.<sup>8</sup> Bu arada, *Anayasa Danışma Kurulu* oluşturuldu. Fransa, belli başlı 'beş temel ilke' ihlal edilmemek kaydıyla yeni hükümete ve aslında bir kişiye emanet edilmişti. De Gaulle baştan beri güçlü bir yürütmeden yanaydı. Çünkü unutmamak gerekir ki 1875'ten sonra Üçüncü ve Dördüncü Cumhuriyet (1946) dönemi anayasaları, yasama organını gereğinden fazla güçlendirerek, son derece istikrarsız, kısa süreli hükümetlere (ortalaması altı yedi aydır) neden olmuştu. Danıştay üyeleri ve uzman bakanlardan oluşan komisyonlar (*Değerlendirme Komisyonu* gibi) metni hazırlıyordu. Eşgüdümü Adalet Bakanı Debré sağlıyordu. Taslak hazırlandıktan sonra de Gaulle tarafından Paris'te halka açıklandı. Anayasa % 79.25 ile kabul edildi. Katılım % 85 civarındaydı.<sup>9</sup>

Oysa Fransa'da 1946 Anayasası'nın yani o sırada yürürlükte olan Anayasa'nın 90. maddesi değişiklik yöntemini belirliyordu. Dolayısıyla türev iktidarın sınırı çizilmişti. Ancak 1958 hükümet darbesi sonucunda anayasaya fiilen ve tümüyle son verilmiştir. Eroğul'un satırlarıyla: "1958 Anayasası'nın hazırlanışı 1852 Anayasasını hatırlatmaktadır. İki anayasa da, önceden tespit edilen beş temel ilkeye oturtulmuştur. İkisi de, aslında bir kişiye güven ifadesi olan halk oylamalarıyla kabul edilmiştir. Ancak, Louis-Napoleon'un beş ilkesi ayrı bir halkoylaması tarafından kabul edilmiş iken, Charles de Gaulle'ü bağlayan beş ilke, Parlamento'nun 3 Haziran 1958'de kabul ettiği bir anayasal kanunla tespit edilmiştir." (Eroğul, 1974: 110) Bunlar parlamentonun General karşısında duyduğu endişeyi yansıtıyordu.

Anayasayı fiilen ortadan kaldıran 90. madde değişikliği ile yeni bir anayasanın hazırlanmasında göz önünde bulundurulacak temel ilkeler saptanmıştır. Dolayısıyla, krizden

<sup>8</sup> Bununla hükümete parlamentonun anayasa yapma yetkisi de devrediliyordu. (Eroğul, 2010: 153).

<sup>9</sup> Ayrıca meclislerden geçirilmemiştir bu metin. Dolayısıyla yine tamamen Fransız yaratıcılığına özgüdür anayasanın hazırlanıp kabul edilmesi. Sosyalist ve Radikaller büyük ölçüde "evet" demiş, Komünistler ve Demokratik Güçler Birliği, "hayır" kampanyası yürütmüştür. Tabii bu oylama bir halkoylaması ve aynı zamanda plebisittir. Evet oyları de Gaulle'ündür. Fransa'ya dair Türkçe'de değerli iki metin için bkz. (Kuntbay, 1959) ve (Yeni Fransız Anayasası, 1960).

doğan ve mecburen kuruculuk vasfı kazanan meclis anayasa yapma işini bir kurula (aslında bir kişiye) emanet etmiş olsa da, bazı temel ilkelerden asla taviz verilmeyeceğini de yine bir yasayla güvence altına alıp sınırlı bir asli kurucu iktidar yetkisi tanımıştır.<sup>10</sup>

Görüldüğü üzere, Fransız anayasa yapım süreci pek çok açıdan özgündür ve kuruculuk tartışmasına değerli katkılar sağlamaktadır.

Bu denli özgün ve Türkiye açısından 'özellekle' çarpıcı olabilecek (bu konuya aşağıda yeniden dönülecek) bir diğer örnek, İspanya'nın anayasa hazırlık sürecidir.

### ***Franco deneyimi ardından İspanya Anayasası nasıl yapıldı?***

Neredeyse kırk yıl süren Franco deneyimi sonrası anayasa yapılması gündeme gelmiştir. Pek çok yerde olduğu gibi, yıkıcı bir deneyim sonrası 'yeniden başlama' hedefi vardır. Ortada olağan dönem parlamentosu, başbakanı ve kralı yani sıradan bir yürütme ve yasama dengesi varmış gibi görünse de aslında tüm bu 'olağanlık' bir 'olağan dışılık' haline karşılık gelmektedir. Bu nedenle İspanya'da sıradan meclis çoğunluğunun yeni bir anayasa yapabilmesi, söz konusu sıradanlığın yalnızca görüntüden ibaret oluşuyla açıklanabilir ki bu yanılısımayı bozan, Kral'ın bir konuşmayla, parlamentoyu kurucu meclis ilan edişi olmuştur.<sup>11</sup> General'in yönetimi, 1972'de çıkan bir yasa ile kendinden sonraki yönetici olarak tayin ettiği Juan Carlos'a geçti. Demokratik dönüşüm için çok sayıda reform gerekiyordu. Carlos, Adolfo Suarez'i Başbakan olarak atamıştır. Seçim yapılmış, af ilan edilmiş, siyasi reform için Franco'cu orduyu ikna çabası başlamıştır. Generaller fazla tepki göstermeyince reform yasası meclisten geçmiştir. Öncelikle *Siyasi Reform Yasası* Aralık'ta halkoylamasına sunulmuş ve yaklaşık %95 ile kabul edilmiştir. Ardından çok zorlu bir iş, siyasi kararlılık sayesinde başarılmış ve tüm siyasi partiler yasallaştırılmaya çalışılmıştır. Amaç, siyasi yelpazeyi parlamento dışında bırakmamaktır. Haziran 1977 seçimlerine uzlaşmayan ETA'nın partisi EİA dışında tüm partiler katılmış ve önemli bir eşik aşılarak farklı siyasal eğilimler mecliste temsil şansına kavuşmuştur. Suárez birinci parti (UCD –Demokratik Merkez Birliği-) ve Suárez tarafından siyasal reformlar konusunda ikna edilen Sosyalist Felipe Gonzalez'in partisi (PSOE –İspanya Sosyalist İşçi Partisi-) ikinci parti olmuştur ki bu sonuç, sürecin devam edebilmesi açısından çok önemliydi. Asıl ilginç olan, yeni meclisin kuruculuk vasfını, Kral'ın konuşmasıyla kazanmış oluşudur. Kral, Temsilciler Meclisini açış konuşmasında şaşırtıcı bir çıkış yaparak anayasa talep etmiştir. Oysa Siyasi Reform Yasası'nda parlamentoya böyle bir kuruculuk niteliği verilmemişti. Meclis bunun üzerine, *Anayasal İşler ve Kamusal Özgürlükler Komisyonu* oluşturmuştur. Tüm partilerden oy oranları kadar üye alınmıştır. Üç ay içerisinde taslak hazırlayacak bir alt komisyon kurulmuştur. Yöntem: Taslak önce Komisyon'da, sonra iki Meclis'te, ardından Meclis/Senato ortak Komisyonu'nda görüşülerek benimsenecek ve nihai metin halkoyuna sunulacak. Süreçte partiler ön safta yer almış, sivil örgütler daha ziyade baskı unsuru işlevi üstlenmiştir. Tabii ilgili kurullar dikensiz gül bahçesi de değildir. PNV (Milliyetçi Bask Partisi) ve terör eylemlerini zaman zaman artırarak sürdüren ETA uzlaşmayı güçleştirmişse de demokrasiye geçiş yönündeki siyasi kararlılık duraksamamıştır. Merkeze yakın partiler arasında ise uzlaşma sağlanabilmiştir. Bilindiği gibi en büyük pazarlık bölgeler

<sup>10</sup> Temel ilkeler şunlardı: İktidarın kaynağı temel seçimlerdir, güçler ayrılığını sağlamak gereklidir, hükümetin meclise karşı sorumluluğu esastır, özgürlüklerin güvencesi bağımsız mahkemelerdir, Cumhuriyet'in Birlik içindeki diğer halklarla ilişkisi düzenlenecektir.

<sup>11</sup> Conversi'ye göre Kral ya da daha kapsayıcı isimlendirmeye monarşi, İspanya'da anayasa yapım sürecinde ve en merkezi devletten neredeyse federal bir sisteme geçişte son derece kaynaştırıcı bir işlev görmüştür. Kral, eski rejim yanlıları ve çok önemli bir figür olarak ordu ile yenilik yanlılarının saygı duyduğu bir siyasal figür durumundaydı (Conversi, 2002: 224-229).

konusunda yaşanmış ancak sağın ve Frankocu ordunun tepkileri de göğüslenip PNV'yi görünüşte memnun etmese de içten içe ikna eden bir yapı benimsenebilmiştir.<sup>12</sup> Halkoylaması Aralık 1978'de yapılmış, Anayasa ülke genelinde yaklaşık % 84 ile kabul edilmiştir. Tüm çalışmalar, teröre rağmen kararlılıkla sürdürülmüştür. Demek ki mesele yine siyasi kararlılıktır.

Bu üç özgün ve Türkiye açısından değerli asli kuruculuk örnekleri ardından bir de Güney Afrika'ya bakmakta yarar var. Aslında Güney Afrika gibi Türkiye ile karşılaştırma yapmanın neredeyse olanaksız olduğu bir sistemin söz konusu edilmesi başlangıçta haklı olarak yadırgatıcıdır. Ancak son yıllarda konuyla ilgilenenlerin bu ülkeden söz etmesinin gerekçesi, Türkiye'nin Kürt sorunu ile Güney Afrika'da yaşanan gelişmeler arasında benzerlik bulma çabasıdır. Kürt sorunu ile Apartheid arasında benzerlikler bulmak bir noktadan sonra hayli zorlama da olsa Güney Afrika Anayasası'nın iki topluluğun 'barışma' sürecindeki ürünlerden biri olduğu da gerçektir. Ayrıca anayasa yapımı çoklukla siyasal seçkinlerin işi olarak algılanır ve bu gerekçeyle anayasa yapım süreçlerinin anti demokratikliği üzerine yaygın bir kanı vardır. Güney Afrika Anayasası'nın değerli bir özelliği, yapım sürecinin göreceli olarak 'kapsayıcı/katılımcı' olmayı hedeflemesi ve büyük ölçüde başarılı oluşudur.<sup>13</sup> Süreç, anayasa yapım yönteminin kendisinin bir 'siyasal eylem' olduğunu sergilemesi açısından dikkate değer. Dolayısıyla kısaca değinmek yararlı olabilir.

### ***Bir istisna: Güney Afrika'da Anayasa nasıl yapıldı?***

Güney Afrika'da II. Dünya Savaşı sonrasında beyazların partisi NP (National Party) iktidara gelmiş ve ayrımcı bir yönetim uygulamaya başlamıştır. Söz konusu ayrımcı uygulama ve çok daha kalabalık olan siyah ırk üzerinde uygulanan ırkçı siyaset sonraki kırk yılda çatışmanın artmasına neden olmuştur. 1980'lerle birlikte NP, aşamalı olarak ırkçı siyasete son verdi. 1990'larla birlikte önce siyasi yasaklar kaldırılmış, ANC (Afrika Ulusal kongresi) ile NP müzakerelere başlamış (Mandela liderliğinde) ve 1991'de tüm partilerin katıldığı *All Party Congress* kurulmuştur. 1991 Aralık ayında NP, uygulanan siyasetten dolayı 'özür' dilemiş ve geçici bir hükümet kurulmasını kabul etmiştir. Bu arada beyazlar, reform sürecine evet diyen (%68) bir oylama yapmış, süreç bir iki yıl bazı kesintilere uğramış, 1993'te *Çok Taraflı Müzakere Forumu* (MPNF) toplanmıştır. Bunu oluşturan komisyonların her biri altı üyeden oluşuyordu ve siyasi kanatlarla bağları yoktu. Görüşmeler sırasında geçici bir anayasa metni üzerinde uzlaşıldı. 1994'te siyahlar ilk kez seçime katıldı ve ANC (Mandela'nın liderliğinde) oyların % 62'sini aldı. Seçilen 490 milletvekili, bir Kurucu Meclis oluşturdu: *Constitutional Assembly*. Görevi anayasayı hazırlamaktır. Ayrıca parlamentoda da bu meclise idari ve siyasi anlamda yardımcı olup işlerini kolaylaştıracak komisyonlar kurulmuştur. 1995 ortalarında halka yönelik bir iletişim kampanyası başlamıştır. Muhtelif yöntemler uygulandı: Medya kampanyasıyla tüm basın organlarında yurttaşın düşüncesinin önemli olduğu anlatıldı, yaklaşık 1.7 milyon dilekçe toplandı ve elemelerden sonra bunlardan 11 bin öneri çıktı; kamuyu bilgilendiren sempozyumlar yapıldı, anayasal eğitim programları geliştirildi, atölyeler düzenlendi, ayrıca uzman görüşleri için 'ulusal sivil toplum dinleme programı' düzenlendi, kısa sürede 596 kurumun görüşleri alındı, telefon/iletişim hatları kuruldu vs. İletişim ve katılım amaçlı akla gelen her şey denendi. 1995'in 22 Kasım'ında ilk anayasa taslağı

<sup>12</sup> İspanya'daki müthiş ikna sürecine ilişkin Türkçe'deki en doyurucu kaynak için bkz. (Özçer, 2006: 96-128) Ayrıca, milliyetçiler, etnik sorunlar ve Franco mirası ile nasıl başa çıkılıp 'sistem yaratan' anayasa yapıldığını adım adım anlatan bir başka yararlı kaynak için bkz. (Conversi, 2002: 2-21)

<sup>13</sup> Güney Afrika'daki farklı grupların, cins ve etnik grupların anayasa yapım sürecindeki etkileri ve bunu sağlamak için yaratılan mekanizmalar için bkz. (Klug, 1996: 18 vd.)

yayınlandı. Sonrasındaki görüşmeler belli maddeler üzerinde yoğunlaştı. Yeni bir kampanya başlatıldı ve kamuoyu katkısı talep edildi. Sonunda, yeni Anayasa 8 Mayıs 1996'da kabul edildi. Metin Anayasa Mahkemesi tarafından incelendi ve Mahkeme, temel haklar, ombudsmanlık, yerel yönetimler konusundaki bazı eleştirilerle metni geri gönderdi. Anayasa, değişikliklerin ardından ikinci kez geri dönmezdi ve 10 Aralık'ta Mandela tarafından imzalanan nihai metin, 4 Şubat 1997'de yürürlüğe girdi. Kurucu Meclis kendisini feshetmiştir. Güney Afrikalıların en büyük başarısı, müzakerelerden hiçbir zaman vazgeçilmemesi, yurttışa ulaşılabilecek tüm kanalların kullanılması; sonuç olarak amaca varma yolunda sergilenen içtenlikli çabanın varlığıdır.

Artık Türkiye'nin kendi anayasa yapım deneyimine geçilebilir. Bu kısımda, Türkiye deneyimi ile yukarıda anlatılan örneklerin ortak noktaları tespit edilmeye çalışılacaktır.

### **Türkiye açısından bazı ortak noktalar**

Türkiye ile diğer örnekler arasında asli iktidarın kullanılması konusunda bazı ortak noktalar olup olmadığının tespiti ve buradan hareketle güncel sorunların analizi, öncelikle Türkiye'nin serüveninde anayasaların 'nasıl ve neden' hazırlandığının anlaşılmasını gerekli kılıyor.

### ***Cumhuriyet Türkiyesi anayasalarını nasıl hazırladı?*<sup>14</sup>**

Cumhuriyet'in ilk anayasası 1924 tarihli. 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ise Kurtuluş Savaşı koşullarının ürünüdür ve aynı anda 1876 Kanunu Esasi de yürürlükte olduğundan iki anayasalı geçici bir dönemin metnidir. Bu nedenle 1921'in nasıl hazırlandığı bir yana bırakılıp ilk Cumhuriyet anayasasına bakalım.<sup>15</sup>

### ***1924 Anayasası***

Anayasa çalışmaları *Kanun-u Esasi Encümeni* tarafından başlatıldı. Kurucu meclis kimliğinde olmayan ama asli kurucu iktidar yetkisi kullanarak yeni anayasa hazırlığına girişen, yasama döneminin ikinci yılındaki bir Meclis söz konusuydu. Dolayısıyla 1924'ü hazırlayan meclis aslında yalnızca türev iktidar yetkisi kullanabilecek bir organdı. Hâlihazırdaki parlamentonun, kendi içinden çıkan komisyonla yeni bir anayasa yapabilmesi o dönem zirveye çıkmış olan; TBMM'nin, dolayısıyla milletvekillerinin 'egemenliğin tek ve gerçek temsilcisi olduğu' algısıyla açıklanabilir. Bu arada, TBMM'nin Cumhuriyet'e yeni bir anayasa hazırlamak durumunda olduğu da düşünülmesi.<sup>16</sup> Hâl böyle olunca anayasanın özel olarak örgütlenmiş bir kurucu meclis tarafından hazırlanmasına ve halkoyuna sunulması kabulüne gerek duyulmamıştır. Anayasa tasarısı hazırlanması yönünde bir öneri de yok. Komisyon (Encümen) bu hazırlığı, anayasa önerisi, tartışma ve kabulünü düzenleyen bir hüküm

<sup>14</sup> Türkiye konusuna geçerken, Mümtaz Soysal'ın şu satırlarını hatırlatmakta yarar var: "Anayasa sözünün bıkkınlık verecek kadar sık kullanıldığı başka bir toplum bulmak herhalde çok güç. Türk toplumu, her tartışmasında, her yazısında, her söylevinde 'anayasa' sözünün edildiği bir toplum oldu." (Soysal, 1969: 1)

<sup>15</sup> Cumhuriyet anayasalarının yapım süreçlerine dair bilgiler Bülent Tanör'ün, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri* adlı eseri başta olmak üzere anayasa tarihine yer veren pek çok klasik anayasa kitabında yer almaktadır. Metinler açısından en değerli eser ise, Şeref Gözübüyük ve Suna Kili'nin hazırladığı, *Türk Anayasa Metinleri*'dir. Ayrıca, Ergun Özbudun'un 2012'de yayınlanan *1924 Anayasası* adlı kitabı, doğrudan/yalnızca 1924'e ilişkin yazılmış ilk eserdir.

<sup>16</sup> Tanör (*Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, s.241) ve Özbudun'un (*1924 Anayasası*, s.3) dikkat çektiği ilginç bir nokta, Anayasa Tasarısı'nın, bir milletvekilinden gelen öneri ile değil, Genel Kurul'a doğrudan Anayasa Komisyonu'nu tasarısı şeklinde sunulmuş olmasıdır.

olmamasından da yararlanıp kendiliğinden yapabilmıştır. Ardından Meclis'te görüşme ve kabul yetersayıları üzerine hayli uzun tartışmalar yapılmış, sonunda Genel Kurul (Heyet-i Umumiye), başlığı ile içeriği uyuşmayan bir karar almıştır.<sup>17</sup> Burada çarpıcı olan, hiçbir mecburiyetleri olmadığı halde milletvekillerinin, anayasayı görüşme ve kabul yeter sayıları üzerine böylesine çok tartışma yapip özel bir yöntem arayışında olmaları.

Anayasa'nın hangi metinler göz önünde bulundurulurken hazırlandığı bilgisine, gerek tutanaklarda gerekse tutanakları yeni Türkçe'ye çevirip 1957'de yayımlayan Ş. Gözübüyük ve Zekai Sezgin'in *1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri* adlı eserine Önsöz yazan T. Bekir Balta'nın satırlarında rastlamak mümkün. Görüşmelerden anlaşılıyor ki, yabancı metinlerden yapılan aktarma çok sınırlı. Fransa Üçüncü Cumhuriyet Anayasası ve 1921 tarihli Polonya (Lehistan) Anayasası yalnızca bazı özellikleri nedeniyle göz önünde bulundurulmuş. Balta'nın cümleleriyle: "Mahaza metinlerin mukayesesi gösteriyor ki, Anayasamıza yabancı metinlerden yapılmış iktibaslar pek mahduttur... mahdut haller hariç anayasamız umumiyetle rejimimizin o güne kadarki gelişimini esas alarak, 93 Kanunî Esasisi hükümleriyle, belli başlı demokratik memleketlerin anayasa müesseselerini de göz önünde tutarak Meclis, kendi anlayışına göre tedvin etmiş bulunmaktadır." (Balta, 1957: Önsöz)<sup>18</sup> Balta ayrıca, 1924 Anayasası'nın Polonya Anayasası'nın bölüm sistematığı ve birinci maddesinin yazılış şekline etkilenildiğini de vurgulamıştır. Cumhuriyeti'nin ilk anayasası, 20.04.1340 tarih ve 491 sayı ile ilan edilmiştir.

### **1961 Anayasası**

1961 Anayasası'nın özgün yanlarından biri askeri darbe ardından yapılmasıdır. Dolayısıyla buradaki asli iktidarı belirlemek basitti. Hükümeti devirip yönetimi ele geçiren ve o güne dek kurulmuş olan yöntem kurallarını silip yenisini yaratmaya muktedir olan kurucu, silahlı güçtü. Darbenin ardından yaşanan ara dönem 27 Mayıs'ta başlayıp 25.10.1961'de TBMM'nin toplanmasıyla kapanmıştır. 27 Mayıs- 12 Haziran arasında herhangi bir anayasal temele dayanmayan hukuk dışı yönetim vardır. 12 Haziran'da "Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında Geçici Kanun"un kabul edilmesiyle TSK adına siyasal gücü kullanan MBK (Milli Birlik Komitesi) hukuksal çerçeveye kavuşmuştur. Bunun adı bir anayasa değişikliği yasası olsa da aslında geçici nitelikte yeni bir anayasadır. Yasa'yla TBMM'nin tüm yetkileri MBK'ye devredilerek

<sup>17</sup> 11.3.1340 (1924) gün ve 83 numaralı Genel Kurul kararının başlığı şöyle: *Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun Ekseriyeti Mutlakanın Sülûsan Ekseriyetiyle Kabul Edilmesine Dair Heyet-i Umumiye Kararı*. Oysa bu başlığın altında yer alan karar metninde, "...kanunun ekseriyeti mutlakanın sülûsan ekseriyetiyle müzakere ve kabulü takarrür etmiştir." satırları var. Yani başlığa göre toplam üye sayısının salt çoğunluğunun üçte ikisinin aranması yalnızca *kabul* için geçerliken, karar bu sayıyı hem *müzakere* hem de *kabul* için öngörüyor. Oysa tutanaklar okunduğunda bu sayının yalnızca kabulde arandığını *görüşme yetersayısının* ise üye tamsayısının salt çoğunluğu olduğu anlaşılıyor. Dolayısıyla doğru olan kararın metni değil başlığı.

<sup>18</sup> Adı geçen Fransız Üçüncü Cumhuriyet Anayasası 1875 tarihli. Ülke, 1871'de yaşanan ve derin izler bırakan Paris Komünü deneyiminin ardından 1875'e dek Bourbon, Bonaparte ve Orleans hanedanları arasındaki çekişme nedeniyle yaşanan belirsizliklerle dolu bir dönem yaşamış ve Wallon adlı milletvekilinin verdiği önerenin kabulüyle Üçüncü Cumhuriyet'e geçmişti. 1875'te başlayan yeni anayasal düzen parlamenter cumhuriyeti kurmaya yönelikti ve 1940'taki işgalle son buldu (1946 Anayasası ile Dördüncü Cumhuriyet'e geçildi). 1875 Anayasası'nın özelliği o güne dek monarşilerde uygulanan parlamenter sistemi cumhuriyete uyarlamasıydı. Genel kanı 1875 Anayasası'nın, 1924 Anayasası'nda devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu yönündeki hükmün değiştirilemezliğiyle ilgili 102. maddesinin üçüncü fıkrasına ilham kaynağı olduğu yönünde. Ancak tutanaklar dikkatle incelendiğinde, örneğin Cumhurbaşkanı'nın yetkilerinin artırılarak parlamento karşısında güçlendirilmesine yönelik önerilere şiddetle karşı çıkanların ve çift meclisli sisteme geçilmesi konusunda kabul görmeyen önerilerde bulunanların, Fransa'daki iki meclisli sistem ve İngiltere'de benzer simgesel yetkilerle donanmış devlet başkanı modellerinden etkilendiğini tahmin edebiliriz. 1921 tarihli Polonya Anayasası ise *Mart Anayasası* olarak biliniyor. Savaş sonrası demokratik zihniyetle, azınlık hakları ve inançlar karşısında yansızlık ilkelerini vurgulayan ve Üçüncü Cumhuriyet Anayasası'ndan çokça etkilenecek hazırlanan bir metin.

çalışmalarının gizli olacağı kabul edilmiştir. MBK Başkanı *devlet başkanı* olacaktır.<sup>19</sup> Devrik siyasal güç sahiplerinin suçlarını araştırmak için *Yüksek Soruşturma Kurulu* ve yargılama için dokuz üyeden oluşan *Yüksek Adalet Divanı* kurulmuştur. 13 Aralık günü geçici anayasada değişiklik yapılarak yeni anayasanın bir KM (*Kurucu Meclis*) tarafından hazırlanacağı kabul edilmiş ve bu Meclis geçiş döneminin son aşaması olarak 6.1.1961'de çalışmaya başlamıştır. Böylece Türkiye ilk kez bir "Kurucu Meclis" ile tanışmıştır. Meclis'in bir kanadı, yıkılan yönetim dışında kalan çevrelerin, parti, kurum ve sivil toplum örgütlerinin olabildiğince geniş katılımı sağlanarak oluşturulan TM (*Temsilciler Meclisi*)- 256 üye ve MBK üyesi olmayan bakanlar). Diğer kanat ise 23 üyeli MBK.<sup>20</sup> TM, *Anayasa Komisyonu* ve *Seçim Yasası Komisyonunu* seçti. Tasarılar iki mecliste de görüşülüyor, anlaşmazlık çıkarsa *Karma Komisyon*a gidiyor ve nihai metin iki meclisin birleşik toplantısında üyelerin üçte ikisinin oyuyla kabul ediliyordu; dolayısıyla üye sayıları göz önünde bulundurulduğunda üstünlük TM'deydi. Anayasa Komisyonu, İstanbul Ön Tasarısını başlangıç, SBF Tasarısını ise yardımcı metin kabul etmiştir ve 1924'ten de çokça yararlanmıştı. Hazırlanan Anayasa, darbenin yıldönümünde KM'den geçti ve 9 Temmuz'da halkoylamasına sunularak % 61.5 evet oyuyla kabul edildi. Ekim 1961'de yapılan genel seçimlerin sonunda TBMM 25 Ekim'de toplanınca KM'nin hukuki varlığı da sona erdi.

### **1982 Anayasası**

12 Eylül ile başlayan dönem 27 Mayıs sonrasında çok daha uzun sürmüştür. Üç alt döneme ayrılır: Darbenin yapıldığı günden DM (*Danışma Meclisi*)'nin toplandığı 23.10.1981'e; bu tarihten, yeni anayasanın halkoylamasında kabul edildiği 7.11.1982'ye ve 7 Kasım 1982'den TBMM'nin toplanıp başkanlık divanının oluşturulduğu 6.11.1983'e dek uzanan üçüncü dönem. Bu süreçte son söz tartışmasız şekilde MGK'nin elindeydi.

MGK Başkanı Kenan Evren 12 Eylül günü radyo ve TV'de bir konuşma (*Resmi Gazete'de* yayımlanan) yapmış ve bu konuşma haftalar sonra kabul edilen *Anayasa Düzeni Hakkında Kanun* ile anayasal nitelik kazanmıştır. Koneş, 25.9.1980'de *İçtüzük* yaparak, TBMM'ye ait yetkileri MGK'ye devretmiştir. Bu dönemde, hükümet ve parlamento dağıtılmış, dokunulmazlıklar kaldırılmış, sıkıyönetim ilan edilerek askeri mahkemeler kurulmuştur. 27.10.1980'de *Anayasa Düzeni Hakkında Kanun* kabul edilmiş ve altıncı madde ile 1961 Anayasasına aykırı olan MGK işlemlerinin anayasa değişikliği olarak yürürlüğe gireceği ilan edilmiştir. Yani 1961 Anayasası, sıradan kararlarla değiştirilmiştir. Darbeciler açıkça ve bilinçli olarak anayasayı/hukuku aşağılamıştır. Anayasayı hazırlayacak olan iki kanatlı (MGK ve DM) KM (*Kurucu Meclis*) 29.6.1981'de kurulup Ekim'de çalışmaya başlamış, darbeciler işlerini pek aceleye getirmemiştir. DM (*Danışma Meclisi*)'nin 160 üyesi de MGK (yani beş general) tarafından seçilmiştir. Meclis'te son söz her zaman MGK'nindir (kararların salt çoğunlukla alındığı düşünülürse aslında üç üyenindir). 16.10.1981'de bütün partiler kapatılmış, onlara ilişkin her türlü görüş bildirilmesi yasaklanmıştır. Prof. Orhan Aldıkaçtı başkanlığındaki *Anayasa Komisyonu* (15 kişi) 1981 Kasım'ında çalışmalara başlamış ve tasarı Ağustos 1982'de *DM Genel Kurulu*'nda ilk kez görüşülmüştür. Komisyon çalışmaları kapalı olduğundan hazırlanan metin bilinmemiş, 5 Ağustos'ta yeni bir karar alan MGK tartışmayı, siyasal partilerin yöneticileri dışındaki üyeleri ve basın, üniversite gibi kuruluşlarla sınırlı kalmak kaydıyla serbest bırakmıştır. Ancak 12 Eylül'ün ruhunu sergileyen şu trajikomik ifadeyle

<sup>19</sup> Türkiye'de darbeler esnasında başa geçen yöneticiler, "cumhur"a karşı duydukları mahcubiyetten olsa gerek, seçilene dek "cumhurbaşkanı" sıfatını kullanmamışlardır.

<sup>20</sup> MBK'nin 14 üyesi, 13.11.1960'ta MBK içinde ara dönemi uzatmaktan yana olan azınlığa karşı yapılan darbe sonucunda yakalanıp yurt dışı temsilciliklerinde zorla görevlendirilmişlerdi.

birlikte: “...münhasıran Anayasa taslağının geliştirilmesi maksadı içinde kalınacak, Anayasa’nın halkoylamasında, halkın vereceği reyın nasıl olması gerekeceği hususunda etki yapacak herhangi bir telkinde bulunulmayacak...” Tasarı 23.9.1982’de DM, 18.10.1982’de ise pek çoğunda gerekçesini açıklama gereksinimi dahi duymadıkları değişiklikler yapan MGK tarafından kabul edilmiştir. 21.10.1982’de çıkan kararla, Anayasa’nın devlet adına tanıtılması görevi *resmen* MGK başkanı Evren’e verilmiştir. Tahmin edilebileceği gibi konuşmaların *eleştirilmesi* de yasaklanmıştır. Anayasa 7.11.1982’de oylanmış ve seçmenlerin % 91.27’sinin katıldığı seçimde Anayasaya % 91.37 *evet* % 8.63 *hayır* oyu çıkmıştır. MGK, bu tarihten 6.12.1983’e dek yetkilerini kullanmaya devam ederken ayrıca, seçimlere katılacak adaylar ve partiler için kendisine *veto* hakkı tanımıştır. Dolayısıyla seçimlere ‘sakıncasız’ görülenler katılabiliştir. 6 Aralık’ta MGK ve DM’nin varlıkları son bulurken MGK Başkanı Anayasa’nın halkoylamasında kabul edilmesiyle Cumhurbaşkanı olmuştur.<sup>21</sup> Kuşkusuz MGK’nin etkisi; Cumhurbaşkanı Konseyi, özel veto düzenlemesi, siyaset yasakları ve yasaklanan siyasetçiler vs. gibi yöntemlerle uzun süre devam etmiştir.

Görüldüğü gibi, 1982 Anayasası’nın hazırlanış ve kabul edilış sürecindeki hiçbir uygulama, demokratik anayasa yapıcılığı kurallarıyla bağdaşmaz. Bu süreçte, görelî de olsa serbest faaliyette bulunan partilerden, sivil toplumdaki kamuoyunun sağlıklı bilgilendirilmesi amacından ve sınırlı da olsa demokratik yöntemlerle oluşturulan meclislerden eser yok. 12 Eylül ardından beş general canlarının istediğini yapmış, üstelik seçimin plebisiter niteliği nedeniyle (anayasa kabul edildiğinde Evren’in de Cumhurbaşkanı seçilmiş sayılması) ‘evet’ oylarının Evren’e mi yoksa Anayasaya mı verildiği de anlaşılamamıştır.<sup>22</sup>

### ***Cumhuriyet Türkiyesi anayasalarını neden hazırladı?***

Dünya’daki önemli örneklere bakıldığında, anayasaların darbelerden, yeni bir devletin kurulma aşamasında, eski rejim sona erdiğinde, önemli krizlerin ardından ya da değişikliği kaçınılmaz hale getiren sorunların varlığı durumunda gerçekleştirildiğini görüyoruz. Anayasalar hemen tüm ülkelerde farklı ‘yöntemlerle’ hazırlanmıştır. Ancak teknik anlamdaki farklılıklara mukabil hemen tümünün bazı ortak gerekçeleri de vardır. Darbe anayasalarını bir yana bırakırsak tüm ülkeler makul bir uzlaşmayı, yurttaş kabulünü aramış ve bunu çeşitli yöntemlerle yaratmaya çalışmıştır. Türkiye’de askeri darbeler sonrasında hazırlanan darbe anayasalarının da kurucu meclis yöntemlerini benimsemeleri ve nihai olarak halkoylamasına başvurmaları göz önünde bulundurulursa, yurttaş onayının meşruiyet açısından değeri kabul

<sup>21</sup> Asli kurucu iktidarın gerçek sahibi olan MGK’nin başındaki isim olan Evren’in hukuksal konumunu daha iyi anlatabilmek için şu hatırlatmalı: Kenan Evren, 1983 yılının Temmuz ayına dek MGK Başkanlığı, Cumhurbaşkanlığı ve Genelkurmay Başkanlığı görevlerini aynı anda yerine getirmiştir. Bu durum, Cumhuriyet tarihimizde ilktir.

<sup>22</sup> Ara dönemin etkisi yalnızca o birkaç yılla sınırlı kalmamıştır. Bunun önemi, yalnızca anayasa hazırlamakla yetinmeyen asli kurucu iktidarın, siyasal yaşam açısından önemli tüm yasaları da bu dönemde çıkarıp onlara hukuksal koruma sağlamasıdır. Böylece kurma fonksiyonu mevzuat dünyasının her düzeyinde etkisini sürdürebilmiştir. Söz konusu geçici maddeler, Anayasa’nın 174. maddesinden sonra gelmek üzere Altıncı Kısım’ında yer alır. Halkoylamasında MGK Başkanı Evren Cumhurbaşkanı seçilmiş sayılmış (md.1), MGK’nin diğer dört üyesi Aralık 1983’ten itibaren altı yıl *Cumhurbaşkanlığı Konseyini* oluşturmuş (md.2); yine altı yıl boyunca cumhurbaşkanınca geri gönderilen anayasa değişikliklerinin kabul edilmesi için üye tamsayısının dörtte üçü aranmıştır. Ayrıca önde gelen siyasetçilere on yıllık siyaset yasağı getirilmiştir (md.4). Herhalde en önemli geçici hüküm *Geçici 15. Madde*’dir. Geçici 15. Madde’nin ilk iki fıkrası özetle dönemin sorumlularını, karar alıcılarını yargılamadan başışık kılmaya yöneliktir. Bu kısım, 12.09.2010 yılında gerçekleşen anayasa değişikliği halkoylamasıyla kaldırılmıştır. O dönemde çıkarılan yasa, KHK ile Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceğini hükme bağlayan son fıkrası ise 2001 yılında kaldırılmıştı. Ancak kaldırılırken, anayasa yargısına havale edilmesi durumunda anayasaya aykırı bulunması muhtemel sayısız yasa vs. hükmü için özel bir düzenleme yapılmadığından ancak *somut norm denetimi* (itiraz yolu) seçeneği kalmaktadır ki bu durum anayasaya aykırılıkların giderilmesinin uzun zaman alacağı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla 2011 yılında dahi 12 Eylül’ün etkisinden söz edilmesi boşuna değildir.



edilebilir.<sup>23</sup> İkinci ortak özellik ise, ülkelerin tümünün çeşitli düzeylerde bunalımlarla karşı karşıya olmalarıdır. Haliyle anayasa yapımı, 'olmazsa olmaz' bir araç olarak ortaya çıkmıştır. Tümünün kabul edilebilir bir gerekçesi, bir **kriz tanımı** vardır.

Bu veriler ışığında Türkiye'de nasıl bir manzarayla karşılaşıyor? Türkiye'de asli iktidar gücünü kullananların 'kurduğu' nedir? Kurulanın ne olduğuna verilecek bir yanıt doğal olarak 'sorun nedir?' sorusunu beraberinde getirecektir.

### **1924 Anayasası**

İlk Cumhuriyet anayasası 1924, parlamenter ve meclis hükümetinin özelliklerini birlikte taşıyan, çok partili yaşamda sorun çıkaracak bir egemenlik tanımı getiriyordu. Çünkü dönemin egemenlik anlayışı çoğulcu olmaktan çok çoğunlukçuydu; meclis önünde bir güç ve meclisin yurttaşın hak ve özgürlüklerine halel getirebileceği düşünülmemişti. Anayasa, devleti kuranların 'kurma' amacına uygun hazırlanmıştı. 1921 Anayasası'nın yerel yönetim modeli terk edilip bir ulus devlet yaratmak için daha işlevsel görülen üniter devlet modeli tercih edilmiştir. Uğradığı tüm değişiklikler de aynı amaca yöneliktir; ta ki DP dönemine kadar. Seçmene 'poz yapan' değişiklikler devrini DP başlattı. Anayasa, çok partili yaşamla birlikte özellikle sorun olarak algılanmaya başlandı.<sup>24</sup> Gerek DP öncesi gerekse DP döneminde sık sık yeni sorunlar saptandı ve çözüm için anayasa değişiklikleri önerildi.<sup>25</sup>

### **1961 Anayasası**

1961 Anayasası darbe anayasası olması ve başkaca olumsuzlukları<sup>26</sup> bir yana, döneminin ilerisinde, anayasacılığımızın zirvesi niteliğinde bir metindi ve düzenlemelerin büyük bir kısmı 1950-60 arası yaşanan 'sorunları' çözmeye yönelikti.<sup>27</sup> Tabii 'sorunu'

<sup>23</sup> A.Ü. SBF ve Hukuk Fakültesi hocalarının 1960'ta hazırladıkları öneri bu konuya değinir. İlk kez bir kurucu meclis öngörüldüğü ve ilk kez bir halkoylaması yapılacağı için görüş ilgi çekicidir. Çalışmaya göre, halkoylaması tek ilaç değildir demokratik meşruiyet için, hatta yetersizdir. Mutlaka millet tarafından seçilen bir meclise ihtiyaç vardır. Çünkü seçmen önüne gelen metni tartışma olanağından yoksundur ve hatta olağanüstü dönem geçsin diye manevi baskı altındadır da. Oysa demokrasi yalnızca bir karara oy vermeyi değil, aynı zamanda kararın içeriği üzerinde de tasarruf edebilmeyi gerektirir. Ayrıca halkın seçtiği meclis anayasayı yaparsa ayrıca halkoylamasına sunmaya da gerek kalmaz. Böyle bir deneyimimiz de yoktur. Meclis seçilmesi, partilerin de güçleri oranında temsilini ve nihai olarak anayasanın benimsenmesini sağlayacaktır. Milletçe seçilecek meclis bir yıl gibi kısa süreli bir kurucu meclis olması gerekir. Bu meclis siyasi deneyim ve uzmanlığı birleştirmelidir. Kurucu Meclis anayasayı çok daha hızlı hazırlar (Gerekçeli Anayasa Tasarısı, 1960).

<sup>24</sup> Ergun Özbudun, 1945-50 arasını "otoriter rejim anayasası altında demokrasiye geçiş" başlığı altında inceler. Özbudun'a göre 1924'te rejimin otoriter niteliğini çağrıştıracak bir hüküm olmasa da CHP'nin otoriter rejimi anayasaya rağmen kurulmuştur (Özbudun, 1993: 54-55). 1961 ve 1982 Anayasalarının yapımını ise "temsili olmayan meclisler" başlığı altına almıştır (Özbudun, 1993: 58).

<sup>25</sup> DP, TBMM'ye sunduğu hükümet programında (29 Mayıs 1950) anayasa değişikliğinden söz ediyordu. Bazı anayasa değişikliklerinin yapılması gerekir çünkü 1924 Anayasası güçler birliği esasına dayanan, yurttaş hak ve özgürlüklerini yeterli güvenceye alacak hükümlerden mahrum olan ve millet egemenliği yerine tek parti egemenliğinin kurulmasına engel olamamış bir anayasadır. İlginç olan DP'nin sonraki yıllarda bu eğilimi sergilemesidir. Ancak aynı vaat Dördüncü Adnan Menderes Hükümeti programında da tekrarlanmıştır: "Uzun zamandan beri bahis konusu olan Anayasa tadilleri için hazırlıklara başlaması ve 1958 seçimlerinden evvel behemehâl bu tadillerin tahakkuk ettirilmesi lazımdır, kanaatindeyiz." (Arar, 1968) CHP, 1954 ve 1957 seçimlerine giderken anayasa değişikliğinden söz etmiş; GİK bildiriyle diğer partileri bu konuda bir toplantıya çağırmıştır. Seçimlerden önce hangi konularda anayasa değişikliği gerektiği ortak bildiriyle yayımlanmıştır. Yurttaş hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması, anayasa mahkemesinin kurulması, yargıç güvencelerinin sağlanması, yürütmenin yasama tarafından daha oranlı bir şekilde kontrol edilebilmesinin sağlanması gibi. Hürriyet Partisi de seçim beyannamesine anayasa reformu eklemiştir. CHP'nin 14. Kurultay'da Ana Davalar Komisyonu 14 Ocak 1959'da ünlü İlk Hedefler Beyannamesini yayımlamıştır. Buradaki hemen tüm öneriler 1961 Anayasası'nda yer almıştır.

<sup>26</sup> MGK (Milli Güvenlik Kurulu), askeri yargı, iki kanatlı meclis yapısı gibi.

<sup>27</sup> Egemenlik tanımının değiştirilmesi, Anayasa Mahkemesi'nin kurulması, özerk kurumların yaratılması, temel hakların

tanımlayan da çözüm üreten de 1950'de iktidarını kaybedenlerdi: Asker/sivil bürokrasi ve aydın kesim. DP'nin mirasçıları, 1965 seçimlerinde çoğunluğu elde etti. 12 Mart'ta Başbakan Demirel şapkasını alıp gitti ama iki yıl içinde yapılan değişikliklerin büyük kısmı o şapkadan çıkan taleplere uygundu; yani yeni 'sorun' 1961 Anayasası olmuştu.<sup>28</sup>

### **1982 Anayasası**

12 Eylül darbesinde, 12 Mart'ın bir prova olduğu da anlaşıldı. Aynı Başbakan yine şapkasını alıp gitti. Hazırlanan anayasa, 1965-80 arasındaki 'sorunları' çözmeye yönelik oldu. 1961 Anayasası ile ülke yönetilemezdi çünkü anayasa yurttaşla 'bol' geliyordu. Gereksinim duyulan haliyle 'yurttaşın üzerine tam oturacak' bir anayasa hazırlamaktı.<sup>29</sup> Beş General (MGK), telaşla (16 sayılı karar) *24 Ocak kararlarını* (Süleyman Demirel- Turgut Özal işbirliği) güvence altına aldı; ülkede sivil topluma ve özellikle sol siyasete ilişkin ne varsa silindir gibi ezdi, olağan rejime geçene dek düpedüz tüm kurumlarıyla faşizmi yaşama geçirdi. Geçici 15 Madde ile dönemin hukuku (yasaları vs.) ve sorumluları da koruma altına alındı. Anayasa, artık palazlanmış olan sermayenin en azından kısa vadeli taleplerini karşılıyordu; sosyal/sendikal hak ve özgürlükler her açıdan kuşa çevrildi, siyasi partilerle işbirliği yasağı getirildi. İlk kez bir anayasa metnimiz bütünüyle *kutsal devleti* yurttaşla karşı korumaya yönelikti. Amaç, topluma yeni değerler doğrultusunda biçim verebilmektir ve bir bütün olarak 12 Eylül hukuku bu konuda hayli başarılı oldu.

---

sınırlanması konusunda getirdiği "öz" güvencesi, yargı bağımsızlığın sağlanması için kurumsal güvenceler ve tamamen yeni olan sosyal hakların anayasal güvenceye kavuşturulması gibi.

<sup>28</sup> Dönemin önemli siyasi ve akademik figürü Turan Güneş 1961 Anayasası'na "kendini savunamayan dilsiz, günahkâr anayasa" der. Tercüman, Yeni Forum ve Mülkiyeliler Birliği'ndeki (22 Mayıs 1980) toplantıları "duygusallığın, yüzeyselliğin inanılmaz örnekleri" olarak tanımlar (Güneş, 1983: 37). Herhalde şu saptamasına katılmamak güç: "Anayasamız iyidir, ilericidir; onu kapitalizme ve faşizme karşı savunmalıyız diyenler de, felaketimizin sebebi anayasadır diyenler de aslında aynı anlayıştan hareket etmektedirler. O da bir ülkenin sorunlarının anayasa ile çözülebileceği ya da bir ülkenin sorunlarının anayasadan kaynaklandığı! En karışık sosyal ve siyasal olayları böyle basite indirgemek bizim düşünce tembelliğimizin, yalınkatlığımızın ve sorunlara duygusal açıdan bakmamızın bir sonucudur." (Güneş, 1983:40)

<sup>29</sup> 12 Eylül'e gidilen süreçte anayasa yapımı için uygun ortam yaratılması çabasının en dikkate değer ve ibret verici öyküsü Tercüman Seminerleri, Yeni Forum toplantıları gibi etkinliklerdir. 1980 yılının Nisan ve Mayıs aylarında Tercüman Gazetesi, Yeni Forum ve İstanbul Barosu-İ.Ü. Siyasal Bilimler Fakültesi çatıları altında anayasa seminerleri düzenlenmiş, 1982 Anayasası'nın temelleri bir ölçüde bu seminerlerde atılmıştır. Özellikle **Tercüman Gazetesi Seminerleri** ve Tercüman yazarı Nazlı Ilıcak'ın yazdıkları "öngörü" açısından hakikaten manidardır. Bu ayların en hararetli tartışma konusu biraz da Anayasa'nın ilgili hükmündeki "yaptırımsızlık" nedeniyle bir türlü sonlandırılmayan cumhurbaşkanı seçimiydi. Seçimin aldığı kabul edilemez hal ve hiç kimse üzerinde uzlaşılammış olması, son yıllardaki sorunların çoğunu anayasada görenlerin, anayasa tartışması başlatmasına ve özellikle devlet başkanının halk tarafından seçilmesi üzerinde ısrarla durulmaya başlamasına neden olmuştur. Halk tarafından seçim 1970'lerin başında Necmettin Erbakan'ın hayalimdi ve 1980'de, darbeden hemen önce iki kez meclis gündemine getirilip reddedilmişti. Ardından Özal ve Demirel tarafından da savunulan bu düşü gerçekleştirmek 2007 yılında, yine bir devlet başkanı seçim krizini gerekçe yapan AKP (Adalet ve Kalkınma Partisi)'ye kismet olmuştur. Tercüman'ın semineri "*Siyasi Rejimin İşler Hale Getirilmesi, Anayasa ve Seçim Sistemimiz*" başlığını taşıyordu ve konuşmacıları, Turhan Feyzioğlu, Yaşar Karayalçın ile darbe sonrasında kurulan Anayasa Komisyonu'nun başkanı olacak Orhan Aldıkaçtı'dır. Konuşmacılar, yaşanan aksaklıkların faturasını büyük ölçüde anayasaya çıkarmış ve yürütmeyi güçlendirecek, yüksek yargı organlarının hükümete set çekmesini engelleyecek önlemler üzerine görüş bildirmişlerdir. Tabii, istikrarsızlık eleştirilerine muhatap olan seçim sistemi de değiştirilmelidir. Dolayısıyla konuşmacılar, yaşanan bunalımın gerekçeleri konusunda Süleyman Demirel ile hayli benzer tespitlerde bulunmuştur. (Bu arada anayasa taslak metin hazırlığı söylentilerinin odağında Coşkun Kırca ve A. Başer Kafaoglu vardır) Toplantıların özelliği, her zaman olduğu gibi nedeni ve tabii çözümü siyasi olan sorunların anayasa değişikliği ile çözülebileceğinin düşünülmesi ve anayasa konularına karşı sergilenen yüzeysel yaklaşımdır. Önerilerin çoğu 1982 Anayasası'nda yer bulmuştur. Konuya ilişkin kapsamlı kaynak için bkz (iki Seminer ve Bir Reform Önerisinde Tartışılan Anayasa, 1982).

## Güncel durum ve tartışmalar

1982 Anayasası, bu güne dek 18 kez değiştirildi.<sup>30</sup> En kapsamlı değişiklikler 1995, 2001 ve 2010 yıllarında yapıldı. (2017 değişiklik önerisinin 16 Nisan 2017 günü yapılacak halkoylamasında kabul edilip edilmeyeceği henüz belli değil.)

Anayasa'nın anti demokratik düzenlemelerden arınması için en gerekli düzenlemeler kuşkusuz 1995 ve özellikle 2001 değişiklikleriydi. Her değişiklik aşamasında meclis tartışmalarında yeni bir anayasanın yapılması gerektiği muhtelif milletvekilleri tarafından gündeme getirilmiştir. Ancak bu arada Anayasa'nın yaklaşık yarısı değiştiğinden ve değişmeyenler içinde kalan sorunlu bazı düzenlemeler mecliste yer alan parti eğilimlerinin büyük ölçüde yararına hükümler içerdiğinden olsa gerek, yeni bir anayasa yapımı hep sürüncemede kaldı. 2011 milletvekili genel seçimleri propaganda süreci sırasında iktidar partisi AKP (Adalet ve Kalkınma Partisi) seçim vaadi olarak 'yeni anayasayı' gündeme getirdi. 2007 yılında da gündeme gelmiş ancak Ergun Özbudun ve ekibinin (altı kişi) hazırladığı taslak, kamuoyunda bir süre tartışmaya neden olduktan sonra gündemden düşmüştür. Tabii bu arada geçtiğimiz 30 yıl boyunca pek çok kurum (TOBB, TÜSİAD, Barolar gibi) anayasa önerisi hazırlamıştır. Önerilerin çoğu birbirine benzer nitelikler göstermektedir. Tümü, parlamenter demokrasi içinde temel haklara dair sorunları en aza indirmeye yöneliktir. Bu satırların yazıldığı tarihte ise, Meclis'te grubu bulunan her partiden eşit sayıda milletvekili kabul edilerek bir Uzlaşma Komisyonu oluşturulmuş ve Anayasa alanında çalışan "profesörlerden" önemlice bir kısmı TBMM'ye davet edilerek anayasa yapım süreci hakkındaki görüşlerine başvurulmuştur.<sup>31</sup>

Sürecin bu aşamasında iç içe geçen iki temel açmaz/konu olduğu söylenebilir: TBMM 'yeni' bir anayasa yapabilir mi? Yeni anayasa nasıl yapılmalı?

### ***TBMM "yeni" bir anayasa yapabilir mi?***

Eylül 2011'de TBMM'ye davet edilen profesörlerin çoğu TBMM'nin yeni bir anayasa yapabileceği görüşündeydi. Ana eğilim, yeni bir anayasayı yapmak için darbe ya da savaşa gereksinim duyulmaması gerektiği, bunun anlamsızlığı ve bu nedenle halihazırdaki meclis yani 'türev' kurucu iktidarın adı 'yeni' olan bir anayasa yapabileceği yönünde olmuştur. Anayasacıların çoğunluğu bir meclise kuruculuk vasfını tanıırken, hukukla belki yalnızca dolaylı ilgisi kurulabilecek bir terminoloji kullanmaktadır. Bir başka argüman ise Anayasa'da TBMM'nin yeni bir anayasa yapmasını engelleyecek bir hükmün olmadığıydı. Doğru; Anayasa'nın herhangi bir yerinde 'TBMM yeni anayasa yapamaz' hükmü bulunmamaktadır, ancak aynı Anayasa'nın 'değiştirilmez maddeleri' vardır ve çoğu anayasacı, asli kurucu iktidar tartışmasını bugüne dek o maddeler üzerinden inşa etmiştir.

<sup>30</sup> Bu makale yazıldığında henüz dokunulmazlıklara yönelik 2016 değişikliği gerçekleşmemişti. Takip eden satırlar, söz konusu değişiklik gerçekleştirilmeden öncesine ilişkindir: 18 kez değişmiş gibi görünse de aslında 17 kez değiştirilmiştir. Çünkü: 17 Ekim 2007 günlü (26673) Resmi Gazetede yayınlanan metin, bir anayasa değişikliği değil (17. Ve 18. Geçici maddelere ilişkin). Hukuk dışı bir biçimde, daha önce kabul edilmiş ve halkoylamasına sunulmasına karar verilmiş bir anayasa değişikliğinde değişiklik yapan bir metin. Bunun kaderi, anayasa olup olmayacağı, tamamen ilk değişikliğin (on dördüncü değişikliğin) kaderine bağlı. Bu kaderi de, 21 Ekim 2007 halkoylaması belirledi. On dördüncü değişikliği ve bu değişiklikte değişiklik yapan metni, ancak halkoylaması "anayasa" haline getirdi. Halkoylamasından önce, bunlara anayasa değişikliği demek olanaksız. Nitekim, 6 Ağustos 1988'de (3467 sayılı yasayla) kabul edilen anayasa değişikliği, 25 Eylül 1988 günlü halkoylamasında reddedilince, anayasada hiçbir değişiklik olmamıştır. Beni bu değişiklik konusunda uyarın Prof. Cem Eroğul'a teşekkür borçluyum. Eroğul'un bu tespiti için ayrıca 19 Ekim 2007 tarihli Cumhuriyet gazetesindeki yazısına bakılabilir.

<sup>31</sup> 19 Eylül 2011, *Anayasa Hukuku Hocalarıyla Toplantı*.

Dolayısıyla Türkiye'deki tartışma açısından öncelikle şu soruya yanıt bulmak gerekir: Ortada hukuksal bir boşluk yokken, hukuk düzeni ve anayasa varlığını sürdürüyorken, üstelik değişmez maddeleri de olan bir anayasanın bütünüyle değiştirilmesi mümkün müdür?

*İnceleme, taban tabana zıt iki görüş üzerinden yapılabilir:*

İlki Kemal Gözler'in, diğeri TÜSİAD Raporunu hazırlayanlardan Turgut Tarhanlı ve Ergun Özbudun'un düşünceleri. Gözler gibi düşünenler daha az olmakla birlikte her iki eğilimin de destekçileri vardır. (Giriş kısmında söz ettiğim Fazıl Sağlam'ın makalesi, belli noktalarda ikisi arasında belki bir üçüncü görüş/yol kabul edilebilir ve bu satırların yazarına yakın gelen bir değerlendirmedir. Aşağıda bir kez daha değinilecek)

Gözler, TBMM'nin adı 'yeni' olan bir anayasa yapamayacağı ancak anayasa değişikliği gerçekleştirebileceği görüşünü savunuyor. Gözler'e göre TBMM "kurulmuş" yani "tali iktidar"dır ve bu nedenle yeni bir anayasa yapma yetkisine sahip değildir: "Şunu açıkça söyleyelim: 27 Mayıs 1960 ve 12 Eylül 1980 hükümet darbeleri gibi bir hükümet darbesi olmadıkça, Türkiye'de aslî kurucu iktidarın ortaya çıkması mümkün değildir. Aslî kurucu iktidar ortaya çıkmadıkça da, mevcut Anayasa ilga edilemez. Mevcut Anayasa ilga edilemez ise, yeni bir anayasa da yapılamaz. Yürürlükteki Anayasaya göre seçilmiş ve yürürlükteki Anayasaya göre çalışmakta olan TBMM, nasıl olacak da, kendisinin varlık sebebi olan, kendisini kuran Anayasayı ortadan kaldıracaktır? TBMM'nin kendisini kuran Anayasayı ilga etmesi, bizzat kendisini de ortadan kaldırması anlamına gelir. TBMM, nasıl olacak da kendini ve keza diğer anayasal organları ortadan kaldıracaktır? Ayrıca belirtelim ki, Türkiye'de birilerinin yürürlükteki Anayasayı ilga etmeye ve bu şekilde bu Anayasa ile kurulmuş olan yasama, yürütme ve yargı organlarını ortadan kaldırmaya veya bunların anayasal görevlerini yapmasını engellemeye teşebbüs etmeleri, sadece mantıkî bir tutarsızlık değil, aynı zamanda ceza hukuku bakımından suç teşkil eder." (Gözler, 2011) Gözler, TBMM'nin yalnızca anayasa değişikliği gerçekleştirebileceğini ve bunu Anayasa'nın 175. madde hükümlerine uyarak yapmak zorunda olduğunu ısrarla vurgulamıştır.

*Karşı görüş çok daha yaygındır:*

TÜSİAD için hazırlanan metinde (yuvarlak masa toplantısı) sonuç değerlendirmesi yapan Turgut Tarhanlı ve Ergun Özbudun'un görüşleri, yeni anayasanın olağan TBMM tarafından yapılmasının daha uygun olacağı yönündedir (Tarhanlı/Özbudun, 2011: 39 vd.). Temel gerekçeleri şöyle: Olağan TBMM'nin yeni anayasa yapması önünde hukuksal bir engel yok (yukarıda dikkat çekilen ikinci sav), çünkü demokratik bir rejimde asli kurucu iktidarın tek sahibi halktır ve halk, kurucu iktidarını serbestçe seçilmiş temsilcileri eliyle her zaman kullanabilir. Yeni bir anayasanın ancak anayasal süreçte bir kesinti olması halinde yapılabileceği görüşü, mantık ve sosyolojik gerçeklerle bağdaşmamaktadır.

Yazarlara göre ayrıca anayasayı olağan TBMM yapmalıdır çünkü salt anayasa yapımı çalışmalarını yürütecek ayrı bir meclisin kurulması, dünya uygulamasında hemen hiç rastlanmayan bir yöntem olduğu gibi, iki meclisin aynı anda faaliyette bulunmaları bir yetki kargaşasına yol açabilecek ve şayet TBMM onaylamazsa, girişim sonuçsuz kalmış olacaktır. Kurucu Meclis'te halkça seçilmemiş üyelerin varlığı meclisin demokratik meşruiyetini gölgeler. Üstelik TBMM'nin anayasayı yapma ve değiştirme iktidarını kısmen dahi olsa başka bir organa devredebilmesi mümkün görünmemektedir.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Bu görüşle, TBMM'nin, kurucu iktidarın değiştirilemez maddeleri öylece dururken yeni bir anayasa yapabileceği düşüncesini bağdaştırmak çok sorunlu görünmektedir.

Yazarlar, anayasayı yapacak TBMM'nin temsil niteliğinin artırılması gerektiğini de haklı olarak vurgulamıştır. Baraj makul seviyeye indirilmelidir. Belli sayıda seçim çevresinden birini alan partilerin barajdan muaf tutulması da düşünülebilir. Bir *Partiler Arası Uzlaşma Komisyonu* kurulması da yerinde olur. Dışarıdan bolca uzman komisyonlara davet edilmelidir. Anayasa yapım sürecinin olabildiğince demokratik bir ortamda yapılabilmesi için, ifade ve siyasi örgütlenme özgürlüklerini kısıtlayan düzenlemeler kaldırılmalıdır.

Görüldüğü gibi farklı görüşlerden ikincisi, TBMM'nin yeni bir anayasa yapabileceğini ancak bazı ön koşulların yerine getirilmesi gerektiğini savunurken, ilk görüşün sahipleri TBMM'nin yalnızca anayasa değişikliği gerçekleştirebileceği, dolayısıyla ortada hukuksal boşluk yokken yeni bir anayasa yapamayacağı kanısındadır.

Çok zıt görünmekle birlikte, söz konusu farklılığı bazı açılardan törpülemek mümkün olabilir.

### ***Diğer yollar mümkün mü?***

Kemaş Gözler'in eleştirisindeki haklı nokta, şu anda Türkiye'nin bir anayasası olduğu ve metnin nasıl değiştirileceğinin hükme bağlanmış olduğu görüşüdür. Anayasa'nın, değişikliği düzenleyen 175. maddesi de ilk dört maddenin içeriği de bellidir. O maddeler değiştirilmeden, ilk üç madde sorunu aşılmadan, sanki değiştirilemez hükümleri olan bir anayasa hiç yokmuşçasına 'yeni' bir metnin oluşturulabileceğini savunmak, sosyolojik gerçekler ve siyasal tercihler bir yana, anayasanın bağlayıcılığı karşısında çok güçtür. Çünkü siyasal/sosyolojik gerçeklerle bağdaşmayan anayasalar da hukuksal açıdan bağlayıcıdır.

Tarhanlı/Özbudun'un argümanlarında da akla yatkın yönler var. Yeni anayasa yapmak için darbe, savaş ya da yeni bir devlet beklemek toplumsal/siyasal gerçeklerle bağdaşmamaktadır. Ayrıca TBMM'nin yeni bir anayasa yapmasını yasaklayan bir hüküm yoktur. Gerçi bu ikinci gerekçe, mantıklı görünmekle birlikte çok daha zayıftır; çünkü herhangi bir anayasada böyle bir düzenlemenin bulunması pek akıl kârı olmayacağı gibi, değiştirilemez hükümlerin türev iktidarı sınırlaması, halihazırda bu anlama gelmektedir.

Bir diğer yaklaşım mümkün olabilir. Ancak öncelikle yöntem tartışmasının çok önemli olduğunu hatırlatmak ve kabul etmekte yarar var. Şekil, içerik kadar ve hatta çoğu zaman içerikten önemlidir. Çünkü şekil ya da başka bir adlandırmayla yöntem üzerine yapılacak tartışma doyurucu olmazsa ve bu konuda vasatî de olsa bir uzlaşma sağlanamazsa, ortaya çıkacak metin hangi nitelikte olursa olsun onun sahiplenilmesi mümkün olmayacak. Eğer düzgün ve güncel siyasi tartışmaların sığınağına sivrulmadan bir yöntem tartışması yapılabilirse, yukarıda aktarılan ve zıt iki savın birbiriyle yakınlık kurabilmeleri mümkün hale gelebilir.

1982 Anayasası'nın 'ilk üç maddesi' değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez. Anayasa'nın hazırlık aşamasında DM Anayasa Komisyonu, 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi yalnızca birinci maddenin (devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu yönündeki düzenleme) değiştirilemeyeceğini kabul etmiş ancak MGK, değişmez madde sayısını üçe çıkarmıştır. 2008 yılına dek hemen tüm anayasacılar, değiştirilemeyecek maddeleri sayan dördüncü maddenin

değiştirilmesi durumunda ilk üç maddenin de değiştirilebileceğini savunmuş<sup>33</sup> ancak Anayasa Mahkemesi 2008 yılında verdiği kararda, asli kurucu iktidarın yarattığı olduğu ve değişirse ilk üç maddenin anlamsızlaşacağı görüşüyle, dördüncü maddenin de değiştirilemeyeceğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 2008'de verdiği bu karar kamuoyunda 'türban kararı' olarak biliniyor (*Resmi Gazete*, 22.10.2008- 27032). Karar, anayasa değişikliklerinin denetimini yaptığı, şekil denetimini aştığı savıyla şiddetle eleştirilmiştir.<sup>34</sup> Ancak Mahkeme'ye öfke duyanlar, kararın verilmiş mantığının, ilk üç maddenin aşılabilmesi konusuna dair ipuçları barındırdığını göremedi. Oysa dikkatli bir okuma, ilk üç madde sorununu, anayasanın sınırı içinde kalarak ve hatta yargı kararlarına uyarak aşmanın çok güçlü ipuçlarını veriyor. Şöyle ki: Dördüncü madde "Anayasanın 1. maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3. maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez" der. Anayasa Mahkemesi 2008 kararında 1970'lerdeki içtihadına dönerek özetle şunu vurguladı: Anayasa'nın herhangi bir maddesindeki değişiklik, üstü kapalı ya da açık şekilde ilk üç maddedeki ilkelerden birini ihlal edebilir. Bu durumda o değişiklik, dördüncü maddedeki yasağı ihlal ediyor demektir. Yani teklif edilemez. Teklif edilemeyecek bir değişikliğin, biçim koşulu olan 'teklif çoğunluğunu' sağladığı düşünülemez. Mahkeme, değişikliği bu gerekçeyle 'şekilden' iptal etmiş ama iptale giden yolda aslında esas denetimi yapmıştır. Kararın tartışmalı olduğu hatırlatıp şu yaşamsal soruya bakalım: Dördüncü maddedeki yasağın kapsamı nedir? Tek bir sözcük değiştirilemez mi? Örneğin İstiklal Marşı'nın adı 'Bağımsızlık Marşı' yapılamaz mı? 'Devletin dili,' 'resmi dile' dönüşemez mi? Onlarca soru sorulabilir. Herhalde yasağın böylesi anlamsız bir katılığa yorumlanması akıl ve hukuk dışı olur. Kurucu iktidarın böyle bir amaç gütmeyeceği açıktır. Mahkeme'ye göre: "Yürürlükteki Anayasamızın öngördüğü düzen, anayasal normlar bütünü ve bu bütünü somutlaştıran ilk üç maddede ortaya çıkan bir anayasal düzendir. Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa'nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır... Bu durumda Anayasa'nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa'nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez."

<sup>33</sup> *İki Anayasa'da Tanör*, ilk üç maddenin değiştirilebileceğini ve bunun dördüncü madde değiştirilerek yapılabileceğini savunur (Tanör, 1986: 176). Hemen ardından Tanör, Anayasa'daki sorunların kısmi değişikliklerle giderilip giderilemeyeceğini, yeni düzenlemelerle anayasanın demokrasi açısından bir sorun olmaktan çıkma olasılığı olup olmadığını da sorar (s.188) ve olumlu bir yanıt vermenin çok zor olduğu kanısına varır. Söz konusu düşüncenin doğal uzantısı ise yeni bir anayasa önerisidir: Anayasa değişikliğinde olduğu gibi yeni anayasa yapımında da yetkili organ TBMM'dir, ayrı bir kurucu meclis şart değildir. Örnek olarak 1924 Anayasasının hazırlık sürecini verir: "Bunun aksini düşünmek, yani meclisin yeni bir anayasa yapamayacağını ileri sürmek, yeni anayasaların yapılabilmesinin ancak ihtilallerle ve bunlardan sonra kurulan 'kurucu meclis'lerle mümkün olabileceğini söylemek olur ki, bunun mantıklı ve ciddi bir yanı olamaz." (s.189) Tanör'ün 1924 Anayasası için yaptığı yorum, 1924 Meclisi'nin gündeminde yeni bir devletin kuruluşu olduğunu gözetmeyen, biraz kolaycı bir değerlendirme olmuştur. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin 2008 tarihli kararı, Yazar'ın "dördüncü madde değişirse sorun kalmaz" düşüncesini de geçersiz kılmıştır.

<sup>34</sup> Elbette her mahkeme kararı eleştirilebilir. Ancak Türkiye'de muhafazakar eğilimin yargıya yönelik eleştirisi, çoğu zaman "yerindelik denetimi" itirazı altında neredeyse yüksek yargı organlarının varlığını sorgulamaya varmaktadır. Oysa yargı kararları eleştirilebileceği gibi muhatapların o yargı kararları doğrultusunda bazı yöntem değişiklikleri yapması da mümkündür ve çoğu zaman gereklidir. Andrew Arato, Türkiye üzerine kaleme aldığı bir makalesinde, Anayasa Mahkemesi eleştirisinden yola çıkarak, Roosevelt ve Indira Gandhi'nin siyasi hedeflerine ulaşmak için baskı altına aldıkları yüksek mahkemelerin sonrasında nasıl anti-demokratik kararlar verebildiğini hatırlatıyor. Arato'ya göre Gandhi olağanüstü hal yasalarıyla neredeyse Hindistan demokrasisini yok edecek ve Roosevelt, refah devleti siyaseti esnasında baskı altına aldığı Yüce Mahkeme'nin ABD'li Japonlar hakkında verdiği kararla (Korematsu v. The U.S.), yaklaşık 140 bin Japon'un gardiyanlığına soyunmuştu (Arato, 2010b: 346).

Kararın kalanı okunduğunda şu görülüyor: Mahkeme'ye göre 'temel ilkeler' yalnızca kuru sözcükler değil, tercih edilen siyasal düzenin somutlaşmış halidir. Eğer ilk üç maddedeki ilkeler birer sözcükten ibaret değilse, o zaman değiştirilmezlik yasağını nokta/virgülün değiştirilemezliği şeklinde algılamak için nedenimiz yok. Üstelik Anayasa'nın hem dördüncü hem de diğer maddelerinde, bizleri 'tek satır dahi değiştirilemez' düşüncesine yöneltecek bir ifade de yok. Bu durumda, Anayasa'nın ilk üç maddesinin 'özünün,' temel ilkelerin değiştirilemeyeceği sonucuna varılabilir. Örneğin devlet şeklinin Cumhuriyet oluşu, ve Cumhuriyet'in nitelikleri gibi. Bunlar asli kurucu iktidarın tercihidir ve kuruluş aşamasının özünde olan değerlerdir. Ancak öz dışında, örneğin Cumhuriyet'in demokratiklik niteliğini güçlendirecek ifadeler konulmasının, ya da dilin, daha doğru bir biçimde ve madde kenar başlığına uygun olarak 'resmi dile' dönüşmesinin, insan hakları ilkesinin güçlendirilmesinin ilk üç maddenin özüne ve düzenleniş mantığına ne zararı olabilir? Anayasa'daki değişmezlik yasağı bu şekilde okunursa hem daha özgürlükçü bir yorum yapılmış hem de bu yorum, Anayasa Mahkemesi kararından türetilmiş olur.<sup>35</sup>

Dolayısıyla ilk üç madde temel değerler korunmak kaydıyla, Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda ve ona uygun olarak değiştirilebilir. Bunun önünde anayasadan kaynaklanan bir engel yok. Demek ki bu düzenlemelerin kurucu iktidarın temel ilkelerinin varlığına dokunulmadan değiştirilmesi için bir darbe vs. yani asli kurucu iktidar beklenmesine gerek yok. Eğer Anayasa'nın tümü değiştirilebilirse adının 'yeni' olmasına bir engel kalır mı? Yapan iktidarın asli olmadığı düşünülürse, evet kalır. Çünkü tüm maddeleri bile değiştirilse sonuç olarak Anayasa'nın 175. maddesine göre değişip Cumhurbaşkanı tarafından imzalanacak ve gerekirse halkoylamasına sunulacaktır. İşte bu noktada da Kemal Gözler'in itirazının haklı olduğu düşünülebilir. Dolayısıyla yürürlükteki anayasaya göre Anayasa'nın tüm maddeleri verili hukuk kuralları içinde kalarak değiştirilebilecek, ancak bu işlem 175. maddenin çizdiği çerçevede kalınarak yapılacaktır. (Yukarıda söz edilen Fazıl Sağlam'ın konuya dair düşünceleri bu bağlamda ufuk açıcı ve sözlü sunumda dile getirilecek.)

Gelelim anayasanın 'nasıl' yapılacağına.

### ***Anayasa nasıl yapılmalı?***

1982 Anayasası'nın tümüyle değiştirilmesinin yani 'yeni' bir anayasa hazırlanmasının söz konusu olduğu günden bu zamana, tartışılan konuların başında anayasa yapımı konusu geliyor. Bunun muhtelif gerekçeleri var: Öncelikle, Cumhuriyet döneminde özel koşulların ürünü olan 1924 Anayasası bir yana bırakılırsa, darbe anayasası olmayan bir anayasanın nasıl yapılacağı konusunda deneyimsizlik söz konusu. 'Katılımcı,' 'uzlaşmacı' gibi ifadelerin sıkça duyulur olmasının nedeni, meşru ya da bir başka deyişle yürürlüğe girdiğinin ertesi günü tartışılmaya başlanmayacak bir anayasa hazırlayabilmek. Bu amaca yönelik çok sayıda görüş ileri sürülüyor ve ortak noktaları yapım sürecindeki katılımı artırmak için düşünce üretmek. Tabii, katılımdan tam olarak ne kastedildiği hiç birinde açık değil çünkü bir katılım tanımı yapabilmek için Anayasa'nın hangi amaçla hazırlandığının anlatılabilmesi gerekli ki katılımcıların kimler olabileceği ve katılımın niteliği ortaya çıksın. Bu konuya sonuç kısmında değinilecek. Haliyle, ilki yapılamazsa için ikincisi ile ne anlatıldığı da bilinemez. İkinci gerekçe ise yukarıda anlatılmaya çalışılan, halihazırdaki TBMM'nin yeni bir anayasa yapım yapamayacağı konusundaki teknik hukuk tartışması.

<sup>35</sup> Nitekim Fransız Anayasası'nın devletin Cumhuriyet olduğunu hükme bağlayan birinci fıkrasına 2003 değişikliği ile Fransa'nın "desantralize"(ademi merkezietçi) olduğu ilkesi eklenmiştir. Düzenleme, Cumhuriyet ilkesini güçlendirici niteliktedir.

*Türkiye’de konuya dair yapılan bazı toplantı ve hazırlanan metinlerden örnekler vermek aydınlatıcı olabilir.*

TEPAV’ın 2007 yılında gerçekleştirdiği *Anayasa Platformu, 1. Ulusal Çalıştayı Sonuç Raporu’nda* (Anayasa Platformu), anayasadaki temel sorun üzerinde durulmuş ve yapım yöntemi üzerinde görüş alışverişinde bulunulmuştur. Rapor’un bu çalışmayı ilgilendiren kısmı “Anayasaların yapılması/değiştirilmesi” başlığıdır (TEPAV, 2007: 134). Tartışmacılar çok geniş bir katılım için STK’leri de kapsayan ve Komisyon çalışmalarına bir şekilde katılmalarını sağlayacak öneriler getirmiştir. Türkiye için kurucu meclis önerileri daha çok asli kuruculuk tartışmasının üstesinden gelme amacına yönelik görünmektedir. TEPAV çalışmasının katkısı TBMM’nin anayasa yapması durumunda katılımın sağlanması için neler yapılabileceğine yöneliktir: “Sivil toplumun katkı sağladığı ancak parlamento tarafından yürütülen bir anayasa yapım süreci için: a. Sivil toplum temsilcilerinden oluşan geniş katılımlı bir danışma meclisi veya kurulu oluşturulması, anayasayı hazırlayacak TBMM komisyonunun sorunlu bulduğu konuları burada tartışmaya açması; b. Oluşturulacak anayasa yapım komisyonunun, çalışmalarını STK’lardan oluşan geniş katılımlı bir danışma kurulunun görüş ve önerileri ışığında yürütmesi; c. Taslağın TBMM’de sivil toplum temsilcileri ve siyasileri bir araya getiren ilgili bir komisyonca hazırlanması; d. Anayasa’nın doğrudan sivil toplum inisiyatifiyle STK, meslek örgütleri ve uzmanlardan oluşan bir danışma meclisince hazırlanması ve halkın görüş ve önerilerine sunulması.” (TEPAV, 2007)<sup>36</sup>

Bir başka katkı 2011 yılında tartışmalara neden olan TÜSİAD raporudur. Mart 2011’de gerçekleştirilen yuvarlak masa toplantısında, yeni anayasanın yapım yöntemi, ilk konu başlığıdır. Tüm konuşmacılar bir konuda uzlaşmıştır: Tamamen yeni bir anayasa yapacak bir organ olarak TBMM’nin yetkilerini sınırlayan pozitif hukuk kuralı mevcut değildir. Bununla birlikte, kurucu nitelikteki bir organ açısından, sosyolojik ve politik koşullar ile ülkenin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri ve insan hakları gibi sınırlayıcı koşullar mevcuttur (TÜSİAD, 2011: 13). Metin, 2011 Haziran seçimlerinden sonra yeni anayasanın yapım sürecinin kolaylaştırılabilmesi için ‘güven arttırıcı tedbir’ olarak adlandırılacak bazı anayasa ve yasa değişiklikleri önermiştir. Örneğin ülke barajının düşürülmesi, ifade hürriyetini sınırlandıran yasaların değiştirilmesi ve siyasal parti mevzuatının liberalleştirilmesi gibi. Toplantıda anayasa meclisi önerenler olduğu gibi, olağan yasama sürecinden yana olanlar da vardır. İkinci yolu benimseyenlerin bir başka teklifi, önceki değişikliklerde olduğu gibi bir *partiler arası uzlaşma komisyonunun* kurulmasıdır. Üçüncü model ise anayasanın olağan yasama meclisinin onayına sunulmaksızın doğrudan halk tarafından seçilen geniş temsile dayalı bir kurucu meclis tarafından yapılması olmuştur. (s.14) İlk öneri: Anayasa Meclisi kurulması. Kuralları ‘yasa’ belirleyecek. Görevi yalnızca yeni anayasanın taslak metnine odaklanmak olacak. Hazırlanan metin, olağan yasama sürecinden geçecek ve sonunda mutlaka halkoylaması yapılacaktır. Toplam üyenin yalnızca % 10’u uzman olacaktır. Meclis, günlük çekişme ve parlamentodaki sorunlardan masun olacağından işine odaklanabilecektir. Bu görüşün temsilcilerine göre geniş temsilin olmadığı bir kuruldan çıkacak anayasa uzun ömürlü olmaz. İkinci öneri: Mevcut yöntemle yapılması. TBMM Anayasa Komisyonu, farklı alanlardan uzmanların ve TBMM’de temsil edilmeyen siyasi

<sup>36</sup> Türkiye Barolar Birliği’nin 2007’de hazırladığı anayasa metninin Genel Gerekçesi’nde, yeni bir anayasanın hangi yöntemle yapılacağı ya da bir anayasaya neden gereksinim olduğu konusunda çok açık bir görüş sergilenmemiştir. Daha çok, iktidardaki partiye yönelik endişe ve 2007 değişikliklerine duyulan tepkinin ürünü olduğu söylenebilir. 1921’in yapılış süreci ve 1961’in metnindeki demokratik ruhun yol gösterici olacağını ve 2000’lerde bu niteliklere “toplumsal dinamik” faktörünün de eklendiğini savunulmuştur. Amaç, anayasal arayış olan bir ülkedeki tartışmaya bir anayasa taslağıyla katkı yapmak şeklinde açıklanmıştır (TBB, 2007:1-28).



eğilimlerin, STK'lerin katılması için uygun yöntemler geliştirebilir. Ayrıca TV'den canlı yayın yapılması kamuoyu denetimini de artıracaktır. Eğer mutlaka güçlü bir uzlaşma aranırsa anayasa yapma hedefinden uzaklaşılır. Üçüncü öneri: Geniş temsile dayalı kurucu meclis oluşturulması ki anayasaya ek madde koyma yöntemiyle yaratılabilir. Ön halkoylamasıyla, temel ilkeleri belirlemek kaydıyla yeni bir anayasa yapımı için halktan onay istenebilir. Bu yolla seçim sisteminden doğan zafiyet aşılır. Kadınlar sürece daha anlamlı oranda katılabilir. Türev iktidar tartışması da sonlanabilir. Günlük siyasi çekişmelerin yansıması önlenemez. Süre sınırı konularak, sürüncemede kalması engellenmiş olur. 100-150 kişilik meclis, doğrudan halk tarafından, barajsız nispi temsil ile seçilmeli. Her parti, aldığı oy oranında temsilci bulundurmalı. % 40'ın altında olmamak kaydıyla aday göstermede bir kadın kotası konulmalı. En geç iki yıl gibi makul bir sürede işini tamamlamalı. Anayasa, Kurucu Meclis'te 2/3 ile kabul edilmelidir. Bu metnin, yeniden olağan yasama meclisinde kabul edilmesine gerek yoktur.

Görüldüğü gibi iki metinde yer alan öneriler benzerdir. Ayrıca konu üzerine kafa yoran diğer yazarların görüşlerini de özetler mahiyettedir. Türkiye'de yukarıda sayılanlar dışında anayasanın başkaca yöntemlerle de yapılabileceğini ileri süren daha özgün bir görüşle karşılaşılmamıştır. Bu nedenle önerilerin büyük ölçüde yukarıdaki görüşlerle sınırlı olduğunun hatırlatılması yeterli olur.

Anayasa yapım süreçleri ve Türkiye'deki süreçler üzerine önemli çalışmalar yapan Andrew Arato, 2010'da kaleme aldığı bir makalesinde, çeşitli anayasa yapım yöntemlerinden söz ettikten sonra en demokratik yöntemlerle yapılmış anayasaların dahi (ABD ve Güney Afrika gibi) bugün kendisine 'üstü kapalı otoriter dayatmayı' ya da 'demokrasinin araçsallaştırılmasını' çağrıştırdığı belirtiyor. Arato'nun bu savdan hareketle vardığı sonuç şu: Söz konusu örneklerden yeteri kadar ders çıkarılırsa, olağan/kurulmuş ya da kurucu meclislerin anayasa yapmaları (ciddi meşruiyet sorunları varlığını sürdürse de) mümkün olabilmektedir. Aslında temel sorun model seçmekten çok 'meşruiyet sorununu' çözmek. Arato, 'çok aşamalı' yöntemden yana olduğunu ancak bunun da kendisi için önemli olan yanının meşruiyete sağladığı katkı olacağını özellikle vurguluyor. Yazar için önemli olan uzlaşma, açıklık, yasallık ve demokratik kurullarla yapılmış seçimler. Her bir yöntem, birbirinden farklı adımlarla çoğulculuğu, katılımcılığı sağlayabilir (Arato, 2010a: 474 vd.). Bu bağlamda, kurucu meclis, sıradan parlamento, partiler arası uzlaşma komisyonu, sıradan meclis komisyonunun üye sayısının özel durum göz önünde bulundurularak artırılması gibi seçeneklerin tümü, aranan işbirliğini sağlayabilir.

İşbirliği için koşullardan biri, örneğin çok temel terminoloji üzerinde uzlaşabilmek olabilir. Türkiye açısından temel sorunlardan biri, özellikle sağ kanat siyasetin "halk egemenliği" ile TBMM'deki çoğunluğu özdeş kabul etmesidir. Büyük ölçüde 1950-60 arasında yaşanan ve kısmen 1924 Anayasası'ndaki egemenlik tanımının yorumundan kaynaklanan bu anlayışın doğal uzantısı, TBMM'nin yapacağı anayasanın "millet iradesini" yansıtacağı yönündedir ki bir anayasanın sözleşme niteliği önündeki en önemli engellerden biri budur. Oysa örneğin 1982 Anayasası 175. maddesinde anayasanın kabulü için, kabul oranına göre zorunlu ve cumhurbaşkanının isteğine bağlı halkoylaması yöntemi öngörmüştür. Haliyle, yalnızca TBMM kabulü yeterli kabul edilmemiştir ki bu durum meşruiyet algısı açısından önemlidir. Yine Arato'ya göre % 10 seçim barajı halkoyununun TBMM'ye yansıması açısından başlı başına sorundur. Üstelik Amerikan ve Fransız devrimlerinden bugüne bir kişi, bir organ ya da bir kurumun halk egemenliğini tek başına temsil edemeyeceği de yaşamsal bir gerçek olarak kabul görmüştür (Arato, 2010a: 479). Bu nedenle TBMM'nin, daha doğrusu nasıl

oluşturduğuna bakmaksızın bir organın, ulusun anayasasını tek başına yapmasının meşruiyetini savunmak çok güç.<sup>37</sup>

‘Anayasayı hangi organ nasıl yapar?’ sorularının ardından hem bu soruları kapsayıp hem de Türkiye’deki tartışma açısından anlamlı olabilecek, belki de asli/türev iktidar tartışmasına katkı sunabilecek eylem, ‘*anayasa neden yapılır?*’ sorusu üzerine düşündürmektir.

### ***Dolayısıyla,***

Türkiye’nin anayasa serüveninin temel açmazlarından biri öncelikle ‘teşhis koyma’ konusundadır. Bir anayasanın sorunlara çözüm üretebilmesi, sorun konusunda doğru tanımın yapıp uygun çözüm önerilerinin getirilmesine bağlıdır. (Bu, ikinci yazının konusu olacak.) Türkiye’de nedeni ve tabii çözümü sosyal-ekonomik yapıyla ilgili olan tüm sorunların nedeni, kolaycılığa kaçıp anayasa olarak gösterilmiştir. Oysa anayasa metinleri temel ilkeleri belirlerken her derde deva olmayı hedeflemez. Belirlenen temel ilkelerin nasıl ‘uygulandığı’ nasıl ‘yorumlandığı’ ve o ilkelerin toplum-siyasetçi tarafından ne kadar ‘sahiplenildiği’ metnin kendisi kadar yaşamsaldır. Büyük mesele, anayasanın yapımı kadar onun nasıl okunduğudur.<sup>38</sup>

Her yeni anayasa yapım süreci ya da anayasa değişikliğinde öncelikle sorunun doğru tanımı gerekir. Ardından çözüm konusunda asgari bir uzlaşmanın sağlanması için gerekenler yapılmalıdır.<sup>39</sup> Değerli olan, katılımın ve iktidarın önemini fark edilmesidir. Katılımın teknik açıdan nasıl örgütleneceği başka bir sorundur ve ülkelerin yapısına, yasama geleneklerine, siyasal kültürüne uygun çözüm/çözümler bulunabilir. Formülün adı, kurulmuş meclis, kurucu meclis, partiler arası uzlaşma komisyonu vs. olabilir; önemi yok.

Bir diğer yaşamsal konu, anayasaların ‘herkesin’ anayasası olamayacağı, ayrıca ‘ideolojisiz’ anayasanın olanaksızlığının kabulüdür. Anayasa her zaman ve yerde hakim siyasal

<sup>37</sup> Arato tüm tespitlerinin ardından çok aşamalı bir yapım sürecinin ve kurucu meclisin Türkiye açısından daha anlamlı olabileceği sonucuna varmıştır. Ayrı bir seçim yöntemiyle oluşturulmuş, taslak hazırlamakla görevli bir meclis.

<sup>38</sup> Mümtaz Soysal’ın *Dinamik Anayasa Anlayışı’nda* yaptığı “okuma”, metin ile uygulama ve anlamlandırma arasındaki ilişkiyi sergilemesi açısından Türkçe’deki en değerli metinlerden biridir. Soysal’a göre; “Statik bir anayasa anlayışı, anayasayı belli ilkelerin, belli dengelerin ‘saklı’ tutulması için bir araç olarak görür ve ‘metin lehine mevcut karine’yi ya da kurucuların amaçlarını bu yolda yorumlar. Dinamik anlayışta ise, hareket noktası yine metindir ama bu defa kurucuların amacı değil, anayasanın kendinden, kendi bütünlüğünden, tarihsel oluşumun belli bir aşamasında ortaya çıkmış olmasından doğan amaç göz önünde tutulmalıdır. Kurucular, bu amacı hiç düşünmemiş bile olabilirler ya da bu amacı düşünmüş ve kuruluş sırasında azınlıkta kalmışlardır. Ama kurucu çoğunluğun niyetleri dışındaki objektif koşullar, toplumun tarihsel gelişme çizgisi üzerinde, metne, bütün bunları aşan çok daha temelli ve anlamlı bir amaç kazandırır. Bu bakımdan 1961 Anayasası ilk bakışta ‘bürokratik intelligentsia’nın bir ‘teminat belgesi’ olarak görülebilir ve bir çok hükümlerinin, hele Kurucu Meclis aşamasından önce yapılan çalışmalardaki amaçları da hesaba katarak, bu yönde yorumlanması mümkündür... Dinamik anlayış, Anayasayı yığınlara benimsetmek, onu yukarıdan aşağıya kabul ettirilmiş bulunan ve belli bir denge durumunu sürdürmeye yarayan belge olmaktan çıkarıp yaşamasıyla toplumu yaşatan, yaşadıkça da kendi gerçek dayanaklarını güçlendiren kurallar bütünü haline getirmek için de gerekli. Anayasanın geçerli ve sürekli bir ‘otorite’ kazanması ancak böylelikle mümkün.” (Soysal, 1969: 88-89).

<sup>39</sup> Tanımlanan sorunun çözümü için yeni yapılar kurmak, köktenci değişiklikler yapmak gerekebilir. Ancak bu olasılık, geleneğin ve kazanımların tümüyle bir yana bırakılacağı anlamına da gelmez. Bu konuda 1982 Anayasası hazırlanırken A.Ü. SBF’nin sunduğu önerideki satırlar değerlidir. A.Ü. SBF ve Hukuk Fakültesi öğretim üyelerince hazırlanıp kamuoyuna sunulan öneride, 1961’in metni esas alınıp belirlenen sorunlar bunun üzerindeki değişikliklerle çözülmeye çalışılmıştı. *Anayasa Üzerine Görüşler* Başlığı altında yeni anayasanın neyi hedeflemesi gerektiği anlatılır: “Her anayasa düzenlemesinin kendinden önceki döneme tepki niteliği taşıması doğaldır. Ancak bu tepkinin, toplum katlarını altüst eden bir ihtilal sonucu olmadıkça, toplumun kendi tarihsel gelişmesi içinde çizmekte olduğu ana çizgiye ters düşmemesi, edinilmiş deneyimleri hiçe sayarak yepyeni yanılı olasıkları doğurmaması ve her şeyden önce, çözmek istediği sorunların yerine yeni sorunlar yaratmaması, oluşturulacak yeni kurumlar ve kuralların sağlamlığı ve sürekliliği bakımından zorunludur. Bu kurumlar ve kurallar, geniş bir tartışma ortamı açılmadan hazır reçeteler biçiminde benimsenirse ya da görünürde açık bir tartışma ortamı içinde ille de kabul edilmesi gerekli vazgeçilmez birer çözüm olarak ileri sürülürse, arkadan gelecek hayal kırıklıklarının ve dolayısıyla tepkilerin büyük olması da doğaldır.” (SBF Önerisi, 1982: 203 vd.)

güç/ideoloji tarafından yapılır. Bu durum anayasaların sıradan yurttaş ya da hakim görüşe muhalif olanlar açısından bir şey ifade etmediği anlamına gelmez. Kuşkusuz yurttaşın onayı, anayasanın çağa uygun ilkeler içermesi, devlet ile yurttaş arasındaki ilişki alanının olabildiğinde özgürlükçü yapılanması gerekli ve mümkündür. Ancak her bir kavram kaçınılmaz olarak ideolojiktir ve bir anayasa, hakim ideolojinin anayasası olmadığı durumda da (böyle bir şey ne kadar mümkünse), o ideolojiye taban tabana zıt bir hüküm içermeyecektir. Dolayısıyla herkesin anayasası ve ideolojisiz anayasa ifadeleri; bilimsel, tarihsel açıdan anlamsız oluşları bir yana, ideoloji yüklü sözlerdir.<sup>40</sup>

Dünya örneklerinde anayasalar birbirlerinden farklı gerekçelerle doğmuştur. Yapım yöntemleri de çeşitlidir. Ancak benzer noktaları, ortada bir 'çözumsuzlük' olduğu varsayımıdır. Dolayısıyla 'neden anayasa yapılıyor?' sorusunun az çok ikna edici belirgin bir yanıtı vardır ve anayasa söz konusu açmazların çözümünde ilk ve en önemli araç olarak düşünülmektedir. İspanya'da, Rusya'da, ABD'de, İtalya ve Almanya'da, eski Doğu Bloku ülkelerinde, Fransa'da, Güney Afrika'da ve diğerlerinde. Ortada çözümü çok güç bir sorun olması, kuşakların o sorun ya da sorunlarla yaşamak zorunda kalmayacak oluşlarının gerekçesidir.<sup>41</sup>

Türkiye, üç Cumhuriyet anayasasında kuruculuk vasfının nasıl ve neden kullanıldığını açıklayabilmiştir. Her üç anayasada da bazı temel ilke ve toplumsal/tarihsel kazanımlara gerekli duyarlılık gösterilmiştir. Bu anlamda asli kurucu iktidar tümüyle yıkıp yeniden kurmamıştır anayasal sistemi. Anayasalar farklı düzenlemeler içeriyor olsa da, kuruculuk asıl olarak yetkinin kullanılmasında belirmiştir.

Türkiye'de yeni bir anayasa yapılacak ve TBMM kuruculuk vasfını edinecekse, asli kurucu iktidarın yarattığı değiştirilemez hükümler ve 175.maddenin gerekleri tartışmaları bir yana; her şeyden önce anayasanın 'neden' yapıldığını sormak, 'nasıl' yapılacağını sormak kadar önemlidir. Haliyle, 'Türkiye'nin krizi nedir?' sorusu meşru ve gereklidir. Kriz tanımı için 'darbe anayasası' (üstelik yarısı değişmişken), 'bize yakışmıyor,' 'seçimlerde vaat ettik,' 'herkesi kucaklasın' ifadelerinden daha ciddi ve kabul edilebilir gerekçelere gereksinim duyulduğu açık. Aksi halde TBMM çoğunluklarının, her istediğinde değişmez maddeleri de

---

<sup>40</sup> TBMM Başkanı Cemil Çiçek, Ankara Üniversitesine gönderdiği 11 Kasım 2011 gün ve 28677 sayılı yazısında çağırışı şu ifadelerle gerçekleştiriyor: "Halen yürürlükte olan 1982 Anayasası, kabul edildiği günden itibaren siyasi partiler, sivil toplum kuruluşları, akademisyenler ve toplumun farklı kesimleri tarafından eleştirilmiştir. Bugüne kadar yapılan çok sayıda değişikliğe rağmen üzerindeki askeri vesayet gölgesini ve darbe anayasası imajını atamamış, halk tarafından benimsenmemiştir... Amacımız 1982 Anayasasının yasakçı ve vesayetçi zihniyetinden uzak, vatandaş odaklı, özgürlükçü ve demokratik temsil esasına dayanan, hepimizin içinde kendisini bulacağı, "işte benim anayasam" diyebileceği bir anayasa yapmaktır." Müslüman Kapitalist iş adamlarının derneği (MÜSİAD) de 2 Aralık'ta açıkladıkları anayasa taslağının gerekçesinde benzer bir dille "kapsayıcılık" gerekçesini kullanmıştır.

<sup>41</sup> Sözü burada iki büyük insan bırakalım. İlki Thomas Jefferson: "... anayasalar değiştirilmez kılınabilirler mi? Bir kuşak, bir başkasını, zamanın sonuna kadar gelip geçecek bütün başkalarını bağlayabilir mi? Sanmıyorum. Yaratan yeryüzünü canlılar için yapmıştır, ölümler için değil. Haklar ve yetkiler yalnızca kişilerindir, eşyanın değildir, iradeyle bezenmemiş maddenin değildir. Ölümler ise eşya bile değildir. Onların vücutlarını meydana getiren madde parçacıkları şimdi bin çeşit başka hayvanın, bitkinin ve maddenin bir bölümü olmuştur. Böyle olunca, o parçacıkların insan biçiminde oldukları zamanki hak ve yetkileri neye dayanmaktadır? Bir kuşak çoğunluğu sağ kaldıkça kendini bağlayabilir; bu kaybolunca onun yerini alan başka bir çoğunluk öncekilerin bir zamanlar taşıdıkları hak ve yetkileri eline alır ve yasalarla kurumları kendisine uyacak biçimde değiştirebilir. Öyleyse, insanın doğal ve devredilmez haklarından başka hiçbir şey değiştirilemez değildir." (5 Haziran 1824'ye John Cartwright'a yazdığı mektup) (Thomas Jefferson'dan Seçme Parçalar, 1961: 85). Diğeri Tarık Zafer Tunaya: "Her hukuki durum gibi, anayasalar da "ebedi" (ölmez) değildir. Bu bakımdan yüzyılları, gelecek kuşakları bağlayan anayasadan söz edilemez. Anayasaları tarih içinde, bir kez saptayıp onlara değişmezlik tanımak, onları fosilleştirmek olur. Şu halde anayasalar değişecektir. Değişmelidir." (Tunaya, 1980: 130).

değiştirerek 'yeni' bir anayasa yapmasının önünde kuramsal/siyasal açıdan hiçbir engel bulunmadığının kabulü gerekir.

Eğer yeni anayasayı *zorunlu* kılan bir gerekçe varsa, ardından yapım aşamasına dair kafa yorulabilir. Diğer ülke örneklerinde benimsenmiş ve örnek niteliğinde tek bir yöntemin olmadığı açık. Türkiye'de halihazırda bir meclis varken kurucu meclise gereksinim duyulmayacağı da haklılık payı olan bir düşünce olarak görülebilir. Ancak sorun, örneğin % 10 seçim barajı olan bir ülkede söz konusu savın geçerliliğidir. Kurucu meclislerin fazla yaygın olmaması saptaması, her ne kadar iki ayrı konu olsa da, ister istemez %10 ülke seçim barajının ne denli yaygın olduğu sorusunu tahrik eder. Bu sorun üzerinde durulmadan TBMM'nin yeni bir anayasayı dilediği gibi yapabileceğini savunmak, örneğin seçim barajı % 30'a çıkarıldığında oluşacak tek partili bir meclisin (halihazırdaki oy oranları göz önünde bulundurulduğunda) yeni bir anayasayı yapmasının önünde hiç bir meşruiyet sorunu olmayacağını da yine siyasal ve kuramsal açıdan kabulünü gerektirir.

İncelenen diğer örneklerdeki 'uzlaşma arayışı,' örnek olması gereken bir başka konudur. Türkiye özelinde asgari bir 'uzlaşma/meşruiyet,' anayasa yapımı için gerekli ve sağlıklı toplumsal/siyasal ortamın yaratılması için gereken yasal düzenlemelerin, mevzuat değişikliklerinin (öncelikle siyasal alanı düzenleyenlerle, TCK ve TMK gibi ifade özgürlüğü önünde büyük tehlike teşkil eden yasalarda) yapılması anlamına gelecektir. Adı dışında her şeyi yeni bir Anayasa'nın, değiştirilemez maddeler sorunu aşılabilir ve yapılabileceği ve Anayasa'nın 175. maddesine göre oylanabileceği yukarıda anlatılmaya çalışıldı. Daha serbest bir alan yaratıldıktan sonra, üzerinde partilerin çoğu tarafından az ya da çok uzlaşılan metin yargıya intikal etmeyeceği için, meşruiyet tartışması kısmen süreceksin olsa da yasallık sorunu büyük ölçüde çözülmüş olur. Burada söz konusu edilen 'serbest siyasal alan,' bir anayasanın kabul edilmiş, benimsenmiş sayılması için yalnızca TBMM'nin yetkileri ya da halkoylaması yönteminin sağlayacağı meşruiyetten fazlasına gereksinim duyulduğu anlamına gelmektedir. İşte tüm bu 'olmazsa olmazlar,' salt pozitif hukukun değil aynı zamanda siyasetin/tarihin konusudur. Türkiye açısından yaşamsal olan, anayasayı yapacak olanları kurucu iktidar haline dönüştürebilecek gerekçenin açıkça dile getirilmesini sağlamak için şu sorunun sorulmasıdır: Yeni bir anayasa neden yapılır?

Eğer bu soru, yukarıdaki tartışmalar, örnekler, dünya ve Türkiye deneyimleri bağlamında yanıtlanabilirse hem yeni bir anayasa açısından hukuksal/siyasal meşruiyet tartışması ve asli iktidarın kullanımı sorunu sona erecek hem de yapılması planlanan anayasanın içeriğini saptamak kolaylaşacaktır. Dolayısıyla Türkiye anayasa serüveninde temel sorun herhalde, henüz 'Türkiye'nin sorunu/sorunları ne?' sorusuna açık ve dürüst bir yanıt verilmemiş, temel sorunlarımızın içtenlikle ve demokratik bir siyasal atmosferde gündeme getirilmemiş oluşudur. Bu yapılamadığı sürece Türkiye'nin anayasa sorununu çözme olasılığı hiç bir biçimde yoktur. Zira anayasa sorunu olduğu düşünülen ve bu başlık altında ele alınan açmazların, anayasa metinleri ile ilgisi, pek azdır...