

Bu Meclis Anayasa Yapabilir mi?

Mehmet Merdan Hekimoğlu*

Özgün modernleşme tarihimizden tevarüs eden devlet merkezci zihni paradigmanın anayasa hukukumuzda yansımalarının doğal bir sonucu olarak, genelde devlet ve toplum arasında yapılan bir sözleşme olduğu kabul edilen ama aslında toplumun, birlikte yaşama iradesinin asgari müştereklerde tecelli etmiş ortak zemini olarak, bütünüyle kendi içerisinde kotarması gereken temel hukuksal ve siyasi belgeler olarak anayasaların, 17. yy. İskoç aydınlanmasından itibaren modern anayasacılığın tarihinden türeyen bu gerçek anlamıyla Türk anayasa tarihinde karşılığının bulunduğunu iddia etmek zor gözükmektedir. Modern çağın önemli filozoflarından Jean-Jacques Rousseau'nun savunduğu toplum sözleşmesi teorisi ve önemli ölçüde onun etkisinde kalan Fransız İhtilali'nden itibaren pozitif kamu hukukunda kabul edilmeye başlanan egemen anlayışa göre, devlet, anayasa yoluyla ortaya çıkan türedi bir hizmetsel aygıt olarak, toplumun kendi içerisinde yaptığı esas sözleşmenin yani anayasaların bir sonucudur. Şu halde ontolojik açıdan yapılacak, tarihsel bir kronolojik sıralama şu şekilde olmak durumundadır: Toplum-anayasa-devlet.

Sosyolojik olarak büyük ölçüde köylü bir toplumda sivil ve askeri bürokrasi ile aydınlardan oluşan oligarşik bir elit sınıf eliyle, yukarıdan aşağıya gerçekleştirilmeye başlanan Cumhuriyet tarihi Türk modernleşmesinde, toplumun hâkim anlayış doğrultusunda dönüştürülmesi görevi, her türlü sosyal sorunu hukuk vasıtasıyla çözmek şeklinde zuhur eden legalistik toplumsal ve siyasal kültürün de etkisiyle, ilk önce anayasalara verilmiştir. Devletin topluma öncelenmesi anlamına da gelen, kurucu rasyonalist bu yaklaşım, anayasaları devletin ideolojik amaçları doğrultusunda araçsallaştırmış, onların toplum sözleşmesi olma ve toplumu devlete karşı koruma niteliğini önemli ölçüde ortadan kaldırmıştır. Şimdiye kadar modern kamu hukuku doktrinindeki egemen anlayışa göre arkaik ve anakronik kalmış, bir devlet-toplum-anayasa sıralamasını esas almak suretiyle ortaya çıkan Türk anayasalarının önündeki bu tarihsel handikapı aşma konusunda yeni seçilen T.B.M.M.

çok önemli bir olanağa sahip bulunmaktadır. Asli kurucu iktidarın kurucu referandum yolunu kullanmak suretiyle tarihimizin gerçek manasıyla ilk sivil anayasasını yapabileme fırsatını yakalayan 23. Dönem T.B.M.M.'nin, bu olanağı ne ölçüde yaşama geçirebileceğini, müstakbel anayasanın içeriğinden ziyade, anayasa yapım sürecinde ne ölçüde bir katılımcı usul izleneceği belirleyecektir. Osmanlı Mecellesi'ndeki veciz ifadeyle yeniden vurgulamak gerekirse, usulün esasa mukaddem olacağı bir tarihsel sürecin içerisinden geçmekteyiz.

1. Kurucu iktidar nedir? Kaç türlü kurucu iktidar vardır?

Anayasa yapma veya onu reforme etme gücüne kurucu iktidar (constituent power) adı verilmektedir (John Joseph Lalor: 1883:630). Bu tanımdan hareketle yeni bir anayasa yapma ya da anayasa kanununu yazma iktidarına (Üskül, 1991:79) asli kurucu iktidar, mevcut anayasada öngörülen usul ve esaslar dâhilinde anayasa değiştirmeye ise tali kurucu iktidar adı verilir. Devrim, hükümet darbesi, savaş, sömürge olan bir ülkenin bağımsızlığını elde etmesi, birden fazla bağımsız devletin kendi rızalarıyla birleşip yeni bir devlet kurma yoluna gitmeleri gibi olağanüstü olaylar neticesinde ortaya çıkan hukuk boşluğunun, yeni bir anayasa yapmak suretiyle doldurulması asli kurucu iktidarın kullanılmasıyla mümkün olurken; bu tür olağanüstü olayların söz konusu olmadığı durumlarda, hukuki ve sınırlı nitelikte olmak üzere, anayasanın yine anayasada öngörülen şekilde değiştirilmesi tali kurucu iktidarla söz konusu olmaktadır (Gözler, 1998:65 v.d). Bir devletin yeniden kurulması, ona hukuki ve siyasi statünün verilmesi, başka bir anlatımla bir devletin anayasasının ilk kez ya da yeniden yapılması iktidarını ifade eden asli kurucu iktidarın (Özbudun, 2002:147) devleti yeniden oluştururken eski düzenin hiçbir pozitif hukuk normuna bağlı olmayan, âdeta eskiden kopuş niteliğindeki radikal karakterine karşın; tali kurucu iktidar, asli kurucu iktidarın daha önceden tespit etmiş olduğu kısıtlamalar çerçevesinde, cari

* Muğla Üniversitesi İ.İ.B.F. Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim

anayasanın yalnızca kısmi olarak değiştirilmesini içeren, yumuşak bir yapısal geçiş özelliğine sahiptir. Tarihsel süreç içerisinde asli Kurucu İktidar'ın kullanımına örnek olarak da 1787'de yapılan Anayasa ile Amerika'nın bağımsız bir devlet oluşunu, 18 ve 19. yy'larda çeşitli ulusal devletlerin Avrupa'da ortaya çıkışını, 1848'de Fransa, 1917'de Rusya devletlerinin kurulması ile 1920-24 arasında kurulan Ankara'daki TBMM gösterilebilir (Özbudun, 2002, 147).

Asli kurucu iktidarın kullanılma biçimleri, başka bir ifadeyle yeni bir anayasa yapma usulleri, ya ferman ve misak gibi monokratik usullerle ya da millet egemenliğinde kurucu meclis (constituent Assembly) 5ve halk egemenliğinde ise kurucu referandum (constituent referendum) gibi demokratik yollarla gerçekleştirilmektedir (Gözler, 2006: 74 v.d). Halkın anayasayı yapmak için seçtiği özel bir meclis demek olan "Konvansiyon" veya "kurucu meclis" in, sadece anayasayı hazırlamakla yetkili olan Amerikan tipi ile bu yetkiye ek olarak normal yasama faaliyetlerinde de bulunan Fransız tipi olmak üzere iki türü mevcut bulunmaktadır. Kurucu meclis usulünün, doğrudan halkın oyuna başvurma olanağından yararlanma yerine, halkın temsilcilerinin oylarıyla yetinmeyi gerekli kılması nedeniyle demokratikliğinin şüpheli olduğu savı öne sürülmüş ve yine bir meclis veya komisyon tarafından hazırlanmakla beraber, anayasa taslağının kabulü için mutlaka halk oyuna sunulmasını öngören kurucu referandum usulü ortaya çıkmıştır (Gözler, 1998, s. 86-87).

2. 23. Dönem T.B.M.M. Tali Kurucu İktidar Yetkisiyle Anayasa Yapabilir mi?

23. Dönem TBMM, tali kurucu iktidarın kullanılması yoluyla, yeni bir anayasa yapma yetkisine sahip olmamakla beraber, değiştirilmesi mümkün olmayan hükümler dışındaki bütün anayasal normları yine Anayasa'da öngörülen sınır ve usuller dâhilinde değiştirebilme olanağına sahip bulunmaktadır. 1982 Anayasası'nın konuya dair 175. maddesine göre, anayasanın değiştirilebilmesi için öncelikle Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazılı bir teklif yapılması gerekmektedir. Yapılan teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür. Görüşmeden sonra yapılacak

oylamada değiştirme tekliflerinin kabul edilebilmesi için Meclis'in üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyu şarttır. Anayasanın değiştirilmesine dair tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, 175. madde de yer alan kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki genel hükümlere bağlı olarak yapılacaktır. Cumhurbaşkanı'nın Anayasa değişikliklerine dair kanunları, diğer alelade kanunlarda olduğu üzere bir daha görüşülmesi için Türkiye Büyük Millet Meclisine geri göndermesi mümkün olmakla beraber, Meclis'in geri gönderilen kanunu, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul etmesi halinde, Cumhurbaşkanı bu kanunu halkoyuna sunma olanağına sahiptir. Anayasa değişikliği hakkındaki kanunların Meclis tarafından üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilmesi halinde ise, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde, bu kanunların halkoyuna sunulmak üzere Resmî Gazetede yayımlanması zorunludur. Doğrudan veya Cumhurbaşkanının iadesi sonucunda, Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunca kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanunların veya gerekli görülen maddelerinin Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulması mümkündür. Anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya ilgili maddelerin halkoylamasına sunulmaması durumunda, bunların Resmî Gazetede yayımlanacağı hususu Anayasa'nın mezkûr maddesinde ifade edilmiştir. Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halkoyuna sunulması durumunda, bunların yürürlüğe girmesi için, halkoylamasında kullanılan geçerli oyların yarısından çoğunun kabul oyu yönünde olması gerekmektedir. Meclis'in, Anayasa değişiklikleriyle ilgili kanunların kabulü esnasında, bunların halkoylamasına sunulması ihtimaline göre, Anayasanın değişikliğe uğratılan normlarından, hangilerinin birlikte, hangilerinin ise ayrı ayrı oylanacağı hususunda karar vermesi gerekmektedir.

AKP iktidarının isteğiyle, Prof. Dr. Ergun Özbudun başkanlığında bir bilim heyetince hazırlanan anayasa taslağının, meri Anayasa'da ciddi değişiklikler öngörmekle birlikte, birçok anayasal hükmün muhafazasını içerdiği hususu göz önünde bulundurulursa, yapılan işin gerçekte yepyeni bir anayasa yapımı yerine, mevcut Anayasa'da köklü bir şekilde reforma gidilmesi olduğu kolayca anlaşılacaktır. Bu durumda yapılan reformların

sanki yeni bir anayasa yapılmış gibi takdim edilmesi yerine, cari Anayasa'da geniş çaplı bir revizyon teşebbüsü olarak değerlendirilip, değiştirilmesi öngörülen anayasa maddelerinin yine Anayasa'da öngörülen yolla değiştirilmesi doğru olacaktır. Tali kurucu iktidar kullanılarak, Anayasa'nın yine Anayasa'da öngörülen yol ve sınırlarla değiştirilmesi, bütünüyle yeni bir anayasa yapılmasının ortaya çıkardığı, "bu Meclis'in bir kurucu meclis olmaması nedeniyle yeni bir anayasa yapamayacağı" gibi gereksiz meşruiyet tartışmalarına da son verecektir. Üstelik 1982 Anayasası'nın 175. maddesinde öngörülen ve anayasa değişikliğinin ihtiyari veya mecburi halkoylamasına sunulabilme imkânının kullanılmasıyla, yapılan geniş ölçekli değişikliklerin siyasi ve hukuki meşruiyetinin daha da pekiştirilmesi mümkün olacaktır. Ancak demokratik bir anayasa yapım sürecinin meşruiyetinin, her şeyden önce, yapılması düşünülen anayasa değişiklikleriyle ilgili olarak toplumun mümkün olduğunca geniş kesimlerinin görüş, öneri ve eleştirilerinin alınmasına ve bunların anayasal metne yansıtılmasına bağlı olduğunun da bu bağlamda unutulmaması gerekiyor.

3. 23. Dönem T.B.M.M. Asli Kurucu İktidarın Kullanılmasıyla Anayasa Yapabilir mi?

Kurucu iktidarla ilgili açıklamalarımızda da ifade edildiği üzere, demokratik yollarla asli kurucu iktidarın kullanılarak, bütünüyle yeni bir anayasa yapılması ancak kurucu meclis (convention veya constituent assembly veya verfassunggebende Versammlung) ve kurucu referandum yollarından birinin kabulüyle mümkün olabilmektedir. Her ne kadar Fransız örneğinde görüldüğü üzere, olağan yasama faaliyetlerinde de bulunmaları da mümkün olmakla beraber, son tahlilde söz konusu meclisler savaş, ihtilal, yeni bir devlet kurulması gibi olağanüstü olayların akabinde anayasa yapmaları için seçildiklerinden, 23. Dönem T.B.M.M.'nin bir kurucu meclis olduğundan söz edilemez. Üstelik kurucu meclise dair herhangi bir hükme cari Anayasa'da yer verilmediğinden, mevcut Meclis'e, bütünüyle soyut düşüncelerle böyle olağanüstü bir özel meclise ait yetkilerin verilmesi düşünülemez. Bir an için verildiğini düşünsek bile, bu şekilde,

hem olağan hem olağanüstü; hem cari anayasaya göre normal yasama faaliyetlerinde bulunan hem de onu ortadan kaldırmaya çalışıp, yeni bir anayasa yapan meclis tipinin, aynı zamanda, aynı tüzel kişilikte toplanması gibi, izahı hukuken ve mantıken mümkün olmayan bir anomalinin oluşmasına sebebiyet vermiş oluruz. Bununla birlikte olağan dönemlerde yeni bir anayasanın hiçbir halde yapılamayacağını ileri sürmek, daha demokratik anayasaların yapılmasını, mahiyeti ve sonuçları bakımından hiç de gerçekleşmesi arzu edilemeyen, savaş, mevcut devletin yıkılması, askeri darbe gibi bir takım olağanüstü olayların gerçekleşmesini istemeye bağlı hale getirir ki, demokratik ve barışçıl bir toplum düzeninde böyle bir durumun kabul edilemezliği aşikârdır. Üstelik bu tür bir ağırlaştırıcı ön şart üzerinden daha demokratik ve özgürlükçü bir anayasa yapma yolunun zorlaştırılmasıyla, otoriter ve giderek totaliter dönemlerde yapılan anayasalar, hiç de hak etmedikleri bir süreklilik zırhıyla donatılmış olurlar. Bütün bu gerekçeler yanında 1982 Anayasası'nın, genel seçimden çıkan T.B.M.M.'nin yeni bir anayasa yapmasını yasaklayan ya da kayıtlayan herhangi bir özel normu bünyesinde barındırmaması nedeniyle, kurucu meclis olarak değil de, kurucu meclis gibi çalışmalarını yürütecek olan 53. dönem T.B.M.M.'nin yeni bir anayasa metnini hazırlaması ve bunu kurucu referandum yolundan yararlanarak yürürlüğe sokması olanak dâhilindedir. Mevcut Anayasa'nın tali kurucu iktidarın kullanımında referandum yolunu, halk egemenliğinin bir uzantısı olarak benimsemiş olması, yeni bir anayasa için kurucu referandum yolundan yararlanmaya olanak vermektedir. 1982 Anayasası mademki egemenliğin demokrasilerde temsil yanında yarı doğrudan doğruya yollarla kullanımına olanak sağlayan referandum kurumuna izin vermek suretiyle ilkesel bir tercihte bulunmuştur, o halde bu yolun yeni anayasa yapımında kullanılmasının, Anayasa'nın lafzına ve ruhuna uygun bir tasarruf olacağını ifade etmek pekâlâ mümkündür. Ayrıca kurucu referandum yoluyla asli kurucu iktidarı bizzat ve doğrudan kendi eliyle kullanan halkın bir metne anayasa gücünü kazandırmasının, onun hukuki ve demokratik meşruluğu açısından yeterli olacağı ve olası hukuki eksiklik ve sakatlıkları gidereceği de kabul edilmelidir.

Sonuç

53. dönem T.B.M.M.'nin, asli kurucu iktidar yetkisini kurucu referandum yoluyla kullanarak, yeni bir anayasa yapmasının önünde yürürlükteki anayasa açısından herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak kurucu referandum sürecinin, siyasi meşruiyet açısından sıhhatini tayin edecek olan esas ögenin, yeni anayasa yapım sürecinin elverdiğince katılımcı, şeffaf ve demokratik bir nitelik kazanması olduğu hususu asla gözden uzak tutulmamalıdır. Müstakbel anayasanın bütün toplumsal kesimlerin talep ve tercihleri yerine iktidarda da olsa tek bir siyasi partinin önceliklerine dayanılarak hazırlanması halinde, bu durumun çok kısa bir süre sonra siyasi meşruiyetten kaynaklanan yeni anayasa tartışmalarına yol açacağı beklenebileceği gibi, ortaya çıkan metnin demokratik ve modern anlamıyla bir anayasa olarak da kabul edilmesi de mümkün olmayacaktır. Mademki yürürlükte bulunan Anayasa'yı hazırlayan Kurucu Meclis'in partisiz ve MGK tarafından seçilip atanan üyelerden oluşmasının, seçilmiş ve demokratik bir kurucu iktidarın mevcut olmamasına yol açtığı haklı olarak ileri sürülmüştür (Tanör, 1990: 312); o halde bunun mefhumu muhalifinden yeni anayasa yapım sürecinin mümkün olduğunca toplumsal temsil kabiliyeti geniş bir ortak çalışmadan kaynaklanması gerekmektedir. Ayrıca günümüzde artık anayasaların demokratik olması gerekmekte, bu da devletin insan haklarından yana olmasının gerekliliği yanında, politik alanda halkın bütün iradesinin gerçekleştirilmesi anlamına gelmektedir (Reichhardt-Breunig-Gabler, 1990:757). Bu nedenle kurucu meclis gibi çalışmalarına başlayacak olan 53. T.B.M.M.'nin anayasa yapım çalışmalarında inisiyatifi ele almak suretiyle; bütün siyasi partiler, sivil toplum örgütleri, meslek kuruluşları ve üniversitelerle görüşmesi ve böylece mümkün olan en geniş anlamda diyalog ve uzlaşma sağlamaya çalışması, yeni anayasanın uzun süre uygulanabilecek gerçek bir toplum sözleşmesi ve meşruluğu tartışılmaz bir birlikte yaşam belgesi olması açısından vazgeçilmez bir öneme sahiptir.

Kaynakça

- GÖZLER, Kemal, (1998), *Kurucu İktidar, Ekin Kitabevi, Bursa.*
- LALOR, John Joseph, (1883), *Cyclopaedia of Political Science, Political Economy, and of the Political Economy, Published M.B. Cary, Original from the University of California, v.1, Digitized Jul 31, 2007.*
- ÖZBUDUN, Ergun, (2002), *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara.*
- REICHHARDT, Hans Joachim, BREUNIG, Werner, GABLER Josephine, (1990), *Die Entstehung der Verfassung von Berlin: Eine Dokumentation, Band I, Published Walter de Gruyter.*
- TANÖR, Bülent, (1990), *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Published İstanbul BDS Yayınları, Original from the University of California, Digitized May 10, 2007.*
- ÜSKÜL, M. Zafer, (1991), *Türkiye'nin Anayasa Sorunu, Published AFA Yayınları, Original from the University of Michigan, Digitized Jun 8, 2006.*