

Anayasa Yapımı ve Türkiye’de Anayasa Arayışları

Tevfik GÜLSOY (*)

Öz: Bu çalışmada anayasa yapım süreci, Türkiye’de anayasa arayışları ve anayasal düzene hakim temel ilkeler üzerinde durulmuş, TBMM’de yürütülen “Yeni Anayasa” çalışmalarının akamete uğraması halinde, anayasal yenilenme taleplerinin nasıl karşılanması gerektiği yönünde önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, anayasa yapımı, Türkiye’de anayasa arayışları.

The constitution making and the pursuits of constitution in Turkey

Abstract: In this study, the process of constitution making, the pursuits of constitution in Turkey and the basic principles of constitutional orders are examined, If the efforts of “A New Constitution,” carried out by Parliament, will not be completed, the suggestions of how to meet the demands on the constitutional renewal have been presented in this study.

Keywords: Constitution, constitution making, the pursuits of constitution in Turkey

*) Doç. Dr., Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü
(e-posta: mtgulsoy@atauni.edu.tr)

Giriş

Türkiye’de anayasal krizler oldukça uzunca bir zamandır ne yazık ki günlük yaşamımızın bir parçası halindedir. Oysaki anayasalar kriz yaratan değil, kriz çözen olmalıdır. Stephan Holmes’in benzetmesiyle, “Anayasalar, insanların delilik günlerinde intihara kalkışıp ölmemeleri için, akliselim günlerinde kendilerini bağladıkları prangalardır” (Elster, 2008: 9). Eğer bir anayasa kriz zamanlarında yazılıyorsa, asli kurucuların ayık olduğundan şüphe etmeliyiz. Böyle bir durum, dünyanın ikinci yazılı anayasası olan 1791 Fransız Anayasasının yapıcılar bakımından özellikle söz konusu edilmektedir.

Maalesef ülkemizde de anayasaların esas itibarıyla kriz zamanlarında yapıldığı bir gerçekliktir. Bu özellikle şu anda yürürlükte bulunan 1982 Anayasası için söylenebilir bir durumdur. Yine, bu Anayasa aşağıda ele alacağımız kriterler doğrultusunda bir tür dayatılmış bir anayasadır. Bir anayasanın dayatılmış olmasının en büyük sakıncası, halkın o anayasaya yabancılaşmasıdır. Bunun sonucu ise, vatandaşlık kültürünün gelişmemesi, ülkenin her türlü gruplaşma anlamında bir cemaatler toplumu haline gelmesidir. Böylece her grup-cemaat kendi anayasasını oluşturmaya çalışacak ve onu öne alacaktır. Şüphesiz ki böyle bir ülkede istikrarlı politikalar üretilmesi pek mümkün olmayacak, dolayısıyla medeniyetin temel göstergesi olan kurumsallaşma düzeyi de düşük kalacaktır. Siyasi partilerimizin yaşlarının ne denli düşük olduğu göz önüne alındığında bu durum özellikle açıklık kazanır.

Anayasal düzenlemeler temel hak ve özgürlükler ile devletin örgütlenmesine ilişkindir. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasına ilişkin kurallar bir anayasanın “haklar şartı”nı, devletin örgütlenmesine ilişkin kurallar ise “yapısal şartlar”ı oluştururlar. Bir anayasada şartlara yer verilmesi, hükümet üzerine sınırlamalar koymak anlamına gelir. Birçok ülke, anayasalarına hukuki açıdan diğer hukuk kurallarından daha yüksek bir statü vermiştir. Bunun başlıca nedenlerinden birisi, anayasanın hükümeti denetleyebilmek için bir araç olarak düşünülmesidir (ayrıntılı bilgi için bkz., Gülsoy 2007: 40 vd.). Yazılı anayasaların ortaya çıkışındaki dinamikler ve özellikle de sınırlı yönetimi kurma arayışı ve inancı hatırlandığında, bu daha da anlamlı hale gelir.

Bu anlamda anayasa metninin iki cephesi bulunmaktadır. Birincisi devletin siyasi teşkilatlanmasını gösteren, yani yasama-yürütme-yargı arasındaki ilişkileri düzenleyen *yapısal şartlar*, ikincisi ise temel hak ve özgürlükleri garanti altına alan *haklar şartı* dır. Bu her iki husus da, hukuk devletini öncelemekle birlikte demokrasiyle bağdaşmayı zorunlu kılmaktadır. Bu durum, demokrasinin iki yüzü (Gülsoy 2007: 73 vd.) olduğu kabul edildiğinde daha belirgin hale gelmektedir.

Demokrasinin olumsuz yüzü, bizi mutlak demokrasi anlayışı ile karşı karşıya getirir ve hukuk devleti ile bağdaşması imkan haricidir. Tipik örneği Hitler Almanya’sıdır. Demokrasinin olumlu yüzü ise hukuk devleti ile uyumluluk sağlayabilmektedir. Ancak bunun için, demokratik yönetimin bir frenler ve dengeler sistemi olarak inşa edilmesi gerekmektedir. Demokratik temsili organlar esas itibarıyla iktidarın pozitif görünümü-

dür, yani icrai organlarıdır. Bunlardan yasama organı aynı zamanda bir negatif iktidar (frenleme) gücüne de sahiptir. Yargı organı ise esas itibariyle bir negatif iktidar gücüne sahiptir. Bununla birlikte, her bir yargı kararı uyulması gereken hükümler olduğundan ve hukuk dünyasında bir sonuç doğurduğundan ötürü, pozitif iktidar görünümüne de sahiptir. Juristokrasi (yargı egemenliği) kavramı etrafında tartışılan da esas itibariyle işte bu yargının bu yönü olmaktadır. Bir anayasa metninde bunların optimum düzeyde inşası anayasa yapımcılarının zorlu problemidir. Diğer yandan anayasa eliyle temel hak ve özgürlüklerin garanti altına alınması, günümüzde insan hakları bakımından ulaşılan standartlar göz önüne alındığında daha kolay sağlanabilir bir zemini bizlere sunmaktadır. Nitekim özellikle 2001 yılında 1982 Anayasasında bu yönde yapılan değişikliklerin olumlu katkıları açıktır.

1982 Anayasası 7/11/1982 tarihinde yapılan halkoylamasında % 91.17 oy oranı ile kabul edilmiş olmasına rağmen, esasen halkoylaması süreci ile başlayan zamandan beri meşruluk tartışmalarına konu olmuş ve toplumun hemen her kesimince ciddi eleştirilere maruz kalmıştır.

Bir ülkenin anayasası üzerinde yoğun meşruluk tartışmalarının varlığı, doğal olarak siyasal sistemin meşruluğu üzerine tartışmaları da beraber getirir. Böyle bir durum, tarihteki çok sayıdaki örneğin bizlere gösterdiği gibi, istikrarlı yönetimlerin kurulmasına en önemli engeli oluşturmaktadır. Kötü hükümet performanslarının rejim üzerindeki mücadeleye yol açacağı gerçeğini de göz ardı etmeksizin söylenebilir ki, rejim (siyasal sistem) üzerinde mücadele ile hükümet (yönetim) üzerinde mücadele birbirinden ayrı olgular olmalıdır ve anayasalar bu hususta başat bir rol oynarlar. Bu rol anayasanın siyasi alanda yarışan değerler arasında taraf olması durumunda olumsuz, hakem olması halinde ise olumlu olacaktır.

1787 ABD Anayasası ilk yazılı Anayasa olarak halen yürürlüktedir. Sadece farklı tarihlerde ihtiyaca göre ilaveler (Amendmend) yapılmıştır. Bu ülkede rejim üzerinde değil, hükümet üzerinde bir mücadelenin varlığı söz konusudur. İkinci örnek, 1789 İhtilali’nin ardından 1791 yılında Dünyanın ikinci yazılı Anayasasını yapan Fransa’dır. Bugün 5. Cumhuriyet Anayasası altında yönetilen bu ülkede, Cumhuriyet adlandırmasına neden olanların haricinde de anayasalar söz konusu olmuştur. Bu ülkede ise, ilk Anayasalarından başlayarak rejim tartışmalarının yoğunluğu çarpıcıdır. ABD örneğinde istikrarlı yönetimlerle sıklıkla, Fransa örneğinde ise çok daha az karşılaşılmıştır. İki ülke arasında temel farklılıklar bakımından birçok değişken söz konusu olsa da, anayasalarına halkın bakışı ve meşruluk algılamasındaki farklılıklar bu değişkenlerin başında gelmektedir. Ünlü Fransız siyaset bilimcisi Maurice Duverger de bu farklılığa özel vurgu yapmıştır. Duverger ABD Anayasası için şunları söylemektedir: “ABD dünyanın en eski yazılı anayasasına sahip olmakla övünebilir; çünkü 1787’de hazırlanan bu anayasa, o tarihten bu yana, yapısında önemli değişikliğe uğramadan ve aralıksız uygulanmıştır. Ayrıca Amerikan anayasası ulusun genel saygısını da kazanmıştır: bu anayasanın ilkelerini herkes bir dogma gibi benimser; tarihi ve kapsamı okullarda çocuklara öğretilir ve ABD’ye giren

yabancılar seyahatleri boyunca ona saygı gösterecekleri konusunda and içerler. Bununla birlikte, Amerikalılarca İncil'e eş değerde tutulan bu metin, başlangıçta, beğenilerek onaylanmadı; hazırlayıcıları bu metni beğenmiyorlar ve uzun ömürlü olacağına inanmıyorlardı" (Duverger, 1986: 93-4).

Ülkemizde de ne yazık ki Fransa'ya benzer bir durum söz konusu olmuş ve anayasa üzerindeki tartışmalar 1876 Kanuni Esasi'den beri süreklilik göstermiştir. Türkiye'de anayasa tartışmaları hep canlılığını korumakla beraber, tartışmaların sorun çözmek yerine sorun üretici oldukları görülmektedir. Bunun başlıca nedeni, bir anayasadan ne anlamamız gerektiği hususundaki bilgi eksikliğimiz olarak ifade edilebilir. Bu nedenle, çalışmada öncelikle bir anayasa nedir ve hangi koşullarda ortaya çıkmaktadır sorularına sağlıklı cevaplar verebilme, daha sonra ise nasıl bir usulle anayasa yapılmalı/değiştirilmeli sorusunun üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

Anayasanın Anlamı

Anayasalar çok farklı biçimlerde sınıflandırılmakta ve buna göre değişik yönleri itibariyle tanımlanabilmektedir. Bu husustaki ayrıntılar bir tarafa bırakılacak olursa, anayasaların biri hukuki-tekni, diğeri siyasi olmak üzere iki temel anlamı üzerinde durmak daha yararlı olacaktır.

Hukuki-Teknik Anlamıyla Anayasa

Salt hukuki-tekni anlamıyla bir anayasa, devletin statüsünü gösterir ve bu yönüyle belli bir devlete ilişkin olarak başlıca şu hususları içerir:

- Devletin siyasi yapısı (Monarşi, Cumhuriyet, Demokrasi...),
- İktidarın kaynağı, kullanılışı ve yetkileri,
- Devletin şekli (üniter ya da federal yapılı olup olmaması),
- Hükümet şekli
- Devlet organlarının (yasama, yürütme ve yargı) oluşumu, yetkileri ve bunların arasındaki ilişkiler.

Bu anlamıyla, aslında tarih boyunca nerede bir devlet ya da devlet benzeri bir yapı varsa, orada bir anayasa vardır demek yanlış olmayacaktır. Yine, bu yöndeki kuralların nasıl ve ne zaman oluştuğu veya kimler tarafından yapıldığının da çok bir anlamı yoktur; önemli olan hangi hususların bir devletin anayasasını meydana getirdiğinin saptanmasıdır. Böylece, anayasalar yazılı veya yazısız olabilirler. Günümüz demokrasilerinde başka bazı konular da yukarıda sayılanlarla, yani devlet iktidarı ile doğrudan ilgili olduğundan anayasa kavramına dâhil olmaktadır. Başlıcaları;

- Parlamento hukuku,
- Seçim hukuku,
- Siyasi partilere ilişkin hukuki kurallar,

- Genelde anayasa yargısına, özelde anayasa mahkemelerine ilişkin kurallar, ve
- Merkez bankasının statüsüne ilişkin kurallardır.

Bunların yanı sıra, bir de hukuk tarafından düzenlenmeyen ve fakat onlardan daha az etkin olmayan bir takım uygulamalar, anlaşmalar ile örf ve adetler veya teamüller bulunmaktadır. Bunlar kural olarak yazısız olmakla birlikte, zamanla yazılı bir biçimde de ifade edilebilmeleri söz konusu olabilmektedir. İngiltere, dünyada birçok özelliği ile olduğu gibi, bu konuda da farklı olarak anayasa teamüllerine dayanan bir sisteme sahiptir. Bununla birlikte, yazılı bir anayasası olmakla birlikte bazı ülkelerde anayasa teamüllerinin etkin rolleri olabilmektedir. Merkez bankasının bağımsızlığına ilişkin teamüller ya da Parlamentodan güvenoyu alabilecek kişinin Başbakan olarak atanmasına ilişkin teamüller böyledir.

Yazılı bir belge olarak anayasa, diğer hukuki metinlerden farklıdır. Bir defa, çoğu ülke “anayasa” olarak tanımlanan bir ya da daha fazla metne sahiptir. İkinci olarak, “anayasa” olarak tanımlanmasa da bazı yasalar temel sorunları düzenledikleri için “anayasa” olarak görülebilir (seçim kanunları gibi). Üçüncü olarak da, yaygın bir biçimde görüldüğü gibi, bir anayasa diğer olağan yasalardan daha katı değişiklik usullerine sahip olabilir (Elster, 2008: 2).

Türkiye, birinci ve üçüncü özelliklere uygun, fakat ikinciye uygun olmayan bir anayasaya sahiptir. Bir başka ifadeyle, Türkiye “anayasa” olarak tanımlanan tek bir hukuki metne sahiptir ve bu anayasanın değiştirilmesi olağan yasalardan daha katı değişiklik usullerine sahiptir. Bununla birlikte, özellikle siyasi yaşamı düzenleyen yasalar (Örneğin, Seçim Kanunu ve Siyasi Partiler Kanunu) başta olmak üzere, anayasal önemi haiz bazı yasalar ve hukuki düzenlemeler (Örneğin, Anayasa Mahkemesi Kanunu ve TBMM. İktüzüğü) bakımından olağan yasalardan daha katı değişiklik usulleri uygulanmaz.

Sonuç olarak, İngiltere dışında, “anayasa” hukuki ve hukuki olmayan bütün kuralların bir toplamını değil, fakat bunların arasından seçilmiş ve genellikle bir (bazen de birbiriyle ilintili birkaç) belgede toplanmış kuralları ifade etmektedir. Hangi kuralların anayasada yer alacağı, kurucu iktidarın yapacağı bir tercihin sonucudur. Sonuçta bütün anayasalar temel meseleleri düzenlemekle beraber, bunların tümünü düzenlemezler.

Siyasi Anlamıyla Anayasa

Anayasaların siyasi anlamı modern bir olgudur ve 17-18. yüzyıl Batı Aydınlanması'nın bir sonucu olarak belirir. Bu dönemde oluşan anayasacılık felsefesi önce dünyanın ilk yazılı ve halen yürürlükte olan 1787 ABD Anayasası'nda hayat bulmuştur. Aslında bundan önce yapılan 1776 tarihli Virginia Anayasası bulunmakla birlikte, genellikle 1787 ABD Anayasası ilk yazılı anayasa olarak kabul edilmektedir. Daha sonra 1789 Fransız Devrimi'nden iki yıl sonra orijinali Paris'teki Karnavele Müzesinde olup, insan derisi ile kaplanmış olan 1791 Fransız Anayasası (Tunaya, 1988: 9) ise dünyanın ikinci yazılı anayasasıdır. Fransızlar bugün V. Cumhuriyet Anayasası ile yönetilmektedirler ve arada

başka anayasalara da sahip olmuşlardır. Bir bakıma başarısız anayasalar mezarlığı olan Fransa ile hala ilk anayasaları ile yönetilen ABD arasındaki farklar ayrı bir inceleme konusu olmaya değerdir. İki ülke arasındaki fark, Kurucu Babalar (Fathers), kurucu aktörler, siyasi kültür ve dinamiklerde aranabilir.

Yazılı Anayasaları Ortaya Çıkaran Dinamik: Anayasacılık Felsefesi

Yazılı anayasaların ortaya çıkışındaki asıl dinamik, özgürlük ile hukuk arasındaki korelasyonda kendisini gösterir. Aydınlanma Çağı denilen 17. ve 18. yüzyıllarda işlenen ana tema, bütün özgürlükleri savunucu ve koruyucu olarak siyasi özgürlüğü garanti etmek olmuştur (Sartori, 1993: 323 vd.). Buradaki sorun, bu özgürlüğün kime karşı savunulacağı ve nasıl korunacağıdır. Şüphesiz ki, bütün serbestlikler gibi özgürlük de bir faaliyeti öngörür. Dolayısıyla, müdahalelerden özgürlükle birlikte, bir şeye katılma özgürlüklerini de içerir. Tarih boyunca bunun en uygun çözümü, efendilere değil, yasalara boyun eğme olarak belirlenmiştir. Müdahalelerden özgürlük, yaşama, mülkiyet, kişi güvenliği, din, vicdan ve kanaat özgürlüğü gibi bireysel temel hak ve hürriyetlerini kapsar ve hukuk devletinin zıddı olan keyfi iktidara karşı savunulur. Bir şeye katılma özgürlükleri ise, esas itibarıyla devlet faaliyetlerine katılmayı içerir ve bu konuda ilk akla gelen seçme ve seçilme haklarıdır. Bunun çözümü ise yaklaşık iki yüzyıldır demokrasi olarak belirlenmiştir. Savunulan özgürlüklerin güvencesi de bu noktada belirginleşmektedir. Demokratik bir anayasa ve yasa yapımı süreci, keyfi iktidarı engellemenin ve hukuk devletini inşa etmenin en uygun yolu olarak belirmiştir.

Bu noktada anayasanın rolü de açıklığa kavuşmaktadır. Anayasal düzenlemeler çoğunlukla hukukun adalete bağlı kalmasını sağlayacak koşulları meydana getirme amacını taşımaktadır. Bir başka deyişle, anayasalar siyasi yaşamın aktörleri değil, hakemleri olarak tarih sahnesine çıkmışlardır. Bu ideal tasarım nasıl gerçekleştirilecektir? Çözüm için demokrasi ve demokratik süreçlere başvurulmuş, yasa yapımı belirli aralıklarla seçmenlere hesap vermesi gereken seçilmiş (temsili) organlara bırakılmıştır. Denilebilir ki, modern çağda temel hak ve hürriyetleri garanti etmek üzere hukuk devletinin inşasında demokrasi ve demokratik süreçler vazgeçilmez olarak belirmiştir. Bu zorunlu bir ortaklıktır. Bununla birlikte, hukuk devleti ile demokrasi arasında bir gerilimin varlığı da göz ardı edilemez. Bu gerilim, toplum kaynaklı taleplerin hukuku bazen zorlamasından kaynaklanmaktadır. Eğer mutlak (sınırsız) bir demokrasi anlayışı söz konusu olursa, sonuçta ortada hukuk da, özgürlük de kalmayacaktır. Bu tehlikeye karşı çözüm, başlangıçta anayasal devlet, günümüzde ise anayasal demokrasi ile bulunmaya çalışılmıştır. Anayasal demokrasi anlayışının temel formülü ise, hukukla (adaletle) çerçevelenmiş demokrasidir ve bu demokrasi bir yandan azınlığın haklarının korunması suretiyle çoğunluğun yönetme hakkını tanıırken, temel siyasi meselelerdeki kararların bir biçimde halka dayanılarak alınmasını öngörür.

1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 16. maddesi daha başlangıçta anayasanın sahip olması gereken niteliği ortaya koymuştu: "insan haklarını korumayan

anayasalar anayasa değildir”. Bu liberal anayasacılığın bir sonucudur. Oysaki Marksist anayasacılıkta anayasanın çok başka bir anlamı vardır Buna göre, anayasalar temel hak ve özgürlükleri garanti eden değil, sadece sosyalist toplumun geldiği aşamayı gösteren belgelerdir (Tanilli, 1990: 116).

Anayasacılığın anlamı tarihsel süreçte olduğu gibi, günümüzde de üstün hukuk normlarıyla temel hak ve özgürlükleri garanti etmek ve keyfi iktidarı sınırlamak olarak anlaşılmaktadır. Böylece, anayasanın iki esası belirir: (1) Keyfi kullanımını engellemek için iktidarı hukukla sınırlayarak siyasi düzeni kurmak, ve (2) Temel hak ve özgürlükleri garanti altına almak.

Yeni Bir Başlangıç Yapma Arzusu

Anayasaların aslında hukuki metinler olmakla birlikte, bundan öte siyasi anlamları olduğunu ortaya koyan ve bir bakıma daha çok siyasi belgeler olarak belirginleşmesini sağlayan bir diğer husus da, anayasaların kökeni araştırıldığında anlaşılabilir. İlk iki Anayasadan itibaren modern anayasaların kökeni araştırıldığında görülecektir ki, pratikte istisnasız olarak hepsi, halkın hükümet sistemiyle ilgili olarak yeni bir başlangıç yapma arzusunun oldukça yaygınlaşması üzerine yapılmışlardır (Wheare, 1984: 7-8). Bu, yenden bir anayasa yapma şeklinde olabileceği gibi, mevcut anayasada köklü değişiklikler yapmak biçiminde de olabilir. Şüphesiz ki, yeni bir başlangıç yapma arzusu ve gereksinimi her ülkenin kendine özgü koşullarında belirginleşir. Bununla birlikte, yeni bir başlangıç yapma arzusu veya gereksinimi bakımından bir takım genellemeler yapılabilmektedir. Başlıcaları;

- Yeni bir devletin kurulması (1787 ABD Anayasası),
- Bir ülkenin bağımsızlığına kavuşması (1924 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası),
- İhtilal, devrim ve darbe sonucu ülkede siyasi rejimin değişmesi veya kesintiye uğraması (1961 ve 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları),
- Savaşta yenilginin hükümet sistemini bozması (1958 Fransız Anayasası),
- Ağır sosyal, ekonomik, siyasi ve askeri krizler (1975 Yunanistan Anayasası, Post-Komünist Anayasalar).

Bu genellemelerin dışında 1982 Anayasası üzerindeki tartışmalar ve bir anayasa için oldukça kısa sayılabilecek tarih aralığındaki sıklıkla yapılan anayasa değişiklikleri (1987-2011 tarihleri arasında on sekiz defa) de başlıca üç sebebi ortaya koymamıza imkân tanımaktadır. Bunlar;

- Mevcut anayasanın dilinin ve maddeler arasındaki bağlantının bozukluğu,
- Mevcut anayasanın düzenlemelerin anayasal krizlerin bizzat kaynağı olması,
- Mevcut anayasanın meşruluk krizi yaşaması (ayrıntılı bilgi için bkz., Gülsoy, 2011: 47-54).

Görüldüğü üzere, yeni bir başlangıç yapma arzusu ve gereksinimi, bizi aslında niteliğine, derinliğine ve boyutlarına göre iki farklı çözümden birisine götürecektir. Birincisi

ilk defa ve bütünüyle bir anayasa yapımı, ikincisi ise mevcut bir anayasada kapsamlı veya kısmi değişiklikler yapılması. Birinci durum genellikle yeni bir devletin ya da yeni bir siyasi rejimin kurulması bağlamında söz konusu edilebilir. İkinci durumda ise, yeni bir devlet kurma ya da siyasi rejimde değişikliğe yönelik bir talep bulunmamakta, fakat mevcut anayasal düzenlemelerin kendisi siyasi rejimin işleyişinde tıkanıklığa yol açıcı niteliktedir. Fakat her iki durumda da temel anayasal-siyasal tercihlerde bulunulması kaçınılmazdır ve bu tercihlerin boyutu her iki durumda farklılık arz edecektir. Sonuçta anayasalar öncelikle siyasi özellikleriyle öne çıkmaktadırlar.

Bir ara saptama yapmak gerekirse, ülkemizde yaygın ve güçlü yeni bir devlet kurma ya da yeni bir siyasi rejim talebi bulunmamaktadır. Tarih açıkça göstermiştir ki, böylesi bir durum önüne geçilemez bir hal almış ise, zaten doğası gereği mevcut siyasi-hukuk düzeninin ortadan kalkmasını ve yeni bir siyasi-hukuk düzeninin oluşumunu beraberinde getirir. Bununla birlikte, mevcut anayasanın bizatihi kendisinin kriz kaynağı olduğu yönünde başından itibaren güçlü görüş ve yaklaşımların mevcudiyeti bilinmektedir ve 1982 Anayasası'nda anayasalar için hiç de olağan olmayan bir biçimde sıklıkla değişikliğe gidilmesi ve bu yönde taleplerin bulunması açık bir göstergedir.

Bütün bunlara rağmen, öncelikle ülkemizde yeni bir başlangıç yapma arzusunun olup-olmadığına, eğer var ise ne boyutta olduğuna yönelik sağlıklı bir karar vermek önkoşul olarak görülmelidir. Bunu da en doğru bir biçimde ortaya koyabilmenin demokratik usulleri doğru işletmekle mümkün olabileceği kanaatindeyim. Bu noktada, anayasa yapımının teorisi üzerinde durmak gerekmektedir.

Anayasa Yapımı

Anayasa Yapmanın Anlamı

Başlangıçtan bu yana, yani bugünkü anlamıyla ilk yazılı Anayasa olarak kabul edilen 1787 ABD Anayasasının yapımından itibaren, anayasa yapmanın temel anlamı **“gelecek kuşakları bağlamak”** olarak belirmiştir. Birleşik Devletlerin Kurucu Babalarının anayasasının yapımı sürecinde üzerinde en çok durdukları ve tartıştıkları husus buna ilişkindi.

Thomas Jefferson ile James Madison arasındaki tartışma, gelecek kuşakların kayıtlanması anlamında, aslında anayasacılık ile demokrasi arasındaki ilişki üzerinedir. Demokrasi ve anayasacılık arasında bir çatışma bulunduğuna yönelik argümanlarla yakından ilgilenen Jefferson için, periyodik anayasa değişiklikleri, bir iyi-işleyen demokrasinin zorunlu parçasıydı. O'na göre, her bir kuşak bir önceki ve her kuşak kendisinden öncekiler kadar bağımsızdır. Dahası, kendi mutluluklarını en çok destekleyeceğine inandıkları hükümet biçimini kendileri için seçme hakkına sahiptirler. Madison için ise, bunun aksine, anayasalar siyasetin sıradan operasyonlarından yalıtılmış olmalıydı. Jefferson'ın önerisi, yeniden canlandırmaya ilgi duyan partiler (örneğin Hitler'in partisi) ve önceki mülk devleti (örneğin monarşi veya feodalite taraftarları) ihya etmeyi arzulayanların duygularını tahrik edici bir niteliğe sahipti. Buna karşılık, Madison'un bakışına göre, tartışmanın ötesine taşınmış anayasal değerler bir yandan hizipçi mücadeleyi küçültecek, diğer yandan

da anayasaların siyasetin sıradan işleyişinden yalıtılmasına katkı sağlayacaktı (Sunstein, 1993: 327).

Gelecek kuşakların iradesini belli hukuki sınırlamalara tabi kılmak düşüncesi, anayasacılık taraftarlarının pozitif iktidarı (yani demokrasiyi) bir negatif iktidarla (yani hukukla) durdurmak düşüncesinin bir ürünüdür. Bunun sonucu, anayasa yapımı ayrıcalığının bir kuşağa verilmesi suretiyle sonraki kuşakların bağlanmasıdır. Böylece, anayasa yapımı aynı zamanda bir reform olarak belirir. Anayasacılık taraftarlarının cephesinden bakıldığında ise, tek bir reformun avantajına ağırlık vermek söz konusu olmuştur ve bu durum her zaman için onlar üzerinde demokratik ve psikolojik bir unsuru oluşturmuştur (bkz., Sejersted, 2006: 1-14).

İlk kez ve bütünüyle bir anayasa yapma ayrıcalığının gelecek kuşakları bağlayıcı niteliği gerçekten de çok katı sonuçlar doğurmakta mıdır? Bunu anlayabilmek için, asli ve tali kurucu iktidar kavramları üzerinde durmak gerekmektedir.

Asli ve Tali Kurucu İktidarlar

Gelecek kuşakları bağlayacak bir tarihi görevi kendisine vazife edinmek ile geçmiş tarafından bağlanmış olmak farklı şeylerdir. Birincisi, ilke olarak, bir kez ve tamamıyla, devleti bağlayacak ve toplumun uyumlu gelişmesini garanti edecek kuralları oluşturan asli kuruculuğu ifade eder ve anayasaların değiştirilmesini zorlaştıran usul ve nitelikli çoğunluklar öngörülür. Katı anayasa tabirini kullandığımız bu durum, birkaç anayasa hariç bütün anayasalara ait bir özelliktir. Bu bazı anayasalarda değiştirme yasaklarını da içerebilmektedir. İkincisi ise, yani geçmiş tarafından bu şekilde bağlanmış olmak, tali kuruculuğu ifade eder. Anayasaların değiştirilmesinin zorlaştırılması başlıca iki nedene dayanmaktadır. Biri, anayasanın gerek hukuki ve gerekse siyasi açıdan üstünlüğünün hukuk tekniği bakımından doğal bir sonucudur. Diğeri ise, anayasa yapımını gerçekleştiren kuşağın geçici politikalara anayasanın koruduğu değerlerin kurban edilmesini önlemek arzusudur (Gülsoy, 2007: 45-7).

Genelde kamu hukukunun, özelde ise anayasa hukukunun belki de en karmaşık meselelerinden birisi budur. Teoride asli kurucu iktidar, daha önceden konulmuş herhangi bir hukuk kuralı ile bağlı ve onunla sınırlanmış olmaksızın bir devleti ya da bir siyasi/hukuki sistemi kuran ve bunun için ilk kez anayasayı yapan veya anayasayı tümüyle yeniden yapan iktidar olarak tanımlanmaktadır. Asli kurucu iktidar sınırsız ve hukuk-dışı bir olgu olarak kabul edilir. Bununla söylenmek istenen, bu iktidarın hukukla açıklanmasının olanaksız olduğudur. Yukarıda da kısaca ifade edildiği üzere, asli kurucu iktidar yeni bir başlangıç yapma arzusu ve gereksiniminin eski düzenden koparak yeni bir düzenin kurulması halleri için söz konusu olmaktadır.

Asli kurucu iktidarın aksine, tali (türev, türevsel, ikincil) kurucu iktidar, bir ülkenin anayasasını yine o anayasanın öngördüğü kurallar ve sınırlar içerisinde değiştiren iktidar olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda, asli kurucu iktidarın aksine hukuki bir iktidar olarak belirir. Bir başka deyişle, tali kurucu iktidar varlığını mevcut anayasanın öngördüğü usullere bağlı olmasından alır. Dolayısıyla, hukuken sınırlı bir iktidardır.

Asli kurucu iktidarın hiçbir hukuk kuralı ile bağlı olmaması (ki bu sosyo-ekonomik koşullarla bağlı olmadığı anlamına gelmemektedir), kendisini daha önceden bağlayan bir egemen gücün de olmaması anlamına gelir. Burada söz konusu olan egemen güç, gelecek nesilleri bağlayacak kural/kuralları koyan güç anlamındadır. Tali kurucu iktidar ise, gelecek nesilleri bağlayacak kural/kuralları koyan egemen gücün belirlemiş olduğu sınırlamalara tabidir.

Daha önce de ifade edildiği üzere, her anayasa yapımı aynı zamanda bir reformdur. Aslında tek bir reformun avantajına ağırlık vermek suretiyle gelecek kuşakları bağlamak ne kadar sorunlu olacaksa, her bir kuşağın kendi anayasasını yapma özgürlüğünü savunmak da o denli sorunlu olacaktır. Başka bir şekilde söylenecek olursa, sadece demokrasiyi esas almanın sorunlu tarafları olduğu gibi, sadece tek bir reformu esas almak, asli kurucu iktidarın tercihlerini dogma haline getirmek de o denli sorunlu olacaktır. Anayasalarda değişiklik yapılması en katı anayasalar bakımından da gelecek kuşaklara tanınmış bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda en çok tartışma konusu olan husus, özellikle anayasaların değiştirilme yasağı getirdiği hükümlerin gelecek nesilleri bağlamasıdır. Bu yasaklar anayasaların benimsediği ideoloji (ilkeler bütünü) ile birlikte dikkate alındığında, anayasanın ideolojisinin (ruhu da denmektedir) değiştirilmesi yeni bir anayasa yapmak anlamına gelir ve asli kuruculuk sorunudur. Bu anlamda yeni bir anayasa yapmak, anayasacılığın tarihinin de gösterdiği üzere, olağan dönemlerde gerçekleştirilen bir süreci ifade etmemektedir.

Bunu Türkiye örneğinde somutlaştıracak olursak, “Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir” şeklindeki hüküm, anayasanın ideolojisinin temelini oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra, Cumhuriyetin nitelikleri, üniter devlet yapısı, bayrak, istiklal marşı ve resmi dil ile ilgili hükümler bu bağlamdadır. Bunlardan herhangi birinin anayasadan çıkarılması, anayasanın ilkeler bütününe ortadan kaldıracağından, bu asli kurucu iktidar ile ilgili bir boyut olarak belirir. Bununla birlikte, bu temel ilkeler bütününe bağlı kalmak koşuluyla anayasada değişiklikler yapabilmek veya anayasayı yeniden yapmak her kuşağın sahip olduğu bir hak ve özgürlüktür. Çünkü anayasalar değişmez metinler değildir; yeni bir devlet kurmak ya da yeni bir siyasi rejim kurmak bağlamında bir anayasanın bütünüyle değişmesi ise, olağanüstü dönemlere özgüdür.

Anayasa Yapım Şekilleri ve Osmanlı-Türk Anayasalarının Yapım Süreçleri

Anayasa yapımının pozitif bir teorisi bulunmamaktadır ve anayasalar oldukça farklı şekillerde ortaya çıkmaktadırlar. Bu konuda çeşitli tasnifler yapılmakla birlikte, iki ayrı ucun varlığı noktasından hareket etmek daha uygun olacaktır. Bunlar, demokratik ve demokratik olmayan uçlardır (Elster, 2008: 2-3). Bu ayrım günümüz siyasi sistemlerinin iki temel kategoride değerlendirilmesiyle paralellik arz etmesi bakımından da açıklayıcıdır. Fakat şunu belirtmekte fayda var: Teorik çerçeve oluşturmak ne kadar zor ise, bunun pratiğe aktarılması da o kadar zordur. Yine, bir teorik çerçeve oluşturulurken uygulamaları dikkate almak da bir zorunluluktur. Son olarak göz önünde bulundurulması gerekli bir

başka husus da, demokratik ve demokratik olmayan iki uçta, çok çeşitli ara düzenlemelerin varlığıdır.

1. Demokratik Olmayan Anayasa Yapım Şekilleri

Demokratik olmayan anayasa yapım şekillerinin ayırt edici kriteri, bir egemen yasa koyucunun anayasayı yapmasıdır. Bir defa, anayasayı yapan egemen güç tek bir kişi olabileceği gibi (ferman anayasalar), bu güç ile (monark) onu zorlayan bazı başka güçlerin (örneğin devlet elitleri, burjuvazi...) bir anlaşması (misak anayasalar) şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu ikincisi, tarihsel süreçte sözleşme tipi anayasaların ilk örneklerini oluştururlar ve sınırlı ölçüde de olsa temsili niteliğe sahip olanları bulunmaktadır.

1876 Kanun-i Esasi “Ferman” türü anayasalara örnek teşkil eder ve Padişahın tek taraflı iradesinin bir ürünüdür. Tarihi, sosyal ve siyasi nedenlerden ötürü, Padişah kendi iktidarının sınırlanması suretiyle meşruti bir yönetime geçmiştir ve Tanzimat ile başlayan sürecin bir devamı niteliğindedir. Bu Anayasa’da 1909 yılında yapılan köklü Değişiklik, literatürde yeni bir Anayasa olarak kabul edilmektedir ve “Misak” türünde anayasalar arasında gösterilir (bkz., Atar, 2007: 20-1; Tunç-Bilir-Yavuz, 2011: 27 vd.). Bu da Padişah’ın iradesinin ürünü olmakla birlikte, bu kez O’nun karşısında yer alan ve Padişaha kendisini kabul ettiren temsili bir organ olarak Meclis bulunmaktadır. Söz konusu olan şudur ki, Padişahın iradesinin yanında başka bir irade daha ortaya çıkmıştır. 1909 Değişiklikleri ile bir Meşruti (Anayasal) Monarşi altında ülkemizde parlamenter hükümet sistemi kurulmuş olmaktadır. Üstelik bu Değişikliği ilan eden Heyet-i Ayan Kararnamesi ile ilk defa “milli egemenlik” ilkesinden söz edilmiştir.

İkinci olarak, demokratik olmayan anayasa yapımı, temsili bir niteliğe sahip bulunmayan kurul veya kurucu meclisler tarafından da yapılabilmektedir. Bu yöntem de demokratik olmadığı için, aslında karşılaştığımız olgu, bir anayasanın dayatılmasıdır ve her zaman karşılaşılabileceğimiz bir olgu olarak gözükmektedir.

Bir anayasanın dayatılması başlıca üç biçimde karşımıza çıkar:

- Anayasanın içeriden dayatılması,
- Anayasanın dışarıdan dayatılması,
- Dayatılmış sınırlar altında anayasa yapımı.

Bazı anayasalar tek taraflı olarak bir egemen yasa yapıcı tarafından dayatılır ya da bahşedilir. Yasa yapıcı, yasanını yaptığı ülkenin vatandaşıdır. Bununla birlikte, yönetici olması zorunlu değildir. Bunun aksine, eğer anayasa dışarıdan dayatılmış ise, bu takdirde yasa yapıcı bir işgalci ya da sömürgeci gücün ajanıdır.

Anayasanın içeriden dayatılması, esas itibarıyla bir emir şeklinde olur. Bunun en tipik örneği, 1789 Fransız İhtilali’nden sonra (aynı şekilde 1848 Fransız Devrimi’nden sonra), otokratik yöneticilerin tek taraflı olarak anayasa yapmalarıdır. Üstelik bu anayasalar, aşağı yukarı kendileri için biçilmiş birer metin olma özelliğine sahiptirler. 1958 Fransız Anayasası yapımı da benzerlikler taşır. Bu Anayasa, siyasi seçkinlerin arzusu hilafına

kabul edilmiştir. De Gaulle bunu başarabilmek ve kendi isteğini elde etmek için iki şeye dayanmıştı: Kısmen sahip olduğu halk desteğine ve bundan daha ciddi olarak da isyankâr askeri liderler tarafından meydana getirilen tehlike ihtimaline (Elster, 2008: 3).

Türkiye’de 1961 ve 1982 Anayasaları içeriden dayatılmış anayasaların tipik örneklerindedir. Her iki Anayasa da, bir askeri yönetim altında, temsili hiçbir niteliği bulunmayan ve demokratik bir sürece konu olmayan anayasa yapımı süreçleridir. 1961 Kurucu Meclisi için bunun kısmen olduğu bazı yazarlar tarafından iddia edilmektedir. Yine, 1961 Anayasasının demokratik usullerle yapılmamış olsa da, sonuçta ortaya demokratik bir anayasa çıkarıldığı da savunulmaktadır (Özbudun, 2010: 55; Tanör, 1986: 16). Ancak bu değerlendirmelere katılmak çok da mümkün görünmemektedir. Bir defa demokratik bir anayasa/yasa yapım süreci toplumdaki bütün kesimlerin katılımını zorunlu kılar; kendisine (aynı zamanda demokrasiye) karşı müdahale edilen Demokrat Parti sürecin dışında bırakılmıştı. İkinci olarak da demokratik olmayan bir askeri yönetim altında yapılmıştı. Sonuçta 1961 Anayasası’nı yapan Kurucu Meclis olan “Temsilciler Meclisi, genel oy’dan gelen temsili bir meclis değildi” (Teziç, 2009: 164).

Kısa bir değerlendirme yapılacak olursa, öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, “meşru sonuçlar meşru usullerle elde edilir”. Bu söz şu şekilde de formüle edilmektedir: “bir anayasanın daha demokratik özü, daha demokratik usullerle elde edilir” (Elster, 2008: 3). Diyebiliriz ki, demokratik usullerle yapılmayan bir anayasanın demokratik meşruluğa sahip olması mümkün değildir. Her iki Anayasa döneminde yaşanan meşruluk krizleri bunu ispatlamaktadır. İkinci olarak, dünyadaki anayasalar incelendiğinde karşımıza çarpıcı bir tablo çıkmaktadır. Hiçbir demokratik usul, otokratik bir anayasanın kabul edilmesine yol açmamıştır (Elster, 2008: 3). Dolayısıyla, meşruluk temelleri güçlü bir anayasa düzeni oluşturmanın ilk koşulu, demokratik usullerle bir anayasa yapımını gerçekleştirmektir.

Bir anayasanın dışarıdan dayatılmasının en tipik örneğini ise 1946’daki Japon Anayasası oluşturur. MacArthur’un Japon Anayasası da denilen bu metin, yabancı bir güç tarafından en ince detayına kadar düzenlenmiştir. Japonların kabul etmekten başka bir seçeneğinin olmadığı bir süreçte, Mac Arthur’un hukuk danışmanlarına hazırlattığı anayasaya Japon yazarların görünüşte de olsa desteği sağlanmıştı. Amerikalılar ile Japonlar arasındaki kültürel ve dilsel bariyerler, ironik olarak her iki taraf için temel anlamı üzerinde bir anlaşma olmasa da, anayasa üzerinde bir anlaşmayı mümkün kılmıştı (Elster, 2008: 4).

Dayatılmış sınırlamalar altında anayasa yapımı ise çeşitli biçimlerde karşımıza çıkabilmektedir ve bir anayasanın dışarıdan dayatılması ile kısmi bir paralellik taşır. Burada kurucular farklı anayasal çözümler arasında bir seçim hakkına sahiptirler. Bununla birlikte, anayasa yapımı çalışmalarını dışarıdan dayatılan usul ya da esaslar altında yapabilirler. Tipik bir örnek, 1949 Bonn Anayasası’nın Batılı işgalci güçlerin vesayeti altında yapılmasıdır. Fakat Müttefik güçler taleplerinden sadece birkaçını dayatabilmişler. 1948 Şubatındaki Prag darbesi, Almanların direnç göstermesini sağlayan bir siyasi iklim

oluşturmuştu ve böylece Komünizm tehlikesine karşı aşırı bir bölünmenin önüne geçebilmişlerdi. 1989 sonrası güncel örnekler Bulgaristan ve Romanya’daki anayasa yapımı sürecinde görülmüştür. Bu ülkelerdeki ilk anayasa taslakları özellikle etnik azınlıkların hakları ile ilgili olarak liberal olmayan hükümler içermekteydi. Avrupa Konseyi, bu hükümlerin nihai üyeliğe bağdaşmadığını açıkladı. Bunun üzerine, özellikle Bulgaristan’da oldukça küçük de olsa gerekli değişiklikler yapıldı. Avrupa Konseyi tarafından ortaya konulan sınırlamalar, bir işgalci ya da dış güç tarafından dayatılabileceklere nazaran şüphesiz ki daha yumuşak olmuştur. Bununla birlikte daha az etkin oldukları da söylenemez (Elster, 2008: 4-5).

Ülkemiz için dışarıdan dayatılmış bir anayasa söz konusu olmamıştır. Fakat Tanzimat ile başlayan süreçten günümüze kadar incelendiğinde, ya dışarıdan gelen taleplere karşı duyarlı davranıldığı ya da kendiliğimize bir takım hususları hayata geçirdiğimizi söyleyebilmek mümkündür. Bir başka deyişle, ülkemiz anayasa yapımı süreçlerinde dışarıdan dayatılmış bir takım sınırlamalarla karşı karşıya kalabilmiştir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin 1982 Anayasası’na etkileri önemlidir. Askeri yönetim evresinde Türkiye aleyhine Avrupa İnsan Hakları Divanı’na bazı Avrupa ülkeleri tarafından yapılan başvurular nedeniyle, 1982 Anayasası’nın ilk şeklinde her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin sistematığı benimsenmişse de, bunların güvenceleri ancak 2001 yılındaki kapsamlı Anayasa Değişikliği ile mümkün olabilmıştır. Temel hak ve hürriyetler, hukukun üstünlüğü ve demokratikleşme yönündeki evrensel ve meşru ölçütleri yerleştiremediğimiz hususunda ciddi bir tarihsel geçmişe sahip olduğumuz açıktır ve genelde “kerhen” bir tutum takındığımız da söylenebilir.

Demokratik Anayasa Yapım Şekilleri

Başlangıçtan günümüze, demokratik anayasa yapımı süreçleri temsili meclisler vasıtasıyla gerçekleştirilmiştir. Bu anlamda başlıca iki ana tip anayasa yapımından söz edebiliriz: (1) Dolaylı olarak seçilmiş meclisler tarafından anayasa yapımı, ve (2) Doğrudan seçilmiş meclisler tarafından anayasa yapımı.

Birinci durum, yani dolaylı olarak seçilmiş bir meclis tarafından anayasa yapımının tipik örneği olarak 1787’de Philadelphia ve 1949’da Bonn’da görülmektedir. Her ikisi de, federal devlet yapısının bir gereği olarak meclisin dolaylı olarak seçilmesiyle sonuçlanmıştır. Bir üniter devlette ise karşımıza çıkan, meclisin doğrudan seçilmesidir ve en sık görülen anayasa yapım şekli budur.

Burada, anayasa yapımı için bir meclisin, yani demokratik kurucu iktidarın oluşturulmasında, bu iktidarın kaynağını milletin/halkın iradesinden alması anlayışı yatmaktadır. Dolayısıyla, demokratik kuruculuğun sahibi millettir. Böylece, anayasa millet/halk iradesini ifade eden bir usulle yapılmaktadır. Tarihsel süreçte yazılı anayasaların ilk örneğinin bu şekilde ortaya çıkışına, anayasaların bir sosyal sözleşme niteliğinde düşünülmesi yol açmıştır. ABD’de siyasi kültürün yumuşaklığı ve bunun belirlediği deneyci demokrasi anlayışı söz konusu olmuştur. Deneyci demokrasiler (Anglo Sakson ülkeleri) aynı za-

manda mücadelenin devlet üzerinde değil hükümet üzerinde yaşandığı örneklerdir. Siyasi kültürün sertliği ise Fransa başta olmak üzere Kara Avrupası ülkelerinde belirgindir. Akılcı demokrasiler denilen bu ülkelerde ise siyasi sistemdeki mücadele daha çok devlet üzerinde bir mücadele olarak belirmiştir (ayrıntılı bilgi için bkz., Sartori, 1993: 55-9). Türkiye’de de sert bir siyasi kültür ve devlet üzerinde mücadelenin ağır bastığı söylenebilir. Bu özellikle 1789 Fransız Devrimi sonrasında aydın kesimin bu ülkeden etkilenmesi ile başlayan bir süreç olarak da karşımıza çıkmaktadır ve jakobenizm siyasi yaşamda belirleyici bir yaklaşım olmuştur.

Demokratik bir meclis tarafından anayasa yapımında halkın anayasa metninin hazırlanmasına ve kabul edilmesine katılımının gerçekleştirilmesi farklı biçimlerle gerçekleştirilmektedir. Anayasa yapımı için halk tarafından bir meclis seçilebileceği gibi, mevcut (olağan) meclisin de bu işlevi üstlenebilmesi mümkündür. Hazırlanan anayasa metninin referanduma sunulup sunulmaması da yine bir tercihi yansıtır. Meclisin asli kurucu iktidar işlevi mi yoksa tali kurucu iktidar işlevi mi yükleneceği, yine mevcut koşullara ve siyasi iklime göre şekillenebilir. Bununla birlikte, kurucu meclisleri dört ayrı tipe ayırmak mümkündür (Elster, 2009: 421):

- Anayasal konvansiyonlar-meclisler (bir anayasayı yapmak veya bir anayasayı değiştirmek için toplanan olağanüstü geçici meclis),
- Yetkilendirilmiş kurucu yasama organları,
- Kendiliğinden oluşmuş kurucu yasama organları,
- Kendiliğinden oluşmuş yasama meclisleri.

Anayasal meclisler sadece anayasa yapımı ile ilgilenirken, diğer üçü için mevcut görevlerinin yanına ilave edilmiş bir görevi ifade eder. Bununla birlikte, bu yöntemin iyi tahlil edilmesi durumunda hem diğerlerine nazaran demokratik meşruluğunun daha güçlü olduğu hem de diğerlerinin olumsuzluklarını bertaraf edebilme imkânını verdiği görülmektedir. Bu nedenle, bu konuyu öneriler bölümünde ele almak daha yararlı olacaktır.

Yetkilendirilmiş bir kurucu yasama organı, bir yandan anayasanın kabulü, diğer yandan da olağan yasama organı görevini yerine getirme görevi ile seçilir. 1946 Fransız Anayasasını yapan Meclis bu ikili görevle seçilmişti. Ciddi hükümet krizlerine yol açan bu Anayasanın kısa ömrü de göstermektedir ki, olağan yasama görevini ifa eden milletvekillerinin bir anayasadan beklentilerimizi optimum düzeyde gerçekleştirmesi çok da mümkün olmayabilmektedir. Bunun başlıca nedeni, güncel sorunlarla uğraşmasını beklediğimiz milletvekillerinin aynı zamanda siyasetin güncel sorunlardan arındırılmış bir anayasayı yapabilecek birikime ve psikolojiye sahip olmalarındaki güçlüktür. Şu anda Türkiye’de TBMM bünyesinde mecliste temsil edilen dört partinin eşit sayıda üye verdiği “Anayasa Uzlaşma Komisyonu” üzerinden yürütülen “Yeni Anayasa” çalışmaları buna örnek olarak verilebilir.

Kendiliğinden oluşmuş kurucu yasama organı ise, olağan bir meclis olarak seçilir ve fakat kendisini daha sonra bir kurucu meclise dönüştürür. Bu, genellikle ihtilal yıllarını takiben ortaya çıkan örneklerle kendisini göstermektedir. Örneğin ABD’nde Amerikan eyaletleri arasında bu oldukça yaygın bir modeldi. Yakın tarihte 1989-90 yıllarının Macaristan Parlamentosu da Komünist yönetim altında oluşmakla beraber, parça parça anayasa değişiklikleri yapmak suretiyle tamamen yeni bir anayasa ortaya çıkarmıştır. 1982 Anayasası döneminde TBMM’nin performansını kısmen bu duruma benzetmek mümkündür. Başlangıçtan bu yana en önemlileri 1995, 2001 ve 2004, 2007 ve 2010’da olmak üzere on sekiz değişikliğe uğrayan 1982 Anayasası dönüştürülmeye çalışılmakta, fakat anayasal krizlerin kaynağı olmaya devam etmektedir. Yine tarihimizde 1909, 1971 ve 1973 Değişiklikleri bu bağlamda ele alınabilir. Fakat bu modele uygun asıl örnek, bizi tarihimizde 1924 Anayasasının yapımına götürmektedir. Bilindiği üzere, 1924 Anayasası hem devletin adının hem de rejiminin değiştiği bir süreci müteakip, tek parti yönetimi altında oluşan yasama organının aynı zamanda kurucu meclis işlevini üstlenerek yaptığı bir anayasadır.

Kendiliğinden oluşmuş yasama meclisleri ise aslında bir anayasal konvansiyon olarak seçilmiştir. Fakat daha sonra yasama görevini de üstlenir. Bu iki argümana dayalı olarak yapılır: (1) “Daha fazlasını yapabilen daha azını da yapabilir”, ve (2) Bir gücü yaratan o gücü de kullanabilir”. 1848 Frankfurt Parlamentosu, 1946 Hindistan kurucu meclisi ve 19. yüzyıldaki birçok Amerikan Eyaleti tipik örneklerdir. Demokratik olmamakla birlikte, 1961 ve 1982 Anayasasının kurucu meclisleri bu durumla benzerlikler taşır. Güncel sorunlarla uğraşmasını beklediğimiz milletvekillerinin aynı zamanda siyasetin güncel sorunlardan arındırılmış bir anayasayı yapabilecek birikime ve psikolojiye sahip olmalarındaki güçlük, bu durum için de söz konusudur. Ayrıca, ideal bir tasarım olan anayasanın, yapıcılar tarafından uygulanması başka problemler de doğurabilir. Örneğin, demokratik siyasi yaşam oldukça dinamiktir ve bu dinamizmin temsili organlara (meclis ve hükümet) yansımaları gerekir. Halkın taleplerini idealist yaklaşımlarla bu temsili organlara aktarmanın ne kadar uygun olacağı ise şüphe götürür. Anayasalar bir bakıma demokratik siyasi yaşamın hakemleridir, fakat aktörleri olmamalıdır.

Anayasa yapımı için benimsenen yöntemlerdeki bu farklılıklarda her ülkenin kendine özgü koşullarının etkisi göz önünde bulundurulmalıdır. Bundan dolayı, demokratik bir meclis tarafından anayasa yapımı usulü tipik bir örnek olarak belirirken, bu meclisin oluşumu, kompozisyonu ve nasıl çalışacağı gibi hususların, yani “kurucu meclisin ideal tasarımı”nın ülkenin kendine özgü koşullarına uyarlanması, aynı zamanda bir zorunluluktur. Demokratik bir anayasa yapımı sürecinin başlangıçtan itibaren dikkate alınması gerekmekte, dolayısıyla demokratik kurucu meclisin tasarımı da olabildiğince demokratik bir biçimde yapılmalıdır.

Sonuçta, anayasa yapımının her şeyden önce psikolojik bir tarafı bulunmaktadır. Bir anayasanın başarısı şüphesiz ki psikolojik etkenlerin iyi yönetilmesine bağlıdır. Bu bakımdan, demokratik bir sürecin işletilmesi, anayasa yapım psikolojisinin yönetilebilmesinin ilk ve asli koşulu olarak belirmektedir. Demokratik usullerle yapılan bir anayasa, meş-

ruluk temelleri güçlü bir şekilde ortaya çıkacağından, ondan beklentilerimizi maksimize etmeye yol açacaktır. Bir hukuki metin gücünü her şeyden önce toplumun ona inancından alır. Bunun tipik örneği yukarıda da ifade edildiği üzere Amerika Birleşik Devletleri'dir. ABD Anayasasına bu gücü veren ise, hiç şüphe yok ki, metnin sahip olduğu özelliklerin yanı sıra ve ondan da öte demokratik usullerle yapılmış olmasıdır.

Türkiye'de Kurucu İradenin Tezahür Ettiği Anayasal Tercihler Karşısında Anayasa Yapımı

Türkiye'de kurucu irade Kurtuluş Savaşı döneminde şekillenmiştir. I. Dünya Savaşı'nın kaybedilmesinden sonra ülkenin galipler tarafından işgal edilmeye başlanması üzerine yurdun dört bir tarafında başlayan mücadele, yerel örgütlenmeler ve kongreler tarafından yürütülmekteydi. Bu dağınık görünüme son verilmesi ve mücadelenin tek bir çatı altında yürütülmesi için iki önemli kongre (Erzurum ve Sivas) Mustafa Kemal Paşa'nın öncülüğünde toplanmıştır. Bunlardan elde edilen başarı üzerine 23 Nisan 1920'de toplanan Büyük Millet Meclisi bu dağınıklığa son vererek, Kurtuluş Savaşını Ankara'dan yönetmiştir. Olağanüstü yetkileri haiz bir meclis olarak toplanan Büyük Millet Meclisi, bu dönemde çıkarmış olduğu kanunlarla aslında temel anayasal tercihleri de belirlemiş olmaktadır. Birinci Büyük Millet Meclisi öncelikle yürütme gücünü oluşturmak için bir takım düzenlemeler yapmıştır. Yine Meclis'in oluşumuna ve çalışmasına ilişkin kanunlar da gerçekleştirilmiştir. Şüphesiz ki en önemli düzenleme, 20.01.1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu olmuştur. Bu, içerik itibarıyla ele alındığında bir anayasa olarak belirir. Çünkü hem yeni bir devlet kurmakta, hem de rejimi değiştirmektedir. Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun 1. maddesi milli egemenlik ilkesini anayasa hükmü haline getirirken, 2. maddesi ile meclis hükümeti sistemini kurmaktaydı. 7. madde ise hem meclis hükümetini somutlaştırmakta, hem de her türlü kanunu koyma, değiştirme ve kaldırma yetkilerini Meclise vermek suretiyle olağanüstü yetkilere haiz olduğunu anayasal hükme bağlamaktaydı. 3. madde ise Osmanlı Devleti yerine Türkiye Devleti ibaresini kullanmak suretiyle aslında başka bir devlet kurulduğunu söylemekteydi Bu maddeye göre, "Türkiye Devleti Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur ve hükümeti Büyük Millet Meclisi hükümeti unvanını taşır". Bundan sonraki süreçte, 12 Mart 1921'de İstiklal Marşı'nın kabul edildiğini görmekteyiz.

Mondros Mütarekesi'nden sonra Birinci TBMM döneminde iki önemli Heyet-i Umumiye kararı çıkarmıştır. Bunlardan biri 30 Ekim 1922 tarihli "Osmanlı İmparatorluğu'nun İnkıraz Bulup Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti teşekkül Ettiğine Dair Heyet-i Umumiye Kararı", diğeri ise 1-2 Kasım 1922 tarihli "Türkiye Büyük Millet Meclisinin Hukuk-ı Hâkimiyet ve Hükümrininin Mümessil-i Hakikisi Olduğuna Dair Heyet-i Umumiye Kararı"dır. Bu karar ile saltanat kaldırılmış olmaktadır.

Birinci Meclis'te görülen gruplaşmalar, sonunda iki ayrı kümelenmeyi (Birinci ve İkinci Grup'lar) getirmişti. Mustafa Kemal Paşa'ya göre bu bölünmenin temelinde siyasi rejimin ne olması gerektiği sorunu yatmaktaydı. Birinci Grubu Halk fırkası adı altın-

da partileştirdikten sonra, önce Grup’ta, sonra da 1 Nisan 1923’te Meclis’te seçimlerin yenilenmesi kararını aldı. Yapılan seçimler üzerine İkinci TBMM 11 Ağustos 1923’te çalışmalarına başlamıştır. 23 Ağustos’ta Lozan Antlaşması’nı onaylayan Meclis, 29 Ekim 1923’te ise Cumhuriyet’i ilan eden “Teşkilat-ı Esasiye Kanununun Bazı Mevaddının Tavzihan Tadiline Dair Kanun”u kabul etmiştir. Teşkilat-ı Esasiye Kanununun 1. maddesine eklenen cümle ile “Türkiye Devletinin Şekli hükümeti, Cumhuriyettir” hükmü getirilmiştir. Bundan 16 gün önce de, 13 Ekim’de Ankara Başkent ilan edilmiştir. 1921 Anayasası döneminde son olarak 3 Mart 1924 günü kabul edilen kanunla Hilafet kaldırılmıştır.

23 Nisan 1920’den 1924 Anayasası’na kadar olan dönemde aslında Türkiye Cumhuriyeti’ni kuran temel anayasal tercihler belirlenmiş oluyordu. Daha sonra bunlara eklenen şu anayasal tercihler söz konusudur: Cumhuriyetin hükümet şekli yerine devlet şekli olarak ifade edilmesi, milli devlet ve laik devlet ilkelerinin benimsenmesi. Çok partili siyasal yaşama geçişteki iki başarısız deneme bir tarafa bırakılacak olursa, demokrasi hariç tüm kurucu anayasal tercihler Atatürk döneminde belirlenmiş olmaktadır. Yalnız burada zikredilmeyen kurucu felsefenin iki unsuru Osmanlı’dan miras olarak devam etmiştir: Üniter devlet yapısı ve resmi dilin Türkçe oluşu (1876 Kanun-i Esasinin 1. ve 18. maddeleri).

Türkiye’de kurucu iradenin bu tercihleri 1961 ve 1982 Anayasalarının değerlendirilmesinde önemlidir. Her iki Anayasanın da kurucu iktidarları hukuken hiçbir kuralla bağlı olmamalarına rağmen, yukarıda sayılanların herhangi birisinde değişiklik yapmamıştır. Bu bağlamda, hukuki-teknik anlamda bunlar asli kurucu iktidar olarak kabul edilseler bile, sosyal-siyasal anlamda bir asli kurucu iktidar olarak görülemeyebilirler. Kanımca bunun başlıca nedeni, her iki Anayasanın da bir askeri müdahale sonucu ortaya çıkmış olması ve gerekçelerinin de bütünüyle *siyasi* olmasıdır. 1961 Müdahalesinin gerekçesini Demokrat Parti’nin baskıcı bir rejim kurması ve 1924 Anayasası’nın buna imkan tanıyan bir demokrasi anlayışını benimsemiş olması yönündeki iddialar oluştururken, 1980 müdahalesinin gerekçesini ise anarşi ve teknik-anayasal tıkanıklar oluşturmuştur. Bir başka deyişle, siyasi sistemde kesintiye neden olan her iki müdahalenin de gerekçeleri, yukarıda ifade edilen asli kurucu iktidarın ortaya çıkmasına neden olan koşullarla gerçek anlamda ilgili değillerdi. Dolayısıyla, Türkiye’de gündemde olan “Yeni Anayasa” yapımında tartışmaların asıl yönünü 1961 ve 1982 Anayasaları değil, daha önceden oluşmuş kurucu temel ilkeler belirleyecektir. Yine, Türkiye’deki anayasal talepler incelendiğinde, istisnai olan ve azınlıkta kalan bazıları göz ardı edildiğinde, bu taleplerin kurucu temel ilkelerle değil esas itibarıyla mevcut Anayasa’nın açmazları ve yetersizlikleri ile ilgili oldukları görülmektedir.

Öneriler

Buraya kadar, bir anayasaya hâkim olması gereken anlayışın önemini vurgulamaya ve bu ekseninde, otoriter bir anlayışın nasıl sıkıntılara yol açtığını ortaya koymaya çalıştık. Son olarak, bu çalışmanın ana hedefi olan demokratik anayasa yapımı usulünün bir

anayasadan beklentilerimizi maksimize etmenin tek yolu olduğunu göstermeye çalıştık. Böylece, önce kısaca demokratik usulle anayasa yapımını bertaraf eden temel unsuru tekrar hatırlamaya, sonrasında ise tercih noktasında öne çıkan yöntemi ifade etmeye çabalayacağız. Hukuktaki temel bir kural burada hatırlanmaya değerdir: usul esastandır.

Demokratik usulle anayasa yapımını bertaraf eden temel unsur, gösterilmeye çalışıldığı üzere gerek tamamen ve gerekse kısmen bir anayasanın ister dışarıdan isterse içeriden dayatılmasıdır. Bu dayatma her zaman bariz biçimde karşımıza çıkmayabilir. Bazen anayasa yapımı süreci psikolojik operasyonlarla da yönlendirilebilir. Bu, özellikle medyanın etkin kullanımıyla ya da ekonomik veyahut da ideolojik araçlarla mümkün kılınabilir. Bazen de demokratik bir anayasa yapımı hedeflense ve bu konuda iyi niyetli bir tutum sergilense bile seçilen usul bizi hedeflenen noktaya götüremeyebilir. Yukarıda da açıklandığı üzere, yeni bir anayasa yapımı ya da geniş çaplı bir anayasa değişikliği faaliyetiyle yasama faaliyetini birleştirmek birçok sorunu tabiatı icabı beraberinde getirecektir. Yine, bir uzman yapımı anayasa da bizi hedefe götüremeyecektir. Bir defa, anayasayı uzmanlar değil, halk yapmalıdır. Nasıl ki demokrasiler halk tarafından bir iktidarı ifade ediyorsa, bu iktidarın nasıl kullanılacağı ve sınırlarını belirlemek de ona ait olmalıdır. Şüphesiz ki bu uzmanların dışlanmasını ifade etmez. Tam aksine uzman katkısı olmadan anayasanın bütünlüğünü sağlamak ve teknik konuları düzenlemek mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, anayasalar temel siyasi tercihleri yansıtan metinler olduğundan, bunu temsilcileri aracılığıyla da olsa halk yapmalıdır. Bir demokrasi ile Platon'un filozoflar yönetimi arasındaki fark da budur. Diğer taraftan, uzman yapımı anayasada uzmanların bir biçimde belirlenmesi gerekir. Bu durumda uzmanları belirleyen irade, en azından psikolojik olarak bir anayasayı dayatan olarak algılanacaktır. Bu da, baştan bir meşruiyet tartışması doğurma potansiyelini bünyesinde taşır. Birkaç yıl öncesinde böyle bir örnek Türkiye'de yaşanmıştır. Sonuç olarak, gerçeklikte olsun, görünüşte olsun dayatılmış bir anayasa yapımı usulünü reddetmek, demokratik usulün olmazsa olmaz koşulu olarak belirlemektedir.

Benim burada önereceğim birinci usul, "Yeni Anayasa" çalışmalarının akamete uğraması halinde bir anayasayı yapmak veya bir anayasada kapsamlı değişiklik yapmak için toplanan olağanüstü geçici meclisi ifade eden "anayasal meclis"tir. Şüphesiz ki bu ideali değil, olanı ifade eder; tıpkı demokrasinin idealini (doğrudan demokrasi) değil gerçeğini (temsili demokrasi) yaşadığımız gibi. Yine, bu usulün bütün yönleriyle test edilerek doğrulandığını da söylemek istemiyorum. Her temel tercihte olduğu gibi, bu anayasa yapım usulü de ülkenin kendine özgü koşullarına göre uyarlanmalıdır. Bununla birlikte, burada bir detay ifadesinden kaçınmayacağım. Göstermek istediğim şey, doğru ve meşru usulü saptamaktır.

Bir anayasal meclis kurulması 2008 Haziran ayı içerisinde TÜSİAD tarafından da ifade edilmiş ve Türkiye için bunun uygun olduğu dile getirilmişti. Bu talebe farklı tepkiler gelmişti. Burada dikkat edilmesi gereken iki husus olduğu kanaatindeyim. Birincisi, talebin kimden geldiğine değil, bu talebin toplumsal ve siyasal bir karşılığının olup olmadığına bakmaktır. Şüphesiz ki, bir anayasal yenilenme talebi ülkemizde yaygın bir biçimde uzunca bir süredir dile getirilmektedir. Nitekim bazı sivil toplum kuruluşlarının

ca hazırlanan anayasa taslakları da söz konusu olmuştur ve TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu’na çok sayıda öneri çeşitli kanallardan iletilmiştir. Bunu da bu çerçevede değerlendirmek gerekir. İkincisi ise, TÜSİAD’ın anayasa konvansiyonunun tasarımına ilişkin önerileridir. Ne var ki 2008 yılındaki öneri demokrasi bakımından farklı bir durumu öne sürmekteydi. Bir anayasa konvansiyonunun tasarımının ne şekilde olacağı cevaplanması çok da kolay olmayacak bir sorudur. Bununla birlikte, bu tasarımın öncülüğünü siyaset kurumunun yapması gerekir. Diğer yandan, TÜSİAD’ın tasarımı demokratik ilkeler bakımından oldukça tartışılabilir bir öneri olarak da belirmektedir; öneri toplumun tüm kesimlerinin temsilinden ziyade bir uzman yapımı anayasa izlenimi doğurmuştu. Bununla birlikte, burada yapılmaya çalışılan Anayasal Konvansiyonun ideal tasarımı olmadığından, bunun eleştirisine girmekten kaçınacağım. Yalnız, altını çizmek istediğim husus, böyle bir tasarımın da demokratik usulle yapılacak bir anayasa çalışmasında “dayatılmış” bir özelliğe sahip olmaması, hatta böyle bir görüntüden bile kaçınılması gerektiğidir. Üstelik siyaset kurumunun öncülük yapmadığı böyle bir çalışmanın, bundan uzak olması da söz konusu olamayacaktır.

Bu hususları bir tarafa bırakacak olursak, bir anayasal meclis demokratik usulle anayasa yapımında hangi avantajları sunar ve bunun karşılığında hangi olumsuzlukları bertaraf eder değerlendirilmeye değerdir. Buna göre, böyle bir yöntem başlıca şu üç avantajı sağlayabilecektir:

(1) Bir anayasal konvansiyon, sadece anayasa yapımı ile ilgilidir. ABD ve 1949 Alman Anayasasının yapımı ile belli bir ölçüde 1978 İspanyol Anayasasının yapımlarında bu yöntemin varlığını görmekteyiz. Sadece anayasa yapımıyla ilgilenecek bir mecliste birtakım teknik sıkıntılar yaşanabilir. Örneğin kanuncu anlayışın yansımaları bulunabilir. Fakat siyaset kurumunun etkin ve geniş temsili bunu önleyebilecek bir özellik gösterebilir. Buna karşın, yasama faaliyeti güncel sorunlarla ilgilenmek zorunda olduğundan, anayasa yapımı sürecini birlikte yürüttüğü takdirde oluşturulacak anayasa metnine bunlar yansıtılabilecektir. Oysa bir anayasa yapımı aynı zamanda normatif, yani olması gerekeni gösteren bir çalışma olduğundan, siyasetin güncel sorunlarının baskısı altında kalmamalıdır. Bu da, bizi anayasa yapımcılar ile kanun koyucular arasındaki nitelik farkına götürmektedir.

(2) Bir anayasal konvansiyon, temsili bir meclistir. Demokratik usulün önündeki en büyük engelin bir anayasanın dayatılması veya bu görüntünün oluşması olduğu yukarıda ifade edilmişti. Belirlenecek uygun bir seçim yöntemi ile halkın temsilinin sağlandığı bir anayasal meclis temsili niteliğiyle demokratik meşruluğunu elde edebilecektir. Günümüz gerçek demokrasilerinin temsili demokrasiler olması karşısında, “temsilde adalet ilkesi”nin gerçekleştirilmesine, dolayısıyla da demokratik meşruluğunun sağlanmasına benimsenecek seçim usulünün imkân tanıyacağı bir usulü anayasal meclis bize verecektir. Üstelik burada bizleri zorlayacak bir “yönetimde istikrar” zorunluluğu olmayacaktır. Buna karşılık bir yasama organı tarafından anayasa yapımının gerçekleştirilmesi usulünde “temsilde adalet” ile “yönetimde istikrar” ilkelerini bağdaştırmak gibi bir zorunluluğumuz bulunmaktadır. Sonuçta, temsilde adaletin gerçekleştirildiği bir seçim ile oluştu-

rulacak anayasal meclis, demokratik meşruluk krizini asgari düzeye indirgeyebilir, hatta sürecin iyi yönetilmesi böyle bir riski bertaraf edebilir.

(3) Bir anayasal konvansiyon, anayasa yapım psikolojisini ideale yaklaştırabilir. Anayasa yapımı sürecinde psikolojik faktörler genellikle göz ardı edilmektedir. Oysaki insanların düşüncelerini yönlendiren ve onları motive eden çeşitli saikler bulunmaktadır. Bu saikler Elster tarafından mantık, menfaat ve ihtiras olarak ifade etmektedir (Elster, 2008: 6). Her üç saik de anayasa yapımı sürecinde önemli rol oynayan psikolojik faktörlerdir. Burada temel sorun, seçmenlerin saikleri ile anayasa yapımcıların saikleri arasındaki örtüşmedir ve karşımıza çıkan temel husus taraflı fikirlerin anayasa yapımına yapacağı olumlu etkidir. Genellikle anayasaların tarafsız olmaları gerektiği ve bundan dolayı da tarafsız insanların bunda görev üstlenmeleri zorunluluğu sıklıkla ifade edilir. Oysaki bir anayasanın yapımında taraflı fikirlere ihtiyacımız vardır. Öncelikle tarafsız fikrin ne olduğu ve bu bağlamda tarafsız insanların kimler olduğu/olacağı yönünde sağlıklı bir cevap verilmez. Paradoksal olarak, bunu cevaplayacak olan iradenin kendisi başlı başına bir taraf özelliğine sahiptir. İkinci olarak, toplumda bir gerçeklik olarak taraflı fikirlerin dışlanması, anayasa yapımı sürecinden uzaklaştırılması, anayasanın bu kesimler tarafından dayatılmış olarak kabul edilip benimsenmemesi için yeterli bir sebep teşkil edecektir. Buna karşın, taraflı fikirlerin temsili, hem bu fikirlerin yumuşatılarak herkesçe kabul edilebilecek formülasyonlara dönüştürülebilmesine imkân tanır, hem de onların da ortaya çıkacak anayasa metninin bir parçası olmasını temin edeceğinden, anayasa metnini benimseyebilmelerine imkân tanır. Şüphesiz, böyle bir durum uzun ömürlü ve meşruluk temelleri güçlü bir anayasaya sahip olmamızı sağlayabilecektir. Mantık, menfaat ve ihtirasın varlığını yok sayarak değil, bunların doğal saikler olduğunu kabul ederek bunlardan faydalanmayı başarabilecek yöntemler oluşturmak daha doğru ve elverişli bir yol olarak görülmelidir.

Sonuç olarak, eğer temel ilkeler saptanabilir ve bunu gerçekleştirebilecek uygun usul kararlaştırılabilirse, ancak bu takdirde anayasa yapımı (yeni bir anayasa yapmak veya değiştirmek) için anayasa yapıcı iradenin (meclisin) tasarımı mümkün olabilecektir.

“Yeni Anayasa” sürecinin başarısızla sonuçlanması halinde önereceğim ikinci usul, aslında 1987’den bu yana bir anlamda uygulanan ve TBMM’nin, seçim kanunlarından kaynaklanan eksikliklerine rağmen kendi demokratik temsili niteliğine duyduğu saygı ve bağlılığın bir tür tezahürü olan parça parça anayasal yenilenmeye devam etmesidir. Yürürlükteki 1982 Anayasası’nın bugün gelinen noktada ilk haliyle bir bağlantısı neredeyse kalmamıştır. Bu Anayasa meşru-demokratik olmayan bir yöntemle yapılmıştır, ama TBMM Anayasayı dönüştürebilmiştir. Bunun dışında ise, temel hak ve özgürlükler rejimi bakımından Avrupa sistematiği zaman içerisinde anayasa yansıtılmış olduğundan, sıkıntı esasen yapısal şartlarda ve bir demokrasi tercihinin olmayışında bulunmaktadır (ayrıntılı bilgi için bkz., Gülsoy, 2011: 47-54).

Sonuç

Yürürlükteki 1982 Anayasası, demokratik anayasa yapımı ölçütlerine göre dayatılmış bir anayasadır. Bir anayasanın dayatılmış olmasının en büyük sakıncası, halkın o anaya-

saya yabancılaşmasıdır. Bunun sonucu ise, ılımlı bir yurttaşlık/vatandaşlık kültürünün gelişmemesidir. Oysa bir medeniyetin yükselmesi, bu kültürün öncelenmesi ile mümkündür.

Demokratik usulle anayasa yapımını bertaraf eden temel unsur, gösterilmeye çalışıldığı üzere gerek tamamen ve gerekse kısmen bir anayasanın ister dışarıdan isterse içeriden dayatılmasıdır. Türkiye’nin bir anayasal yenilenmeye gereksinimi olduğu açıktır. Fakat bu yenilenme, devleti inşa eden anayasal temel değerleri muhafaza etmek koşuluyla mümkün kılınmalıdır.

Bentham’ın söylediği gibi, diktatörlerin halkıyla ve gelecek kuşaklarla iletişim kuracak bir lisanı yoktur (Sejersted, 2006: 9). Aynı şey anayasalar için de geçerlidir. İhtiyacımız olan şey, gelecek kuşaklarla iletişimi olan bir anayasaya sahip olmaktır.

Seçilen usul önemli ve belirleyicidir. Dayatma her zaman bariz biçimde karşımıza çıkmayabilir. Bazen anayasa yapımı süreci psikolojik operasyonlarla da yönlendirilebilir. Bu, özellikle medyanın etkin kullanımıyla ya da ekonomik veyahut da ideolojik araçlarla mümkün kılınabilir. Bazen de demokratik bir anayasa yapımı hedeflense ve bu konuda iyi niyetli bir tutum sergilense bile seçilen usul bizi hedeflenen noktaya götüremeyebilir.

Yine yukarıda da açıklandığı üzere, yeni bir anayasa yapımı ya da geniş çaplı bir anayasa değişikliği faaliyetiyle yasama faaliyetini birleştirmek birçok sorunu tabiatı icabı beraberinde getirecektir. Ayrıca, bir uzman yapımı anayasa da bizi hedefe götüremeyecektir.

Sonuçta, anayasa yapımının normatif/pozitif bir teorisi bulunmaktadır. Bununla birlikte, Türkiye için başlıca iki temel alternatif söz konusu edilebilir. Birincisi, temsilde adalet ilkesi esas alınmak suretiyle bir kurucu meclis oluşturulmasıdır. Bu kurucu meclis olağan yasama faaliyetlerini üstlenmeyecek, anayasa yapımı ya da ya da anayasa değişikliğini gerçekleştirecektir. Yürürlüğü için referanduma götürülebilir. Bu meclis makul bir süre içinde bunu gerçekleştirmeli, süresiz olarak görev yapmamalıdır. Anayasanın ya da Anayasa Değişikliği’nin kabulü ile, bu meclise bir takım organik kanunlar (seçim kanunu, siyasi partiler kanunu, Anayasa Mahkemesi Kanunu, TBMM İçtüzüğü gibi) yapma görevi verilmesi uygun görülebilir. Bu durumda da belli bir süre tayin edilmelidir. İkinci olarak ise, bilhassa 2001 Değişikliği’ni başaran TBMM’nin performansı esas alınabilir. Bu, mevcut Anayasa’nın bir tetrici yöntemle yenilenmesi tercihidir. Tekâmül etme anlayışı içinde hareket edebilir. Evrensel ve ulusal değerler zaman içerisinde Anayasaya yerleştirilebilir. Her iki durumda da dikkat edilmesi gereken asıl husus, sahip olduğumuz/olacağımız Anayasanın meşruluk temellerinin güçlü kılınmasıdır.

Bununla birlikte, öneriler TBMM’nin “Yeni Anayasa” çalışmalarının akamete uğraması durumunda söz konusu edilebilir. Türkiye eksikliklerine rağmen Birinci TBMM’den sonra ilk defa demokratik bir usulle anayasa yapmaya çalışmaktadır. Bunun başarılı olması Türkiye’nin önünü açacaktır.

Kaynakça

- Atar, Yavuz (2007). Türk Anayasa Hukuku (4. Baskı). Konya: Mimoza Yayınları.
- Duverger, Maurice (1986). Siyasal Rejimler. (Çev. Teoman Tunçdoğan). İstanbul: Sosyal Yayınlar.
- Elster, Jon (2008). “Anayasa Yapım Yolları”. (Çev. Mehmet Tevfik Gülsoy-Engin Saygın), e-akademi, Eylül 2008, sayı 79, ss. 1-15. (Erişim tarihi: <http://www.e-akademi.org>, 15.10.2009).
- Elster, Jon (2009). “Bir Kurucu Meclisin İdeal Tasarımı”. (Çev. Engin Saygın). Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 58 (2), ss. 415-46.
- Gülsoy, Mehmet Tevfik (2007). Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Gülsoy, Mehmet Tevfik (2011). “Türkiye’de Bir Anayasal Tercih Sorunu Olarak Yapısal Şartlar”. Uluslararası Anayasa Kongresi, İstanbul 11-14 Mayıs 2011, Anayasa Hukukçular Derneği-İstanbul Üniversitesi-İstanbul Kültür Üniversitesi, Metinler Kitabı 3, ss. 47-54.
- Özbudun, Ergun (2010). Türk Anayasa Hukuku (11. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Sartori, Giovanni (1993). Demokrasi Teorisine Geri Dönüş. (Çev. T. Karamustafaoğlu-M. Turhan). Ankara: TDV Yayını.
- Sejersted, Francis (2006). “Demokrasi ve Hukuk Devleti: İyi Yönetim Çabasındaki Bazı Tarihsel Çelişki Deneyimleri”. (Çev. M. Tevfik Gülsoy). e-akademi, Sayı: 58, Aralık 2006, ss. 1-15, (Erişim tarihi: 01.12.2006 <http://www.e-akademi.org/makaleler/mtgulsoy-1.htm>)
- Sunstein, Cass R. (1993). “Constitutions And Democracies: An Epilogue”. Constitutionalism and Democracy. Edited by Jon Elster and Rune Slagstad, Cambridge University Press, ss. 327-56.
- Tanilli, Server (1990). Devlet ve Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş)(6. Baskı), İstanbul: Say Yayınları.
- Tanör, Bülent (1986). İki Anayasa (1961-1982). İstanbul: Beta Yayınları.
- Teziç, Erdoğan (2009). Anayasa Hukuku (13. Baskı). İstanbul: Beta Yayınları.
- Tunaya, Tarık Zafer (1988). İnsan Derisiyle Kaplı Anayasa (2. Baskı). İstanbul: Arba Yayınları.
- Tunç, Hasan- Bilir, Faruk- Yavuz, Bülent (2011). Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Berikan Yayınevi.
- Wheare, K. C. (1984). Modern Anayasalar. (Çev. Mehmet Turhan). İstanbul: Değişim Yayınları.