

ANAYASA YAPIMINA YÖNELİK DEĞERLENDİRMELER

Doç. Dr. Faruk BİLİR*

ÖZET

Toplumsal hayatın işleyişi ve şekillenmesinde önemli işlevlere sahip olan anayasaların kimler tarafından ve nasıl yapıldıkları konusu büyük önem taşımaktadır. Anayasanın yapımına ilişkin tercih edilen yöntem, çoğu kez onun içeriğinin nasıl olacağına dair ciddi ipuçları da verir. Anayasayı kimin yapacağı, aynı zamanda egemenliğe kimin sahip olduğu sorusuna sıkı sıkıya bağlıdır. Egemenliğin halka ya da millete ait olduğu demokratik sistemlerde, anayasa yapma yetkisi de halka veya millete aittir. Başka bir ifadeyle demokratik sistemlerde asli kurucu iktidarın kaynağı toplumdur.

ANAHTAR KELİMELER

Anayasa, Anayasa Yapımı, Kurucu İktidar, Kurucu Meclis

ABSTRACT

The subject of making Constitutions in which way and by whom is very important as the Constitutions have fundamental functions in shaping and conduct of social life. Generally, the method that is choosen to make a Consitution gives clues about its content. The question that who is going to make the Constitution depends closely to the question that who is holder of the sovereignty. In Democratic States where the sovereignty belongs to public, the power to make the Constitution is also belong to public, nation. In other words, in democratic systems the society is the ultimate source of the founding power.

KEY WORDS

Constitution, Constitution making, Founding Power, Founding Assembly

* S. Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Ülkemizde yaşanan anayasal krizler, sivil ve demokratik bir anayasanın yapılması yönündeki talep ve beklentileri yükseltmektedir. Sürekli ülke gündeminde olan yeni ve sivil anayasanın nitelikleri kadar, yapılmasında nasıl bir yol izleneceği de önemlidir. Sivil anayasadan anlaşılması gereken, anayasanın yapılış yöntemi ve içeriği olarak sivil olmasıdır. Yani anayasanın yöntem ve içeriğinin demokratik olması, özgürlüğü temel alması gerekir. Sivil anayasada önemli olan zihniyet ve toplumsal temsil anlayışıdır¹. Anayasalar bir toplumun temel düzenini belirleyen metinlerdir. Anayasanın toplumsal bir sözleşme olduğu düşünüldüğünde, bu sözleşmenin toplumsal uzlaşma ile düzenlenmesi gerektiği açıktır. Anayasa değişikliği sürecinde siyasi partilerin, sivil toplum örgütleri ve meslek birliklerinin katılımı sağlanması son derece önemlidir. Toplumun tüm kesimlerinin hazırlanmasına katıldığı bir anayasa toplum ihtiyaçlarını karşılayacaktır. Yeniden yapılacak bir anayasanın temelleri insan hakları, hukukun üstünlüğü ve demokrasi olmalıdır. Başka bir ifadeyle, hukukun üstünlüğünü esas alan, demokrasinin tüm kurum ve kurallarıyla işlediği ve temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı yepyeni bir anayasa.

Anayasa yapımı, yeni baştan bir anayasanın hazırlanması ve kabul edilmesini ifa eder. Yürürlükte bulunan bir anayasanın değiştirilmesi için revizyon ya da anayasanın değiştirilmesi kavramları kullanılmaktadır². Anayasa yapımı hukuksal yönü yanında siyasal önemi de çok büyük olan bir süreçtir³.

Toplumsal hayatın işleyişi ve şekillenmesinde önemli işlevlere sahip olan anayasaların kimler tarafından ve nasıl yapıldıkları konusu büyük önem taşımaktadır. Anayasanın yapımına ilişkin tercih edilen yöntem, çoğu kez onun içeriğinin nasıl olacağına dair ciddi ipuçları da verir⁴. Anayasayı kimin ya-

¹ “Sivil anayasa”yı, toplumsal yaşamın ve siyasal sistemin temel ilkelerinin yurttaşlar topluluğu tarafından belirlendiği ana belge olarak tanımlayabiliriz. Zira anayasayı bir toplumsal sözleşme olarak görmek, anayasayı toplumun yapmasını, yani “kurucu iktidar”ın toplumda olmasını kabul etmeyi gerektirir. Sözleşme fikri, tarafların eşit özneler olarak görülmesi öncülüne dayanır. Hannah Arendt’in deyişiyle, “yatay toplum sözleşmesi”, bireylerin birbirlerini muhatap aldıkları ve birbirlerine sözler verdikleri bir ilişkiler yumağı yaratır. Bu nedenle, bir siyasal toplum meydana getirmek, ideal anlamda anayasanın başlıca işlevidir. Başka bir anlatımla, bir topluluk, kendi anayasasını yapmak bir “siyasal toplum” haline gelir”, SAN-CAR, Mithat, “Hukuk Devleti İçin Sivil Anayasa”, Yeni Şafak Gazetesi, 16. 07.2007.

² KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 21.

³ TUNÇ, Hasan, Anayasa Yapım Sürecine Yönelik Tartışmalar”, [http://www.2023gentr/ekim2007/4htm.\(04.06.2009\)](http://www.2023gentr/ekim2007/4htm.(04.06.2009)).

⁴ ERDEM, Fazıl Hüsnü, “Yeni Anayasa İçin ‘Kurucu İrade’ Şart mı”, Yeni Şafak Gazetesi, 28.04.2009.

pacağı, aynı zamanda egemenliğe kimin sahip olduğu sorusuna sıkı sıkıya bağlıdır. Egemenliğin halka ya da millete ait olduğu demokratik sistemlerde, anayasa yapma yetkisi de halka veya millete aittir. Başka bir ifadeyle demokratik sistemlerde asli kurucu iktidarın kaynağı toplumdur⁵.

Yöntem konusunda önemli olan anayasa yapım sürecini halkın katılım ve katkısına açık tutmaktır. Yöntemin demokratik meşruluğunun derecesi, bu katılım ve katkının derecesiyle yakından ilişkilidir. Anayasa yapımının her aşamasında halkın katılımını anayasa yapım sürecinin demokratik meşruiyetini güçlendirici etki yaratacaktır⁶. Yapım süreci demokratik olan anayasalar, genellikle üzerinde uzlaşma bulunan anayasalardır⁷.

1- NASIL BİR ANAYASA?

Demokratik ve özgürlükçü toplumlarda anayasaların devletin temel yapısını ve işlevini düzenlemek, devlet iktidarını hukuk kurallarıyla çerçeveleyerek onun keyfiliğe kaçmasını önlemek ve iktidar karşısında bireylerin hak ve özgürlüklerini güvence altına almak amacıyla yapıldıkları bilinmektedir. Bu anlamda anayasacılık düşüncesi açısından anlamlı ve değerli olan anayasalar, güçlü devlet karşısında güçsüz bireyin haklarını koruyan garantist anayasalardır. Bundan farklı bir amaca hizmet eden anayasaların meşruluğu yoktur. Anayasanın değişiklikler öncesi orijinal metni otoriter ve devletçi bir felsefi görüş üzerine inşa edildiği daha sonradan yapılan değişikliklerin yani yamaların kendi içinde çelişkiler doğurması ve temel sorunlarımızdan biri olan anayasa sorunumuzu bütünüyle görmemizi engellemekte olduğu bir gerçektir. Bunlarında ötesinde ülkemizde 1921 Anayasası haricinde bugüne kadar toplumun kendi inisiyatifiyle bir anayasa yapamamış olması ayıbının ortadan kaldırılması ve toplumun kendinden bir parça olarak göreceği bir anayasaya sahip olmak adına bir anayasanın yapılması gerektiğini söylemek mümkündür. Bunun yanı sıra anayasa yapımının çeşitli yöntemleri olmakla birlikte ülkelerin kendi tarihseli toplumsal, siyasi koşullarına göre farklı yöntemlerin benimsenebileceğini söyleyebiliriz⁸.

⁵ BATUM, Süheyl, 99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 47.

⁶ ERDEM, Yeni Şafak Gazetesi, 28.04.2009.

⁷ BATUM, s. 252.

⁸ ERDEM, Yeni Şafak Gazetesi, 28.04.2009.

İlk olarak sorulması gereken soru, ülkemizin yeni bir anayasaya⁹ ya da mevcut anayasa üzerinde köklü değişikliklere ihtiyacı var mıdır? Anayasanın sistematik ve bütüncül bir şekilde tartışılmasını ve çağdaş bir anayasa yapımını amaçladığımızı göre sorunun cevabı “evet” olmalıdır. Zira mevcut anayasa gerek yapılış şekli gerekse içeriği itibarıyla yürürlüğe girdiğinden bu yana tartışılmakta ve bir takım değişikliklere maruz kalmaktadır. Ancak bu değişiklikler dahi tartışmaları sona erdirmemiştir. Anayasa gerçek anlamda toplumsal sözleşme belgesi haline gelmeden tartışmalar devam edecektir.

Yeni bir anayasadan anlaşılması gereken kısmı değişikliklerden ziyade yeni baştan yazılacak bir anayasadır. Yeni bir anayasanın yapılması söz konusu olduğunda asli kuruculuk işlevi ortaya çıkmaktadır. Asli kuruculuk yetkisinin hukuksal anlamda sınırsız bir yetkidir. Bu nedenle asli kurucu iktidarın önceki anayasal ve yasal kurullarla bağlı olmaksızın hareket etme kabiliyetine sahip bulunduğu kabul edilir¹⁰. Buna karşılık mevcut anayasaya bağlı kalınarak bu anayasanın öngördüğü usuller çerçevesinde ve anayasanın izin verdiği ölçüde anayasada değişiklik yapılması anlamına gelen tali kurucu iktidar yetkisinin kullanımında gelişen olaylar ve duyulan ihtiyaçlar nedeniyle anayasanın değiştirilmesi söz konusu olmaktadır¹¹.

Anayasada bir takım temel değerlerin vurgulanması gerekir. Ülkemizin kazanımlarının ve ülke gerçeklerinin bu anlamda göz önünde tutulması gerekir. Cumhuriyetin temel değerlerini esas alan, özgürlük odaklı ve ülkenin ve milletin bölünmez bütünlüğünü koruyan bir anayasa ülkemiz açısından son derece önemlidir. Yasama, yürütme ve yargı dengesinin sağlanması, özgürlüklerinin sınırlanmasının yeniden ele alınması, anayasada katılımcılığın benimsenmesi gerekir. Yeni yapılacak bir Anayasada, temel hak ve hürriyetlerin uluslar arası insan hakları belgelerindeki standartlara getirilmesi ve hukukun üstünlüğünü gerçekleştirecek düzenlemelerin yapılması öncelikli hedef ol-

⁹ “Yeni bir anayasadan ne anlaşılması gerekir, yeni bir değişiklik midir, anayasayı değiştirmek midir, yoksa anayasayı yenilemek midir? Buna öncelikle karar vermek gerekir. Yeni bir anayasa herhalde bugüne kadar yapılan 15 değişikliğe bir yenisini eklemek değildir. 1982 anayasasında çok büyük çapta değişikliğe tabii tutmakta, yeni bir anayasa olmasa gerek. O halde yapılması gereken 82 anayasasını bir yana bırakıp anayasayı yenilemektir kastedilen. Anayasa yenilenecekse anayasanın yeni bir meclis tarafından yapılması gerekiyor. Ancak tabii anayasa yenilenmez, anayasada bütünsel bir değişikliğe gidecek olursak o zaman da yine yöntem üzerinde çok ciddi bir tartışma yapmak gerekir”, KABOĞLU, İbrahim, Anayasa Tartışmaları Paneli, <http://www.bgst.org/keab/atp20080504.asp>.27.04.2009.

¹⁰ ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 147.

¹¹ TÜLEN, Hikmet, “Yeni Anayasa Önerileri: Tanıdık Bir Serüvende İlginç Açıklamalar”, Türkiye Günlüğü, Sayı: 91, Güz 2007, s. 64.

malıdır. Anayasa insan hakları ve özgürlüklerine dayalı olmalı ve bu hak ve özgürlükleri güvence altına almalıdır. Anayasacılık düşüncesinde bireyin devlet karşısında korunması esastır. Başka bir ifadeyle, anayasacılık düşüncesi devletin sınırlandırılmasını esas alır. Yapılacak bir anayasa, devlet karşısında bireyi koruyan ve onu temel alan çağdaş demokratik bir anayasa olmalıdır.

2- ANAYASA YAPIM YÖNTEMLERİ

Türkiye’de yeni bir anayasa yapılması ile ilgili meseleler birkaç başlık altında toplanabilir. İlk olarak yeni bir anayasa mı yapılmalıdır yoksa anayasada yapılacak kısmi bir değişiklik mi yetinilmelidir sorusu gündeme gelmektedir. Ancak yeni bir anayasa yapılması ilkesi benimsendiğinde de, ilk üç madde değiştirilemeyeceği için ortaya çıkacak metnin yeni bir anayasa olmayacağı da iddia edilebilir¹². Başka bir ifadeyle değiştirilemez maddelerin varlığı karşısında anayasa ne kadar yeni olabilir?¹³ Anayasa yapımı konusunda tartışılması gereken ikinci sorun anayasayı nasıl bir meclisin yapacağı sorunudur. Bu konuda karşılaştırmalı örneklerine bakıldığında, anayasa yapmak üzere oluşturulmuş ve bu görevi yerine getirdikten sonra dağılan bir kurucu meclis uygulamasının veya mevcut yasama meclisinin yasama işlevine ek olarak anayasa yapma görevini de üstlendiği uygulamaların bulunduğu görülmektedir. Her iki yöntemin de olumlu ve olumsuz yanları bulunmakla birlikte, demokratik anayasa yapım süreci bakımından birini diğerine üstün tutmak da mümkün değildir. Anayasa yapım sürecinde önemli olan, bu iki yöntemden hangisi benimsenirse benimsensin, anayasayı yapacak olan meclisin toplumdaki güç dengesini doğru bir şekilde yansıtabilmesi ve geniş bir uzlaşma tabanına yayılabilesidir. Sivil toplum kuruluşlarının da bu süreçteki önemi büyüktür¹⁴.

Anayasa yapımı ve değiştirilmesi yöntemleri genel olarak üç kategori halinde incelenmektedir. Bunlar; hiyerarşik yöntem, organik yöntem ve sözleşme yöntemidir. Hiyerarşik yöntemde anayasa yapımı, anayasanın, bir kişi, kurul ya da temsili olmayan bir meclisçe kabul edilmesi biçiminde gerçekleşir.

¹² Anayasa Platformu 1.Ulusal Çalıştayı Sonuç Raporu, <http://www.anayasaplatformu.net/indir/ANAYASA.ANKARA.CALISTAY.SONUC.RAPORU.pdf>, s. 3.

¹³ KÖKER, Levent, “Türkiye’nin Anayasa Sorunu: Toplumsal Uzlaşma Mı Toplum Sözleşmesi Mi?”, Zaman Gazetesi, 21.05.2009.

¹⁴ Anayasa Platformu 1.Ulusal Çalıştayı Sonuç Raporu, <http://www.anayasaplatformu.net/indir/ANAYASA.ANKARA.CALISTAY.SONUC.RAPORU.pdf>, s. 3.

Bu yöntemde anayasa yapımı adeta “tepeden inme” bir usulle gerçekleştirilir. Bu yöntemin klasik uygulaması, hükümdar veya monarkın tek taraflı bir idari tasarrufu ile ferman biçiminde bir anayasayı ilan etmesidir¹⁵. Bu yöntem demokratik bir yöntem değildir. Çünkü halkı temsil etmeyen kişi veya kurullarca hiyerarşik olarak, tek taraflı bir anayasa yapımı söz konudur.

Organik yöntem ise, anayasanın mevcut anayasal kurumlar tarafından yürürlükteki usul ve kurallara göre, genellikle yasama işlemi biçiminde yapıldığı yöntemdir. Tali kurucu iktidar tarafından gerçekleştirilen anayasa yapımı ve değiştirme çalışmaları organik yöntemin uygulanması şeklindedir. Tali kurucu iktidar, asli kurucu iktidarın belirlediği sınırlar çerçevesinde anayasa yapan ve değiştiren iktidardır. Bu yöntemde, anayasanın yapılması ya da değiştirilmesi, yürürlükteki anayasanın öngördüğü usul ve kurallara göre seçilmiş yetkili organlar tarafından gerçekleştirilir¹⁶. Dolayısıyla demokratik bir yöntemdir. Ancak, toplumun önemli kesimlerine bu yöntemde yer verilmeyebilir. Parlamentoda anayasayı değiştirme çoğunluğuna sahip bir iktidar partisinin tek başına anayasa yapımı söz konusu olduğu durumlarda, organik yöntemden söz edebiliriz. Çünkü ortada halk tarafından seçilen bir parlamento çoğunluğunun anayasa yapımı söz konudur. Ancak toplumun önemli kesimlerini kapsamadığı için sözleşme yöntemi değil organik yöntem söz konudur. Organik yöntemin, sözleşme yöntemi ile birleşmesi mümkündür. Yani, anayasadaki usullere göre anayasayı değiştirecek olan organlar, toplumun önemli kesimlerinin görüşlerini alarak onları da sürece dahil edebilirler¹⁷.

GÖZLER Tali kurucu iktidarın yeni bir anayasa yapamayacağını ifade etmektedir. GÖZLER’e göre, “Anayasayı değiştirme iktidarı yani tali kurucu iktidar bir anayasanın değiştirilemeyecek maddeleri hariç geri kalan bütün maddelerini ve eğer anayasada değiştirilemeyecek bir madde yoksa anayasanın bütününe değiştirebilir. Ancak bu şekilde yapılan bir anayasa dahi yeni bir anayasa değil önceki anayasanın devamıdır. Bunun dışında tali kurucu iktidarın mevcut bir anayasayı yıkıp yeni bir anayasa yapması veya mevcut anayasada değiştirilemeyecek maddeleri değiştirmesi hukuken mümkün değildir. Böyle bir şey bizzat tali kurucu iktidarın tanımı ve varlık sebebiyle çelişir. Tali kurucu iktidar anayasa tarafından kurulmuş ve kendisini kuran anayasanın öngördüğü sınırlar dahilinde çalışır. TBMM’nin beşte üç veya üçte

¹⁵ ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza yayınları, Konya 2007, s. 364.

¹⁶ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 148.

¹⁷ ATAR, Anayasa Hukuku, s. 365; ATAR Yavuz, “Yeni Anayasada Hayati Maddeler Neler Olmalı?”, Zaman Gazetesi, 4.9.2007.

iki çoğunluğu veya hatta halk oylaması yoluyla iradesini açıklayan halk asli kurucu iktidar değil tali kurucu iktidardır. Dolayısıyla TBMM'nin veya halk oylaması yoluyla iradesini açıklayan halkın yeni bir anayasa yapması mümkün değildir. Tali kurucu iktidar olarak yapabilecekleri tek şey arzu ediyor ve güçleri yetiyorsa, mevcut anayasanın ilk üç maddesi dışında geri kalan bütün maddelerini değiştirmektir. Ancak bu takdirde de üç madde haricinde bütün maddeleri değiştirilen Anayasa, yeni bir anayasa değil 1982 Anayasasının devamı olur. Türkiye'de 1982 Anayasası yerine yani bir Anayasa örneğinin '2008 Anayasası'¹⁸ yapmanın bir hukuki yolu yoktur. Hukuken yapılması mümkün olan tek şey, Anayasa değişikliğidir¹⁹.

Sözleşme yöntemi, anayasa yapımının, toplumu temsil eden siyasal güçler (grup ya da partiler) veya seçilmiş bir kurul ya da kurucu meclis tarafından "katılma ve uzlaşma" ilkelerine dayalı olarak "toplumsal sözleşme" biçiminde gerçekleştirilmesidir. Bu yöntemle anayasa yapımında, bütün siyasal grupların katılımının sağlanarak konsensüse dayalı olması önemlidir²⁰.

Demokratik kuram, anayasaların biçimsel meşruluğunu halkın iradesinde bulur. Yani anayasaların hazırlanma ve kabul edilmelerine halkın katılımını öngörür. Halkın katılımını öngören anayasa yapımında üç farklı yöntemden söz edilir. Bunlardan birincisi, sadece anayasa yapmak üzere seçilen bir kurucu meclisin ya da olağan yasama faaliyetlerini yürütmek amacıyla oluşturulan parlamentonun anayasayı hazırlayıp kabul etmesidir. İkincisi, iktidarda bulu-

¹⁸ Ergun ÖZBUDUN başkanlığındaki Komisyon tarafından hazırlanan Anayasa Önerisi'nin Anayasasının yürürlüğe girmesi başlıklı 137. maddesinde Anayasa Önerisi'nin kabul edilmesi halinde 1982 Anayasası'nın yürürlükten kalkacağı, yeni kabul edilen Anayasa'nın Türkiye Cumhuriyeti Ana Anayasası olarak yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "Bu Anayasa, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilip Cumhurbaşkanınca Resmi Gazetede yayımlandığı ya da halkoylamasına sunulması halinde halkoylaması sonucu kabul edilip Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte Türkiye Cumhuriyeti Anayasası olarak yürürlüğe girer ve bu tarihte 18/10/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası yürürlükten kalkmış olur".

¹⁹ GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Yayınları, Bursa 2008, s. 593.

²⁰ ATAR, Anayasa Hukuku, s. 366; ÖZBUDUN'a göre, "bir demokraside siyasi değerler veya politikalar üzerinde bir konsensüs aranması, gerçekçi olmadığı gibi, demokrasinin özüne de aykırıdır. Çünkü demokratik ve çoğulcu bir toplumda değişik halk kesimlerinin değişik değer, talep ve hassasiyetlere sahip olması ve bu değişik hassasiyetleri temsil eden siyasi partilerin serbestçe iktidar yarışmasına girebilmeleri doğaldır. Anayasanın belli siyasi veya ideolojik değerleri, anayasa hükmü haline getirmesi, bu serbest ve eşit yarışmayı bozar ve bazı partileri avantajlı, bazılarını ise peşinen avantajsız duruma getirir. Anayasaların ideolojik değerlerden arındırılmış, tarafsız ya da 'renksiz' metinler olması gerektiği görüşünün temelinde bu gerçek vardır", ÖZBUDUN, Ergun, "Arato, Konsensüs Arayışı ve Yeni Anayasa", Zaman Gazetesi, 29.08.2008.

nanlarca hazırlanan anayasa taslağının halkoyuna sunulup kabul edilmesidir. Üçüncüsü ise, kurucu meclis ya da olağan meclis tarafından hazırlanan anayasa taslağının halkoyuna sunulmasıdır. Birinci yöntemde anayasanın demokratik meşruiyeti, seçilmiş meclislerin temsili niteliğiyle doğrudan ilintilidir. İkinci ve üçüncü yöntemlerde ise bir anayasanın demokratik meşruiyeti, anayasa taslağı lehinde ve aleyhinde görüş bildirmenin ve propaganda yapmanın serbest olduğu bir ortamın varlığını gerektirir²¹. Toplum sözleşmesi niteliğindeki sivil ve demokratik bir anayasa bütün kesimlerin katılımıyla yapılmalıdır. Geniş ve katılımlı bir süreç sonucunda kurucu meclis veya olağan yasama meclisi tarafından yapılan bu anayasa mutlaka halka sunulmalıdır.

Anayasa'nın serbest ve dürüst seçimler yoluyla seçilmiş ve milli iradeyi gerçek anlamda temsil eden bir yasama meclisi tarafından serbest tartışmalar ve uzlaşmalar yoluyla yapılması son derece önemlidir. Başka bir ifadeyle Anayasa'nın, belli güçler tarafından tepeden inme yöntemlerle dayatılması değil, toplumun beklenti ve taleplerine uygun şekilde ve geniş bir toplumsal katılımı ile hazırlanmasıdır²². Toplumun geniş kesimlerinin anayasayı yapma sürecine katılmış sayılabilmesi için, kurucu iktidar yetkisini kullanacak özel veya genel meclisin serbest bir ortamda ve mümkün olan en geniş katılımı ile seçilmiş olması şarttır. Ayrıca, anayasa yapım sürecinin her aşamasında toplumun tüm kesimlerinin görüşlerini özgürce açıklayabilecekleri hukuksal ve fiili şartların da oluşturulmasına ihtiyaç var²³. “Bir anayasanın demokratik yöntemlerle yapılmış sayılması için halkın iradesi doğrultusunda ortaya çıkması ve yürürlüğe girmesi gerekir. Anayasanın bir “sosyal sözleşme” olarak görüldüğü bu tür anayasa yapım süreçlerinde amaç, halkın katılımı ve temsiliyi esas alarak, mümkün olan en geniş uzlaşmayla bir anayasa ortaya çıkarmaktır. Demokratik anayasa yapım yönteminde halk her aşamada karşımıza çıkar. Birincisi, anayasayı yapacak olanlar mutlaka halk tarafından serbest ve adil seçimler yoluyla seçilir. İster kurucu meclis olsun, ister normal meclis olsun anayasayı yapacak olan organ halkın iradesiyle belirlenmeli ve mümkün olan en geniş biçimde toplumsal dengeleri yansıtmalıdır. İkincisi, anayasanın kaleme alınması aşamasında mutlaka sivil toplum örgütlerinin fikri alınmalıdır. Anayasayı kaleme alacak olan meclis de olsa, anayasa sivil toplumdan gelen talep, öneri ve eleştiriler doğrultusunda şekillendirilmelidir. Üçüncüsü,

²¹ ERDEM, Fazıl Hüsnü, “Göstere Göstere Hayır”, Taraf Gazetesi, 07.11.2008.

²² ÖZBUDUN, Ergun, Sivil Anayasa Tartışmaları Eleştiriler ve Cevaplar (2), Zaman Gazetesi, 5.12.2007.

²³ SANCAR, Yeni Şafak Gazetesi, 16. 07.2007.

anayasa yapım sürecinde son sözü halk söylemeli, yani anayasanın yürürlüğe girme aşamasında “halkoylaması”²⁴ yöntemine başvurulmalıdır”²⁵.

3- KURUCU MECLİS

Demokratik kurucu iktidar halkın iradesine dayanır ve onu temsil eder²⁶. Demokratik anayasa yapım yönteminde anayasa temsili bir meclis tarafından yapılır²⁷. Bu iki biçimde olabilir; kurucu meclis yönteminde anayasa esas görevi anayasayı yapmak olan bir meclis tarafından, olağan meclis yönteminde ise, yasama işlevini yerine getirirken aynı zamanda anayasa yapma görevini üstlenen bir meclis tarafından yapılır²⁸. Kurucu meclis, teorik olarak, milli egemenlik ilkesine dayanır ve temsili demokrasi ilkesinin anayasaların hazırlanmasına uygulanması anlamına gelir. Konvansiyon ya da kurucu meclis anayasayı yapmak için halk tarafından seçilmiş özel bir meclis demektir²⁹. Başka bir ifadeyle kurucu meclis, sadece bir anayasa hazırlamak amacıyla halkın seçtiği temsilcilerden oluşan bir meclistir³⁰. Kurucu meclis, halktan aldığı asli kuruculuk yetkisini kullanarak anayasayı hazırlar ve kabul ederek yürürlüğe koyar. Genellikle askeri ya da sivil darbe, devrim, ihtilal, iç savaş ya da bağımsızlık savaşı gibi olağanüstü şartlarda başvurulmuş bir yöntemdir³¹. Kurucu meclislerin görevleri anayasanın hazırlanması ve kabulüyle sona erer. Bu nedenle, bu meclislerin geçici olarak öngörülmesi ve üyelerinin bu geçiciliği kabullenmeleri önemlidir. GÖZLER, kurucu meclisler ile olağan yasama meclisleri arasındaki farkı şu şekilde belirtmektedir: Pratikte, her iki meclisin de yapısı özdeşdir. Her iki meclis de doğrudan ve genel oyla seçilir. Gerçeklikte ise, kurucu meclisler ile olağan meclisler, seçimleri esnasında

²⁴ “Anayasaların kabulü ve yürürlüğe girmesi için halkoyuna başvurulması yaygın bir yöntemdir. Ancak böyle bir yöntemin başlı başına bir meşruiyet sağladığını kabul etmek mümkün değildir. Halkoylamasının hangi şartlarda gerçekleştirildiği, halkın görüşünün serbestçe ifade edilebileceği bir ortamın sağlanıp sağlanmadığı, kabul veya ret yönünde bir kararın çıkması halinde sonucun ne olacağı gibi bazı kritik noktaların aydınlatılmış olması gerekir”, ŞENTOP, Mustafa, “Demokratik Bir Anayasa Nasıl Olmalı?”, Zaman Gazetesi, 9. 08.2007.

²⁵ “Anayasa Nedir, Ne Değildir?”, <http://www.anayasaplatformu.net/s/anayasa-nedir-ne-degildir>, 27.04.2009.

²⁶ ERDOĞAN, Mustafa, Anayasa Hukukuna Giriş, Adres Yayınları, Ankara 2004, s. 99.

²⁷ TANÖR, Bülent- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, Türk Anayasa Hukuku, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001, s. 37.

²⁸ “Anayasa Nedir, Ne Değildir?”, <http://www.anayasaplatformu.net/s/anayasa-nedir-ne-degildir>, 27.04.2009.

²⁹ GÖZLER, Kemal, Kurucu İktidar, Ekin Kitabevi, Bursa 1998, s. 83.

³⁰ ÖZER, Attila, Anayasa Hukuku (Genel İlkeler), Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s.20.

³¹ ERDEM, Yeni Şafak Gazetesi, 28.04.2009.

kendilerine verilen güvenin kapsamıyla birbirinden ayrılırlar. Kurucu meclis seçimlerinde seçmen, milletvekillerine anayasa yapma konusunda güven verir; diğer bir ifadeyle kurucu iktidarını onlara devreder. Oysa olağan meclis seçimlerinde seçmenler, milletvekillerine olağan yasa yapma konusunda bir vekalet verirler; ama, kurucu iktidarlarını kendilerinde saklarlar³².

Ülkemizde kurucu meclis tartışmaları, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan düzenlemeleri iptal etmesi üzerine yeniden gündeme gelmiştir. Anayasa'da yapılacak değişiklikleri bundan böyle Anayasa Mahkemesi'nce denetlenecektir. Mevcut anayasada değişiklik yapılması çalışmaları Anayasa Mahkemesi'nin mutlak denetimi altında olacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin mutlak denetimini ortadan kaldırmanın yolu kurucu meclis oluşturma düşüncesidir. Kurucu meclis oluşturulmasının tek bir yolu yoktur. Ama şu ihtimaller düşünülebilir: 1- Meclisten ayrı bir Anayasa Kurulu, yani kurucu meclis. Seçimle oluşturulabilir, ya da uzmanların ağırlıkta olduğu sivil toplum temsilcileri meslek örgütleri temsilcileri, siyasi parti temsilcileri gibi geniş bir katılımı oluşturulabilir. Bu kurulun oluşum tarzına ilişkin bir kanun çıkarılabilir ve ayrıntılar bu kanunda gösterilebilir. 2- Meclis bir seçim kararı alır ve siyasi partiler, kendilerine oy verilmesi halinde Kurucu Meclis gibi çalışacağını taahhüt ederler.

Kurucu meclis oluşumuna ilişkin Anayasa'nın 175. maddesinde bir değişiklik öngörülmesi de düşünülebilir. Çünkü Anayasa, 175. maddesinde Anayasa'nın nasıl değiştirileceğini öngörmüştür. Anayasa'da Anayasa'nın yenilenmesi ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla 175. maddede kurucu meclis ve bu meclisin oluşumuna ilişkin hükümler öngörülebilir.

“Aslında kurucu meclis, esas itibarıyla, demokratik siyasi rejimin ihtilal, darbe, iç savaş, bölünme, yabancı işgal veya totaliter yönetim gibi, ciddi bir anayasal kesintiye uğradığı durumlarda başvurulmuş bir yöntemdir. Bu durumlarda yeni anayasayı yapacak meşru bir organ ve meşru usuller mevcut olmadığından, böyle bir yönetime başvurulması zorunludur. Demokratik siyasi hayatın kesintiye uğramadan normal şekilde sürdüğü durumlarda ise, seçilmiş yasama meclisinin, mevcut Anayasa'daki anayasayı değiştirme kurallarına uymak şartıyla, anayasada istediği değişiklikleri yapabileceği tabiidir. 1982 Anayasası da, 4'üncü (ilk üç maddenin değişmezliğini öngören hüküm) ve

³² GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 85.

Anayasa Yapımına Yönelik Değerlendirmeler

175'inci (anayasa değişikliğinin yöntemini düzenleyen hüküm) maddelerine uyulması şartıyla buna açıkça cevaz vermiştir³³.

GÖZLER'e göre, mevcut anayasa ancak asli kurucu iktidar tarafından ilga edilebilir. Asli kurucu iktidar ise ancak hukuk boşluğu ortamında ortaya çıkar. GÖZLER'e göre, "1982 Anayasası'nı yürürlükten kaldırıp, yeni bir anayasa yapmak isteyenlerin öncelikle 1982 Anayasasını yürürlükten nasıl kaldıracaklarını açıklamaları gerekir. 1982 Anayasası tüm diğer anayasalar gibi kendisinin ilga edilmiş usulünü öngörmemiştir. Bu anayasanın yine kendisi tarafından kurulmuş bir iktidar olan tali kurucu iktidar tarafından ilga edilebileceğini söylemek ise hukukten ve mantıken tutarsızdır. Mevcut bir anayasa ancak asli kurucu iktidar tarafından ilga edilebilir. Asli kurucu iktidar ise ancak hukuk boşluğu ortamında belirir. Hukuk boşluğu ise durup dururken ortaya çıkamaz. Kısacası asli kurucu iktidar her zaman ortaya çıkabilecek devamlı bir iktidar değildir. Türkiye'de 1982 Anayasasının ilga edilip yerine yenisini yapmayı arzu edenlerin öncelikle asli kurucu iktidarın devamlı bir iktidar olduğunu ispat etmeleri gerekir ki, anayasa hukuku doktrininde bu ispatlanmış bir şey değildir³⁴.

Anayasanın yapım sürecinde bütün toplum kesimlerinin temsil edilebilmesi için kurucu iktidar yetkisine sahip özel bir meclisin oluşturulması ve anayasa yapımının bu meclise verilmesi gerektiği düşüncesi dile getirilmektedir. Bununla birlikte bir anayasanın sadece kurucu meclis eliyle yapılmış olması onun demokratik meşruluğunu temin noktasında gerekli ancak yeterli bir şart olmadığını söylemek mümkündür. Bunun yanında, anayasanın içeriğinin de demokratik ilkeler standartları ve kurumlara sahip olması gerekmektedir³⁵. ERDEM'in belirttiği gibi, demokratik yöntemlere uygun olarak hazırlanıp kabul edilen anayasaların içeriğinin demokratik ve özgürlükçü olacağı, antidemokratik yöntemlerle yapılan anayasaların içeriğinin ise antidemokratik ve baskıcı olacağı varsayılır. Ancak bu önerme, her zaman için doğruyu ifade etmez. Zira, demokratik usullere uygun bir yolla özgürlük karşıtı bir anayasa yapmak mümkün olduğu gibi, bunun tam tersi de mümkün olabilir. Bu nedenle anayasa yapımında yöntem konusuna aşırı önem ve değer atfetmek doğru değildir. Yönteme, amaçsal değil, araçsal bir değer atfetmek gerekir. Tercih

³³ ÖZBUDUN, Ergun, Sivil Anayasa Tartışmaları Eleştiriler ve Cevaplar (1), Zaman Gazetesi, 4.12.2007.

³⁴ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 593.

³⁵ DURSUN, Davut, "Anayasa ve Demokratik Meşruiyet Sorunu", Yeni Şafak Gazetesi, 09.08.2007.

edilen yöntem, anayasacılığın anlamına (devlet iktidarını sınırlama, hak ve özgürlükleri güvence altına alma) uygun bir anayasanın yapımına ve bunun uygulanmasına hizmet edecekse önemli ve değerlidir³⁶.

Ülkemiz bakımından, kurucu meclis yetkilerine sahip bir parlamentonun oluşturulması, yeni bir anayasa için gereklidir. Genel seçimler öncesinde yeni anayasa yapma düşüncesi kamuoyunda çok canlı hale getirilmiş olursa, yapılacak seçimlerle oluşacak parlamentonun yeni bir anayasa yapacağı fikri güçlenmiş olur. Siyasi partiler de seçimden önce temel unsurlarını hazırladıkları birer anayasa taslağı açıklayabilirler. Dolayısıyla bu şekilde oluşturulacak Meclis'te kurucu meclis gibi çalışabilir ve asli kuruculuk işlevini yerine getirebilir. Bu Meclisin niteliğinin sağlanmasında önemli bir yeri olan Siyasi Partiler Kanunu ve Seçim Kanunları'ndaki demokratik olmayan hükümlerin ortadan kaldırılması gerekir. Ayrıca toplumun büyük kesiminin parlamentoda temsilini sağlamaya yönelik ülke genelinde uygulanan %10 luk barajın yüksekliği dikkate alındığında bununla ilgili temsilde adaletsizliği giderecek uygun ve gerekli düzenlemelerin de yapılması gerekir³⁷.

Anayasa yapımında önemli olan kurucu iradenin varlığıdır. Dolayısıyla, toplumdaki temel eğilimleri önemli ölçüde içinde barındıran ve bir hayli yüksek temsil gücüne sahip olan bir Meclisin, kurucu iradesini ortaya koyarak yeni bir anayasa yapabilmesi mümkündür³⁸. 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 anayasa yapımına dahil edilmesine bağlıdır³⁹.

Anayasaların yapılması veya değiştirilmesi sürecinde anayasal değişmeye neden olan faktörlerin neler olduğu, değişimin amacı, zamanlaması, beklenen sosyal siyasal fayda, geniş bir toplum kesiminin katılımı ve bunlar arasında uzlaşmanın sağlanması önemlidir. Bu süreçte uzmanlardan oluşan komisyonlar, parlamentolar, yürütme organları, kurucu meclisler ve halk rol alabilmektedir. Şayet bir ülkede anayasal sistem düzenli bir şekilde işlemiyor ve yetersiz kalıyorsa bu durumda köklü bir değişimi ve yapılanmayı sağlayacak geniş

³⁶ ERDEM, Yeni Şafak Gazetesi, 28.04.2009.

³⁷ YAZICI, Serap, Sivil Anayasa Formu 1, Taraf Gazetesi, 04.05.2009.

³⁸ ERDEM, Yeni Şafak Gazetesi, 28.04.2009.

³⁹ HEKİMOĞLU, M. Merdan, "Bu Meclis Anayasa Yapabilir Mi?", http://www.ekonomikyorumlar.com.tr/dergiler/gundem/Gundem_1_Sayi_511.pdf s. 10.

katılımlı bir kurucu meclis ya da yeni seçilmiş bir parlamentonun anayasayı yenilenmesi uygun bir çözüm yolu olabilir⁴⁰.

Anayasa yapım sürecinde dikkat edilmesi gereken bir konu da zamanlama konusudur. İstikrarlı ve iyi bir anayasa yapılabilmesi için en uygun zamanın seçilmesi oldukça önemlidir⁴¹. Anayasa yapım sürecinde zamanlama konusu anayasanın gelecekteki başarısını etkileyen önemli bir unsurdur. Yeni bir anayasa yapımı konusunda uygun şartlar oluştuğunda bu fırsatı iyi değerlendirerek geniş katılımlı bir anayasa hazırlamak, mevcut olan veya yakın zamanda yaşanması mümkün olan birçok sorunu çözecektir. Ülkemiz açısından bilim çevreleri, sivil toplum kuruluşları, siyasi partiler mevcut sorunların birçoğu için 1982 anayasasını suçladığı, anayasanın bazı hükümlerinin demokrasi ve insan hakları ile bağdaşmadığını öne sürdüğü açıktır. Bu sürekli gündeme gelen anayasa taslaklarından, değişiklik isteklerinden ve birçok partinin programlarına bu tür maddeler koymasından da anlaşılmaktadır. Bu nedenle zamanlamayı kullanarak, diretmeler ve çatışmalardan vazgeçip uzlaşmaya dayanan yeni bir anayasa hazırlamak için bu fırsat iyi değerlendirilmelidir. Uzlaşmaya dayalı hazırlanan yeni anayasanın tüm gruplar için en mükemmel anayasa olmayacağı açıktır. Uzlaşma sağlanabilmesi için herkesin bazı tavizler vermesi gerekecektir. Ancak böyle bir anayasanın da yürürlükteki anayasamız gibi kimsenin beğenmediği bir anayasaya göre tercih edilebilir olduğu da ortadadır.

SONUÇ

Anayasaların yapılması ve değiştirilmesi sürecinin özellikleri, ortaya çıkacak anayasanın kalitesini ve istikrarını büyük ölçüde etkilemektedir. Bu süreçte, anayasal değişmeye neden olan faktörlerin ve anayasal tercihlerin neler olduğunun doğru bir şekilde belirlenmesi, zamanlamanın iyi seçilmesi, anayasa yapımı sürecine geniş kesimlerin katılımı ile bunlar arasında olabildiğince uzlaşmanın sağlanması ve son olarak anayasa değişikliğinin hangi yöntemler kullanılarak ve hangi aşamalardan geçilerek gerçekleştirileceğinin kararlaştırılması temel öneme sahiptir⁴².

Siyasal tercihlerin hukuka dönüşmesinin güçlüğü dikkate alındığında anayasa, uzlaşma sağlanması zor bir alandır. Bu uzlaşmanın sağlanmasında her fikre açık bir şekilde sabırlı olmak yararlı olacaktır. Dolayısıyla yeni bir anayasa yapılacaksa bunun hiçbir kısıtlama ve baskı altında olmaksızın toplumun bü-

⁴⁰ ATAR, Zaman Gazetesi, 4.9.2007.

⁴¹ Atar, Yavuz, Demokrasilerde Anayasal Değişimin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı, Mimoza Yayınları, Konya 2000, s. 151.

⁴² ATAR, Zaman Gazetesi, 4.9.2007.

tün kesimlerinin görüşlerini serbestçe açıklayabildiği bir ortamda yapılmalıdır. Her görüşteki partinin katılımıyla oluşturulacak bir kurucu meclis tarafından mutabakata varmak suretiyle hazırlanacak bir anayasa taslağının özgür bir tartışma ortamında halkoyuna sunulmak suretiyle yapılması yerinde olacaktır. Yapılacak anayasa, kendi içinde çelişkileri olmayan, ideolojik yönü olmayan, ayrıntıya girmeyen, insan haklarına dayanan bir devlet yapısı öngören, katılımcı, özgürlükçü, demokratik, laik ve çoğulcu olmalıdır.

Günümüzde birkaç istisna dışında rejiminin niteliği ne olursa olsun yazılı bir anayasaya sahip olmayan bir ülke yok gibidir. Anayasalar önemli belgeler olduğundan toplumlar yazılı anayasa yapmaya büyük önem vermektedirler. Anayasa yapmanın amacı, siyasi özgürlüğü garanti üzere devlet iktidarını birey hakları ile sınırlamak ve onun kullanımını kurallara bağlamaktır. Ancak kimi otoriter ve totaliter ülkelerde yazılı bir anayasaya sahip olmanın arkasında siyasal sisteme meşruluk kazandırma kaygısının varlığı da bir gerçektir. Dolayısıyla bu belgelerin nasıl, hangi şartlar altında hangi esaslarla yapıldığı önemlidir. Anayasa hazırlama süreci önemlidir. Bir ülkede anayasa yapılacağı zaman şu sorunun sorulması gerekir. Bir anayasayı nasıl ve hangi yöntemle, hangi usul ve yöntemlere uymak suretiyle yapabiliriz ya da yapılmış bir anayasa yine hangi usul ve yöntemlere uyarak değiştirebiliriz. Zira anayasalar siyasi açıdan devlet örgütünü, birey haklarını, belli bir dönemin mevcut siyasal ve sosyal verilerine bağlı olarak saptamaktadır. Bu veriler zamana göre değişeceğine göre anayasaların da zaman içinde değişebilmesi mümkündür.

Demokratik ülkelerde anayasaların yapılması ve değiştirilmesi genellikle anayasal tercihlerin politika kararlaştırıcılar tarafından belirlenmesinin ardından uzmanlardan oluşan komisyonların anayasa taslağını hazırlaması parlamentolar ya da kurucu meclislerin bu metni görüşerek kabul etmesi ve nihayet yeni anayasanın halkın onayına sunulması gibi aşamaları takip etmektedir⁴³.

Konusu, kapsamı, ilgi alanı ve hitap ettiği toplum kesimleri itibarıyla sınırlı nitelikteki bir Anayasa değişikliğinin; toplumun beklentilerini karşılama ve birikmiş sorunları çözmede yetersiz kalacaktır. Bu nedenle belli konularla ilgili Anayasanın kısmi değiştirilmesi değil; mevcut Anayasa'nın tümünden ele alınmasıyla topyekûn ve yeni bir anayasanın hazırlanması; özü, biçimi ve içeriği yönünden çağdaş ve demokratik bir anayasanın gerektirdiği tüm özellikleri taşıması gerekir⁴⁴.

⁴³ ATAR, Zaman Gazetesi, 04.09.2007.

⁴⁴ SARAN, Ulvi, "Yeni Bir Anayasa Gereği ve Sivil Toplumun Rolü", Radikal Gazetesi, 12. 05. 2009.