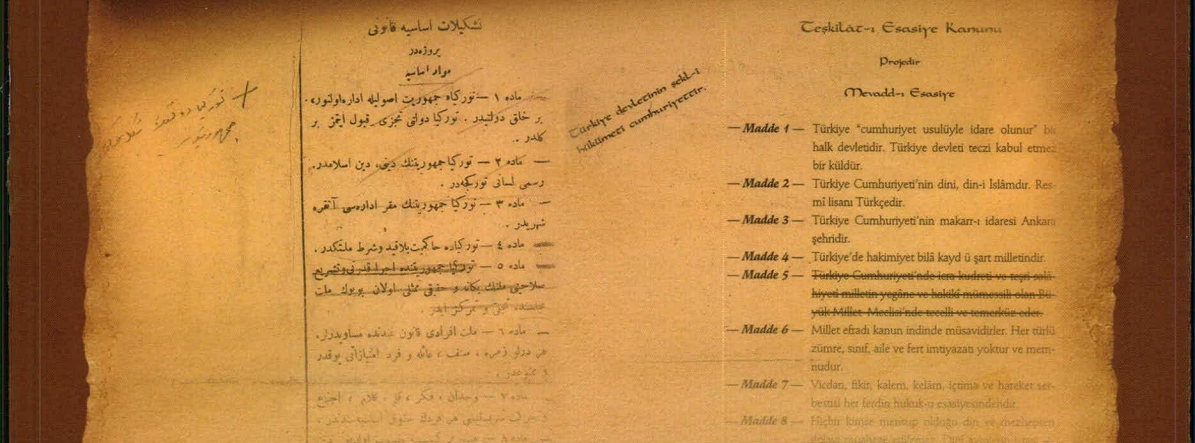
TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ



ANAYASA YAPIMI ve ANAYASAL DEĞİŞİM

Türkiye'de Anayasal Değişim Beklentileri

CONSTITUTION MAKING and CONSTITUTIONAL CHANGE

Prospects for Constitutional Change in Turkey

ULUSLARARASI SEMPOZYUM / INTERNATIONAL SYMPOSIUM

ANKARA, 19-20 MART 2010

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

ANAYASA YAPIMI
VE
ANAYASAL DEĞİŞİM

Türkiye'de
Anayasal Değişim Beklentileri

Editör
Yrd. Doç. Dr. Ozan ERGÜL
TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi

ULUSLARARASI SEMPOZYUM
Ankara, 19-20 Mart 2010

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 200

Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim
Editör : Dr. Ozan Ergül

ISBN: 978-605-5614-86-7
© Türkiye Barolar Birliği
Birinci Baskı: Ağustos 2011, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad.
Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (312) 292 59 00 (pbx)
Faks: 312 286 55 65
www.barobirlik.org.tr
yayin@barobilik.org.tr

Baskı
Şen Matbaa
Özveren Sokağı 25/B
Demirtepe-Ankara
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

ANAYASA YAPIMI
VE
ANAYASAL DEĞİŞİM

Türkiye'de
Anayasal Değişim Beklentileri

ULUSLARARASI SEMPOZYUM

Ankara, 19-20 Mart 2010

Sempozyumun tüm katılımcılarının arzusu ile bu kitap, kendisine kaynaklık eden sempozyumun fikir babası ve destekçisi, Türkiye Barolar Birliği önceki Başkanı merhum ***Av. Özdemir Özok****'un aziz hatırasına ithaf edilmiştir*

İÇİNDEKİLER

Sunuş 9
Av. V. Ahsen Coşar (Türkiye Barolar Birliği Başkanı)

Açılış Konuşması 11
Av. Berra Besler (Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı)

I. OTURUM
Anayasacılık ve Anayasa Yapımı

Anayasacılık ve Anayasa Yapımı Üzerine 23
Wojciech Sadurski

Kurucu Otorite 49
Richard S. Kay

Güney Afrika'nın Siyasî Evriminde
Anayasal İktidar ve Meşruluk 109
André Thomashausen

Tartışma 136

II. OTURUM
Anayasaları Değiştirmek

Anayasa Yapımında Yöntem Sorunları 155
Ergun Özbudun

Anayasanın Değiştirilmesi 177
Sigrid Boysen

Tartışma 191

III. OTURUM

Anayasal Gelişim

"Anayasal Gelişme" 203
Levent Gönenç

İkinci Dünya Savaşı Sonrası Dönemde
Japonya'da Anayasacılığın Gelişimi 211
Koji Tonami

Tartışma 239

IV. OTURUM

Türkiye'de Anayasal Değişim Beklentileri

Türkiye'de Anayasal Değişimin Tarihi 253
Serap Yazıcı

Türkiye'de Temel Hak ve Özgürlükleri
Güçlendirmek İçin Anayasal Değişim Beklentileri 279
Oktay Uygun

Türkiye'de Demokratik Sürecin
Güçlendirilmesi için Anayasal Değişim Beklentileri 289
Ozan Ergül

Yeni Bir Anayasa Mahkemesi 309
Ece Göztepe

Anayasa Şikayeti ve Yargı Sistemi
Üzerindeki Etkileri - Almanya Deneyimi 321
Philip Kunig

Tartışma 338

SUNUŞ

Dünyanın ilk yazılı anayasası 1787 tarihli Amerikan Anayasası'dır. Günümüzden 224 yıl önce yapılan bu anayasa, değişen koşullara bağlı olarak yapılan ve Amerikalıların *"amendment"*, yani *"değişiklik"* olarak isimlendirdikleri 27 Ek Maddesiyle birlikte halen geçerliliğini korumaktadır. Amerikan Anayasasının aradan geçen onca yıla rağmen çok az bir değişiklikle hükmünü sürdürüyor olması, hiç kuşkusuz kurulduğu günden bu yana Amerika Birleşik Devletleri'nde siyasal ve hukuki istikrarın sürmesi, demokratik sistemin kesintisiz işlemesi ve bunlara bağlı olarak kurumsallaşmanın gerçekleşmiş olmasının doğal sonucudur.

Bizim coğrafyamızda 1876 tarihli Osmanlı Anayasası ile başlayan anayasacılık hareketi, Milli Mücadele aşamasında Ankara Hükümeti tarafından yapılan 1921 Anayasası, Türkiye Cumhuriyeti'nin Anayasaları olan ve yürürlüğe konulmalarından sonra pek çok değişikliğe uğrayan 1924, 1961, 1982 Anayasaları ile devam etmiştir.

Bizim ülkemizde Osmanlı İmparatorluğu süreci de dahil olmak üzere yaklaşık 135 yıldır yaşanan anayasal gelgitlerin nedenleri ise, herhalde Amerika'da olanların tam tersinin yaşanmasındadır. Yani siyasal ve hukuki istikrarın olmamasıdır; bir devamlılık süreci olan demokrasinin hemen her on yılda bir yapılan askeri müdahalelerle kesintiye uğramasıdır; askerin, kendisini ülkenin, halkın ve hatta seçilerek gelmiş olan meşru iktidarların vasisi sanmasına bağlı olarak toplumu kendi anlayışına göre hizaya sokmaya çalışmasıdır; hem yönetenlerde, hem de yönetilenlerde hukuka aidiyet bilincinin oluşmamasındandır.

Türkiye şimdilerde yine yeni bir anayasa yapmanın eşiğindedir. Yeni bir anayasa yapılması konusunda toplumda oldukça geniş bir irade, talep ve mutabakat olmakla birlikte, içerik konusunda aynı oranda bir uzlaşı yoktur. O nedenle anayasa yapım süreci içersinde ayrışmaların, kırılmaların, çatışmaların yaşanması olasıdır.

Dileğimiz, kırmadan, dökmeden, Türkiye'nin bütününün beklentilerine olmasa da çoğunluğun beklentilerine cevap verecek bir anayasanın hazırlanarak yürürlüğe konulmasıdır.

19-20 Mart 2010 tarihinde yapılan "*Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim/Türkiye'de Anayasal Değişim Beklentileri*" konulu sempozyumda yapılan ve aynı isimle basılı hale getirilen bu kitapta yer alan yerli/yabancı anayasa hukukçuları tarafından sunulan tebliğlerin, gerek konuya ilgi duyan herkese, gerekse yeni anayasa çalışmalarına yararlı olması Türkiye Barolar Birliği olarak en büyük dileğimizdir.

Son bir husus; sempozyumun düzenlenmesine ve kitap haline getirilmesine verdikleri değerli emek ve katkıları için Berlin Freie Üniversitesi'nden Sayın Prof. Dr. Philip Kunig ile Sevgili Ozan Ergül'e teşekkür etmektir. Teşekkür ediyorum.

Saygılarımla.

Av. V. Ahsen Coşar

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Av. Berra BESLER (Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı) - Çok değerli başkanlarım, Sayın Danıştay Onursal Başsavcısı, değerli meslektaşlarım, davetimizi kabul edip yurtdışından ve yurtiçinden bugünkü toplantımıza katılarak bizleri onurlandıran değerli konuklar ve basınımızın saygın temsilcileri; *"Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim, Türkiye'de Anayasal Değişim Beklentileri"* konulu uluslararası sempozyuma hoş geldiniz. Hepinizi Türkiye Barolar Birliği adına saygıyla selamlıyorum.

Değerli konuklar; az önce değerli genç arkadaşımızın da ifade ettiği gibi, iki gün sürecek olan uluslararası sempozyumda bir devletin temel yapısını, kuruluşunu, iktidar devrini, devlet karşısında bireylerin özgürlüklerini düzenleyen bir belge niteliğinde olan anayasaların nasıl yapıldığını, ne şekilde değişime uğrayabileceğini, anayasal gelişimin ne olduğunu ve nihayet Türkiye'de anayasal değişim beklentilerini bilimsel açıdan uluslararası düzeyde inceleme ve tartışma fırsatını bulacağız.

Sempozyum, konusu itibariyle bugün için Türkiye'de en sıcak gündemi yakalamıştır. Gerçekten hepimizin çok iyi bil-

diği gibi, ülkemizde uzun bir süredir gelişerek devam eden insan hakları ihlali niteliğindeki hukuka aykırılıklar ve yüksek yargı organlarıyla yürütme arasında yaşanan, henüz dinmeyen gerginlik ortamında, "yargı reformu" adı altında gündeme taşınan ve mart ayında Parlamentoya sunulacağını basından duyduğumuz, içeriği henüz resmen açıklanmayan anayasa değişiklikleri konusu, yeni tartışmaları da beraberinde getirmiştir. İşte böyle bir dönemde Türkiye Barolar Birliği etkinlik programında yer alan ve hazırlık çalışmalarına 6 Ocak 2009 tarihinde başlanan, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulumuzun da 13-14 Kasım 2009 tarihli toplantısında alınan kararla 19-20 Mart 2010 tarihinde yapılması uygun görülen, uluslararası düzeyde gerçekleştireceğimiz, bugün başlayacak ve yarın da devam edeceğimiz sempozyumun çalışmaları son aşamaya gelmiştir.

Değerli konuklar; yaklaşık 1,5 yıl önce konunun önemini görerek olacakları önceden tespit eden ve bu sempozyumun gerçekleşmesine öncülük edip olanak sağlayarak çalışmaları başlatan ve hepimizin kendisini çok özlediğimiz ve yakın bir tarihte sağlığına kavuşmuş olarak Ankara'ya dönüşünü beklediğimiz Türkiye Barolar Birliğinin çok değerli Başkanı, Başkanımız Sayın Av. Özdemir Özok'a içten saygı ve şükranlarımı sunuyorum. Bu organizasyonun gerçekleşmesi için gösterdiği ilgi ve destekten dolayı Yönetim Kurulumuz adına Prof. Dr. Philip Kunig'e sonsuz teşekkürler ediyorum. Tabii ki bu organizasyonu başından sonuna kadar büyük bir titizlik ve dikkatlikle hazırlayan Yönetim Kurulumuzun çok değerli Başkan Yardımcısı Talay Şenol'a ve Yrd. Doç. Dr. Ozan Ergül'e de sonsuz teşekkürler ederiz.

Değerli konuklar; Türkiye Barolar Birliği, kuruluş amacı ve yasaların kendisine verdiği görevler ve sorumluluklar doğrultusunda, kuruluşundan bu yana hukukun üstünlüğünü vazgeçilmez en yüksek değer olarak kabul etmiş, devletimizin kurucusu Büyük Atatürk'ün ilkelerinden, laiklik prensibinden, üniter devlet yapısından ve cumhuriyetimizin kazanımlarından ödün vermeyen anlayışıyla,

ülkemizde demokrasinin eksiksiz uygulanmasını, insan haklarına saygının yerleşmesini, hukuk devletinin işlerlik kazanmasını ve onun en önemli özelliği yargı bağımsızlığının ve savunmanın özgürlüğünün sağlanmasını hedef bilmiş, bu uğurda yargının kurucu unsuru, savunmanın etkin gücü olarak mücadelesini sürdürmüştür ve sürdürmeye de devam edecektir.

Türkiye Barolar Birliğinin sarsılmaz bir inançla bağlı olduğu bu ilkeler, ulusumuz için de hayati önem taşımaktadır. Bu yüksek değerleri yaşatmak, yaygınlaştırmak, ülkemizde yerleşmesini ve uygulamasının devamlılığını sağlamak, kuşkusuz toplumda her şeyin hukuk düzeni içinde gerçekleşmesini, eşitliği, huzur ve refahı, barış ve kardeşliği getirecek mutlu yaşamın önemli bir kaynağı olacaktır.

Değerli konuklar; hukuk devletinde bütün ilişkiler, hukuk düzeni içinde ve hukuka uygun olarak gerçekleşir. Hukuk devleti, tüm faaliyet, işlem ve eylemleri hukuk kurallarına ve anayasal ilkelere uyan, kendisini bu kurallarla bağlı sayan devlettir. Yasalar dahil olmak üzere, ülkede geçerli tüm hukuk kurallarının temelinde ve üzerinde yer alan bir belge olması itibariyle anayasa, yasaların ve diğer hukuk kurallarının uygulanabilirliklerini kendisinden alır ve dayanağıdır. Anayasadan ve anayasaya uygun olarak yapılmayan bir yasanın ve kuralın bağlayıcı yönü olamaz.

Ülkede uygulanacak hukuk düzenini kurallara bağlayan anayasanın önemi tartışmasız olmakla beraber, sonucu itibariyle anayasa da bir yasadır, değişmez, dokunulmaz bir metin değildir; zamanla koşullara göre, toplumun gereksinmelerine cevap verecek şekilde belli usul ve esaslar dahilinde değişime uğrayabilir. Bu değişimlerin nasıl olacağını bugün ve yarın değerli akademisyenlerden, katılımcılardan dinleyeceğiz. Ancak, yapılacak bu değişiklikler veya getirilecek yenilikler, toplumda düzeni sarsacak, sisteme aykırılık teşkil edecek nitelikler taşımamalıdır.

Son günlerde ülke gündeminde tartışılan anayasa değişikliklerinin bu bakımdan çok iyi değerlendirilmesi gerekmekte olup, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin 16. maddesinde yer alan, *"İnsan haklarının sağlanmadığı ve kuvvetler ayrılığının belirlenmediği bir toplumda anayasa yoktur"* şeklinde ifade edilen cümlenin taşıdığı önem ve mana göz ardı edilmemelidir.

Değerli konuklar; demokrasiyle idare edilen ve parlamenter rejimi benimsemiş olan Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kuvvetler ayrılığı esasına dayalı Anayasanın 6. maddesinde, kayıtsız şartsız millete ait olan egemenliğin millet adına yasama, yürütme ve yargı olarak belirlenen devletin yetkili organları eliyle kullanılacağı öngörülmüştür. Anayasamızın başlangıç kısmında da hepinizin çok iyi bildiği gibi, bu kuvvetler ayrımının devletin organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmediği, ulus adına devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı, medeni bir işbölümü, işbirliği olduğu açıklanmıştır.

O halde, Anayasamıza ve devletimizin yapısına göre devlet yetkilerini kullanan bu 3 kuvvet birbiriyle eşittir, biri diğerinin üzerinde değildir, dolayısıyla birbirlerine müdahale etmeyeceklerdir. Aksine davranış, devletin yapısına zarar verir ve Anayasamıza aykırılık teşkil eder. Oysa yıllardır bilinen gerçek odur ki, siyasi iktidarların gücü ve antidemokratik uygulamaları, kuvvetler ayrılığı ilkesindeki dengeleri yürütme lehine bozmuş, yasama ve yargı erkleri, yürütmenin adeta esareti altına alınmıştır.

Değerli konuklar; basından öğrendiğimize göre, şimdi yapılmak istenen ise, yargı erki aleyhine yasamayı daha da güçlendirici düzenlemelerin anayasa değişiklikleriyle getirileceği yolundadır. Böyle bir durumun kuvvetler ayrılığı ilkesiyle bağdaşan bir yönü olabilir mi değerli konuklar? Sisteme aykırılık teşkil edecek olan bu değişim niyeti iyice düşünülmelidir.

Anayasamızın cumhuriyetimizin temel niteliklerine ilişkin 2. maddesinde belirtildiği gibi, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, insan haklarına saygılı, hukuka bağlı ve çağdaş bir devlettir. Demokrasiye en sağlam zemini oluşturan hukuk devleti, gittikçe tırmanış gösteren, hukuk devletinin en önemli özelliği yargı bağımsızlığını yok etmeye yönelik müdahale ve uygulamalarla, anayasa ve insan hakları ihlali niteliği taşıyan eylemlerle ağır yara almıştır. Hiçbir zaman istenmeyen, beklenmeyen, her geçen gün toplumu korkuya sevk eden, halkın yargıya güven duygularını sarsan hukuka aykırılıklar, hak ihlalleri artık sona ermelidir.

Üzülerek görmekteyiz ki, yargı üzerindeki baskı hiçbir zaman bugün olduğu kadar sürekli, ağır, yaralayıcı, hukuk devletini ve toplumdaki güveni sarsıcı boyutlara ulaşmamıştır. Yargıyla yürütme arasında bugüne kadar tanığı olduğumuz kargaşa ve kriz ortamı hiç yaşanmamıştır. Yürütmenin yasamayla birlikte yargıya egemen olmasının varacağı yer, artık ne hukuk devletinden, ne de demokrasiden söz edemeyeceğimiz, otoriter ve ya da totaliter bir rejimdir.

Değerli konuklar; hukuk devletinde yaşamak isteyen herkes, bu olumsuzluklar karşısında kendisini sorumlu ve görevli saymalıdır. Toplumda her şeyin hukuk düzeni içinde hayata geçmesi için oluşacak ortak irade yaşam biçimi haline gelmeli; toplum, hukuk devletini, hukukun üstünlüğünü istemeli, sahip çıkmalı ve korumalıdır.

Değerli konuklar; Türkiye Barolar Birliği, anayasa konusunda her zaman duyarlı olmuş, toplumu aydınlatacak, hukukumuza olumlu katkılar sağlayacak çalışmalarda bulunmuştur; etkinlikler düzenlemiş, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı yapmıştır. Bu çalışmalar, çoğumuzun bildiği gibi kitap haline getirilmiş ve kamuoyuna sunulmuş, önemli bir kaynak oluşmuştur.

1982 Anayasasının Danışma Meclisinde kabul edilerek bir tasarı halinde Milli Güvenlik Konseyine sunulduğu günlerde,

AÇILIŞ KONUŞMASI

2-3 Ekim 1982 tarihlerinde Türkiye Barolar Birliği Olağanüstü Genel Kurul toplantısı yapılır. O tarihlerde henüz taslak niteliğinde olan anayasa tartışılır. Genel Kurul çalışmaları sonunda hazırlanan ve kabul edilen raporun başında, "Ana İlkeler" başlığı altında, onurlu bir varlık olan insanın devletin bile el uzatamayacağı bazı özgürlüklerin ve dokunulmazlıkların sağlandığı bir toplum yaşamında mutlu olabileceği, devletin varlık nedeninin de kişinin özgürlük ve güvenliğinden geçen mutluluğunu sağlamaktan ibaret olduğu belirtilmiş, bu düşüncenin tüm uygar dünyada benimsenmiş ortak bir inanç olduğu vurgulanmış ve devamla, *"Bu görüşten hareket etmeyen, kişiyi amaç değil araç, devleti ise amaç sayan devlet felsefesi ve ona dayanan bir anayasal düzen, topuma sadece açık ya da kapalı dikta rejimi getirir"* denilmiştir.

Türkiye Barolar Birliğinin sözü edilen Olağanüstü Genel Kurul toplantısı sonunda hazırlanan raporda, ayrıca anayasa tasarısının yüzyıllardır uygar dünyaca benimsenmiş birçok özgürlüğü çok aşırı bir biçimde sınırladığı, özgürlüklerin tamamen ortadan kaldırılmasına karşı güvence niteliğinde öze dokunmama kuralının da kabul edilmediği, özgürlüklerin ve dokunulmazlıkların son güvencesi olan yargı bağımsızlığının ve yargıç güvencesinin de yok edilerek özgürlükçü hukuk devleti modelinden uzaklaştığı belirtilerek eleştirisel rapor ilgili yerlere gönderilmiştir.

Değerli konuklar; günümüzden 28 yıl önce toplanan Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulunda ortaya konulan görüşler, bugün için de hiç yabancı değildir. Aradan geçen yıllarda 1982 Anayasası çeşitli eleştirilere muhatap olmuştur ve yanılmıyorsam 83 maddesi bugüne kadar değişikliğe uğramıştır, az sonra hocalarımız bu sayının doğru olup olmadığını teyit edeceklerdir. Bugün için Anayasamızda yürütmenin yargıya ve yargının kurucu unsurlarına müdahalesine cevaz veren hükümlerin Anayasadan arandırılması ve kuvvetler ayrılığı ilkesindeki dengelerin tesisi beklenmektedir.

Anayasa değişiklikleri ve beklentilerini yarın tartışacağız. Ancak, hemen söylemek istiyorum ki, gündeme taşınan, yapı-

lacağı öngörülen anayasa değişikliği paketinin bir bölümünde yürütmenin yargı lehine daha da güçlendirileceği, ilaveten yasamanın da yargıya müdahalesine olanak sağlayacağı basından öğrenilmektedir. Ümit ederim ki bu haberler yanlış çıkar.

Değerli konuklar; Türkiye Barolar Birliğinin anayasa çalışmalarının önemli yapıtlarından biri de 2001 yılında hazırlamış olduğu anayasa önerisidir. 2001 yılında görev yapan kurulun hazırladığı taslak metin, kamuoyuna basın toplantısıyla duyurulmuş, 3 baskısı yapılmış ve ilgili yerlere gönderilmiştir. Ülkemizde zaman içinde yaşanan anayasa krizlerinde bu metin, başvurulabilir bir kaynak olmuştur. Ancak, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi bünyesinde 2001 anayasa önerisi güncelleştirilmek üzere sürekli çalışmalar ve yayınlar yapılmış, toplantılar düzenlenmiş, anayasa çalışmaları devam etmiştir.

2007 yılında yapılan çalışmalarda, 2001 yılında hazırlanan anayasa önerisi hareket noktası olarak kabul edilmiş ve ondan önemli ölçüde yararlanılmıştır. Bununla beraber, aradan geçen yılların getirdiği yeni durumlar ve sorunlar çalışma komisyonu tarafından değerlendirilerek dikkate alınmış ve yepyeni bir anayasa önerisi metni yazılmıştır.

22 Temmuz 2007 seçimlerini takiben iktidara gelen siyasi partinin sivil anayasa yapma girişiminden sonra, Türkiye Barolar Birliği, bünyesindeki bütün çalışmaları tekrar değerlendirmiş ve 2007 anayasa önerisini hazırlamıştır. Türkiye Barolar Birliğinin önerdiği bu anayasa, özgürlükler alanını genişletmiş, kişiler için yeni özgürlükler ve haklar getirmiş olması itibariyle bir sivil anayasa önerisidir. Ancak, çok değerli Başkanımız Sayın Özok'un da anayasa önerisinin 4. basımının önsüzünde belirttiği gibi, renksiz bir anayasa değildir. Zira, renksiz bir anayasa, arkasına hangi rengi koyarsanız onu yansıtır. Oysa 20. Yüzyılın başlarında büyük bir mücadele sonunda kurulmuş Türkiye Cumhuriyeti, Atatürk milliyetçiliğini benimsemiş, insancıl ve barışsever üniter bir devlet

olmanın yanında, demokrasinin altyapısını teşkil eden laiklik ve bunu sağlayacak laik eğitim, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğünü özümsemiş bir ülkedir. Onun kurucu lideri, akıl ve bilimin rehberliğini mirasçılarına tek yol olarak göstermiştir. Bu nedenle, Türkiye Barolar Birliğinin, bizim anayasamızın tek bir rengi vardır, bu renk de cumhuriyetimizin temel ilkeleridir.

Değerli konuklar; konularında uzman, ünlü, etkin ve yetkin katılımcıların görüş ve düşünceleriyle zenginleşecek olan sempozyumun çok başarılı geçeceğine gerçekten inanıyorum. Sempozyumun hukukumuza, demokrasimize, yaşadığımız sürece ışık tutması, olumlu katkılar sağlamasını diliyor, hepinize saygılar sunuyorum.

ANAYASACILIK VE ANAYASA YAPIMI

I. OTURUM

Oturum Başkanı:

Av. Talay ŞENOL
(TBB Başkan Yardımcısı)

Av. Talay ŞENOL (TBB Başkan Yardımcısı - Oturum Başkanı)- Değerli konuklar, sevgili meslektaşlarım; şahsım ve Türkiye Barolar Birliği adına ben de hepinizi saygı ve sevgiyle selamlayarak toplantımızın ilk oturumunu açıyorum.

Bildiğiniz gibi, oturumumuzun konusu, son yıllarda ülkemiz hukuk ve siyaset gündeminde sürekli yer alan *"Anayasacılık ve Anayasa Yapımı"* konusudur. Anayasa, kısaca devlet güçlerinin yapısının ve yurttaşların temel hak ve özgürlüklerinin ana tasarımı olarak tanımlanmaktadır. Peter Badura'nın dediği gibi, anayasa sadece objektif düzenleyici normlar sistemi değildir; o aynı zamanda hukuk bilincimizi ve politik yaşamımızı etkileyen bir semboldür.

Diğer yandan, anayasaların yapılması yöntemi de çok önemlidir, çünkü izlenen yöntem ile anayasanın özgürlükçü ruhu ve hukuk devletinin yapılanması arasında kopmaz bir ilişki bulunmaktadır. Geçmiş deneyimler göstermiştir ki, anayasa yapımının toplumsal katılıma ve tartışmalara açık olması gerekmektedir. Toplumsal katılıma ve mutabakata dayanmadan hazırlanan anayasalar sorun üretmek ve netice olarak da kalıcı olamamaktadır. İşte bugün burada toplantımızın ilk oturumunda anayasacılık, anayasanın üstünlüğü, anayasanın bağlayıcılığı, anayasal devlet, anayasal demokrasi, aktif kurucu iktidar, anayasa yapımı ve yöntemler ve anayasa yapımında halkın rolü gibi konuları konunun uzmanı değerli konuşmacılarımızla birlikte ele alacağız.

Ünlü düşünür Bacon, *"Bilgilenmenin işlevi, insanın durumunu yüceltmektir"* der. Konuşmacılarımızın nitelikleri ve donanımlı kişilikleri dikkate alındığında, inanıyorum ki oturum sonrası kendimizi yücelmiş hissederek toplantıdan ayrılacağız.

Programdan da anlaşılacağı üzere 3 konuşmacımızın konuşması, bir de tartışma bölümümüz var. Bize ayrılan süre ise toplam 2,5 saat. Şöyle yapalım diyoruz: Her bir konuşmacıya yarım saat konuşma süresi verelim, kalan süreyi de tartışma bölümüne ayıralım.

Şimdi sizlere değerli konuşmacılarımızı konuşma sırasına göre takdim ederek kendilerine söz vereceğim. İl konuşmacımız, Sayın Prof. Dr. Wojciech Sadurski. Prof. Dr. Wojciech Sadurski, halihazırda Sydney Üniversitesi *"Challis jurisprudence"* (hukuk ilmi) profesörüdür ve aynı zamanda misafir öğretim üyesi olarak İtalya'nın Toronto Üniversitesinde karşılaşmalı hukuk dersleri vermektedir. Prof. Dr. Wojciech Sadurski, Polonya, Batı Avrupa, Amerika Birleşik Devletleri ve Avustralya'nın çeşitli üniversitelerinde dersler vermiştir. 1999-2009 yılları arasında Fransa'da bulunan Avrupa Üniversitesi Enstitüsünde hukuk felsefesi ve hukuk teorisi alanlarında dersler vermiş, aynı üniversitenin hukuk bölümü başkanlığını da 3 yıl boyunca sürdürmüştür. Hukuk felsefesi, hukuk ve siyaset teorisi ve karşılaştırmalı anayasa hukuku alanlarında yayınlanmış pek çok kitabı bulunmaktadır. En yakın tarihleri arasında, 2008 yılında ikinci baskısını yapmış olan, 2005 tarihli *"Mahkemelerin Önündeki Haklar, Komünizm Sonrası Orta ve Doğu Avrupa Devletlerinde Anayasa Mahkemeleri Üzerine Bir Çalışma"* ve 2008 yılında yayımlanmış olan *"Eşitlik ve Meşruiyet"* sayılabilir.

Şimdi kendisine sözü bırakıyorum.

Buyurun Sayın Sadurski.

ANAYASACILIK VE ANAYASA YAPIMI ÜZERİNE

Wojciech Sadurski[*]

Anayasacılık, kurumsal mühendislerin elinde bulunan araçlardan yalnızca biri olup; siyasî kurumsallaşmanın, anayasallaşma *(constitutionalization)* sürecinin rotasını geçersiz kılmaya muktedir olan pek çok biçimi bulunmaktadır. Anayasallaşma, izlenecek temel usuller ile kuvvetler ayrılığı ve temel haklar gibi deyim yerindeyse siyaset-ötesi *(meta-political)* kuralları; bunları, toplumun sürekli değişen ve belli bir dönemde görevde bulunan parlamenter çoğunluklarca temsil edilen görüş ve çıkarlarından (göreceli olarak) bağışık kılarak dondurmanın ve bu yolla da kurumsallaşmış siyasî pratikler inşa etmenin bir yoludur. Burada anayasallaşma kavramı ile anlatılmak istenen şey, elbette ki adına *"Anayasa"* denilen bir temel kanun yapmaktan başka bir hususa denk düşmektedir; zira gerçek anlamıyla bir anayasaya sahip olmak, bundan çok daha fazlasına sahip olmak anlamına gelmektedir. İdeal olarak, burada kullanılan anlamı karşılayabilmek için; (1) bir yazılı metnin bulunması, (2) bunun parlamenter çoğunluklardan gelecek değişim taleplerine karşı oldukça güçleştirilmiş değiştirme usulleriyle korunuyor olması ve (3) göreceli olarak

---

* Sydney Üniversitesi Hukuk Fakültesi *"Challis Hukuk Profesörü"*; Trento Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Misafir Profesör (2010 ve 2011 Bahar Dönemi), e-posta: wojciech.sadurski@sydney.edu.au

Çeviren: Dr. Ersoy Kontacı

WOJCIECH SADURSKİ'NİN TEBLİĞİ

uzun bir ömre sahip olması (veya en azından anayasa yapıcılarının niyetlerinin bu olması) gerekmektedir. Bu metnin, aynı zamanda (4) diğer yasal araçların üzerinde yer alması ve dolayısıyla (5) bunların anayasaya aykırılıklarının tespitinde bir ölçü-norm değeri taşıması, (6) toplumun temel değerleriyle uyum içinde olması ve (7) yasama ve yürütme gücünün sınırsız kullanımının sonucu olarak temel haklarının ihlâl edilmesi tehlikesiyle karşılaşan kişilere hukukî koruma sağlayabilmesi gerekmektedir.[1]

Yalnızca yukarıdaki paragrafta sayılan bu yedi ölçütü, yani yazılılık *(writtenness)*, katılık *(entrenchment)*, uzun ömürlü olma *(longevity)*, üstün hukuk niteliğinde olma *(paramountcy)*, ölçü-norm değeri taşıma *(justiciability)*, toplumun temel değerleriyle uyumluluk ve temel hakların korunması ölçütlerini açığa vurmak bile, en azından iki hususu ortaya koymak açısından yeterli kabul edilmelidir: Her şeyden önce, burada kullandığımız anlamıyla bir anayasaya sahip olmak, bir *derece sorunu* olarak belirmektedir; zira burada değinilen ölçütlerin her birinin, karşımıza farklı yoğunluklarda çıkması mümkündür (örneğin, bir anayasa, az ya da çok sayıda zımnî kural veya anayasal gelenek içermesi anlamında, *"az"* veya *"çok"* yazılı; veya anayasayı değiştirme sürecinin zorluk veya kolaylık derecesine bağlı olarak *"az"* veya *"çok"* katı olabilir). Dolayısıyla, anılan bu ölçütlerin, incelenmekte olan herhangi bir toplumun anayasallık derecesine ilişkin karşılaştırma ölçütleri olarak kullanılması da mümkündür. Bununla birlikte -ve aynı zamanda yukarıdaki yedi ölçütten hareketle ortaya koymak istediğim ikinci hususu olarak- bu değerlendirmenin her durumda ve mutlak şekilde olumlu bir değerlendirmeye eşdeğer olmadığını; zira kelimenin tam anlamıyla bir anayasaya sahip olmanın, bizi her durumda ve mutlak olarak iyi bir sonuca götürmeyeceğini de belirtmek gerekmektedir. Anaya-

---

1 Bu betimleme, Joseph Raz'ın işaret ettiği *"gerçek anlamda"* bir anayasanın taşıması gereken niteliklerin toplu bir ifadesini içermektedir: *"On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries"*, Larry Alexander, Der., *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge: Cambridge University Press 1999 içinde, ss. 152-193, s. 153-154.

sacılığın bu yedi ölçütünün her birinin kendi iyi ve kötü sonuçları olduğunu ortaya koymak mümkündür. *"Yazılılık"* ölçütünün, bir yandan belirlilik anlamına gelirken diğer yandan da esneklikten yoksunluğa yol açması; *"katılık"* ölçütünün bir yandan istikrar sağlayıcı bir işlev görürken diğer yandan da değişen koşul ve görüşlere karşı belli bir duyarsızlaşmaya yol açması, bu durumun örneklerindendir. Yukarıda saydığımız koşulların sonuncusu -azınlık haklarının çoğunluk iradesi karşısında korunması- bile, çoğunluk iradesinin yanılmazlığına karşı bir güvensizlik unsuru olarak okunabilir.

Gözlemlenen kimi yargı çevrelerinde anayasallaşmanın olumlu ve olumsuz sonuçlarının izlerini sürmenin ve bunlar hakkında genel bir hüküm vermenin ilgi çekici bir faaliyet olacağı açıktır. Bu inceleme kapsamında ele alınacak sonuçların, büyük ölçüde incelenen bağlamların birer türevi olarak şekilleneceklerine *(context dependent)* şüphe olmamakla birlikte; son tahlilde ve konuya özellikle otoriter rejimlerden kurtulan ülkeler gibi pekişmemiş demokrasiler *(non-consolidated democracies)* açısından bakıldığında, anayasallaşma ilkesini destekleyen görüşlerin, buna karşı çıkan görüşlerden daha fazla olacağı konusunda ciddi şüpheler beslemekteyim. Anayasacılığın demokrasiye geçiş sürecini kolaylaştırma doğrultusunda sunduğu vaatlerin karşılıksız kaldığı durumlarda bakılması gereken yer, genellikle anayasacılık düşüncesine içkin *(intrinsic)* olan özelliklerden ziyade, ele alınan ülkede ortaya konulan tasarım hataları olmalıdır (aynı, günümüz Rusya'sında temel hükümet organları arasında bilerek yaratılan anayasal dengesizlikler gibi). Kimi Batılı yazarların[2] eserlerinde uzun uzadıya tartışılan teorik *"anayasacılık-demokrasi*

---

2 *"Çoğunlukların yönetim iktidarını sınırlayan anayasalar, doğal bir biçimde antidemokratik olarak değerlendirilmektedirler"*: Cass R. Sunstein, *"Constitutions and Democracies: an Epilogue"*, Jon Elster ve Rune Slagstad, Der., *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988 içinde, s. 327. *"Anayasacılık-demokrasi"* gerilimi, buna ek olarak *"çoğunluk karşıtı problem"* hakkında Amerikan anayasal teorisinde yaşanan ve sonu gelmeyen tartışmaların da temelini oluşturmaktadır.

WOJCIECH SADURSKI'NİN TEBLİĞİ

çelişkisi", benim de yakından tanıdığım[3] Orta ve Doğu Avrupa siyaset alanında faaliyet gösteren öğrenciler ve katılımcılar açısından gerçek bir sorun olarak algılanmamakta ve fakat bu çalışmanın özel ilgi alanını oluşturmaktadır. Bu türden ülkelerde anayasacılık ile ilişkilendirilebilecek sorunların *var olması* durumunda, bunun genellikle anayasacılık eksikliğinden kaynaklandığı savunulmaktadır; fazlalığından değil.

Bu nokta, bizleri anayasaların ve anayasallaşmanın kurumsal mühendislik çalışmaları bağlamında sahip olduğu *işlevlerin* neler olacağı temel sorunuyla karşı karşıya getirmektedir. Anayasal siyaset konusunda eğitim gören bütün öğrencilerin de bildiği üzere, anayasaların işlevleri konusunda çok çeşitli ve farklı sınıflandırmalar yapmak mümkündür.[4] Bununla birlikte, burada bütün bu geleneksel sınıflandırmaları tartışmak yerine, Kaliforniya (Berkeley) Üniversitesi'nde görevli bir siyaset ve ahlâk filozofu olan Hanna Fenichel Pitkin'in ortaya koyduğu basit ancak güçlü bir ayrıma başvurmak istiyorum - bu sınıflandırmanın, hukukçu olmayan biri tarafından üretilmenin ayırt edici erdemini taşıdığını ve anayasa tartışmalarına *"dışarıdan"* yapılan yeni bir katkı olduğunu da vurgulayarak. Pitkin, anayasaların yalnızca *sahip olduğumuz* şeyler olmadığını; ama aynı zamanda *olduğumuz* ve *yaptığımız* şeyler anlamına da geldiğini önemle belirtmektedir. Bu fiillerin her biri, oldukça farklı anlamlara işaret etmektedir. Dahası, anayasaları genellikle *sahip olduğumuz* şeyler olarak görürken; bunların aynı zamanda *olduğumuz* ve *yaptığımız* şeyler olduklarını da görmezden gelme eğilimi sergilemekteyiz. Bu

---

3 Orta ve Doğu Avrupa'da anayasa yargısını konu alan ve bu çalışmada bahsedilen kimi konuların daha geniş biçimde ele alındığı kitabım için bkz. *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer: Dordrecht 2005 ve 2008. Ayrıca bu bölümdeki kimi tezlerin dayandığı hususları açıklayan bir çalışma için bkz. Wojciech Sadurski, *"Conclusions: On the Relevance of Institutions and Centrality of Constitutions in Post-communist Transitions"*, Jan Zielonka, Der., *Democratic Consolidation in Eastern Europe, vol. 1: Institutional Engineering*, Oxford University Press 2001 içinde, ss. 455-474.

4 Örneğin bkz. Dario Castiglione, *"The Political Theory of the Constitution"*, Richard E. Bellamy ve Dario Castiglione, Der., *Constitutionalism in Transformation*, Blackwell: Oxford 1996 içinde, ss. 9-11.

sebeple, burada bu saydığımızı işlevlerden sonuncusunu biraz daha açarak devam etmek istiyorum.

Anayasalar ve Kimlik

Pitkin, bir anayasanın her şeyden önce kim *olduğumuza* ilişkin bir boyutu olduğundan bahsetmektedir. *"Kompozisyon veya temel kuruluş"*u[5] ifade eden bu boyut, muhtemeldir ki *"anayasa"* sözcüğünün birincil ve anı zamanda hukuk-dışı anlamına tekabül etmektedir (Takip eden ve tırnak içinde yazılan cümlenin fiilinin yerine geçebilecek bir isim düşünün: *"Bu siyasa ne şekilde kurulmuştur?"*). Konuyu bir insan topluluğu açısından ele aldığımızda ise, Pitkin'in şu sözleriyle karşılaşmaktayız:

"Anayasa'nın bu kullanımı, karakteristik bir yaşam tarzını, o topluluğun ulusal karakterini, bir ulus olarak temel değerlerini (ethos) ve temel niteliklerini, o topluluğun özgün tarihinin ve toplumsal koşullarının çıktısını ifade etmektedir".[6]

Veya kurumsal tasarımın önde gelen teorisyenlerinden Robert Goodin'in daha anlaşılır sözcükleriyle ifade edecek olursak;

"siyasî anayasalar, inceleme konusu olan devletin (polity) toplumbilimsel kompozisyonu hakkında bir dizi yaşamsal karine sunarlar".[7]

Anayasaların "kim *olduğumuz*" hakkında fikirler verdiği aşikâr bazı boyutlar bulunmaktadır. Belki de bu boyutlar arasında en bariz olanı, anayasa metinlerinin, çoğu durumda, ait oldukları devletin vatandaşlarının veya *"anayasal uyruklarının"* kimler olduğunu tarif ediyor olmalarıdır. Eski Sovyet sisteminin birer parçası olan Baltık Devletleri, bu başlık altın-

---

5 Hanna Fenichel Pitkin, *"The Idea of a Constitution"*, *Journal of Legal Education* 37 (1987), ss. 167-169, s. 167.

6 *Id.*, 167

7 Robert E. Goodin, *"Designing Constitutions: the Political Constitution of a Mixed Commonwealth"*, Bellamy ve Castiglione içinde, *op.cit.*, s. 224.

WOJCIECH SADURSKİ'NİN TEBLİĞİ

da özellikle dikkate değer örnekler olarak öne çıkmaktadırlar. Sovyetler Birliği'nin yıkılmasından sonra bağımsızlıklarına kavuşan her üç Baltık Cumhuriyeti'ne de Sovyet geçmişlerinden kalan ortak miras, Büyük Rus azınlıklara sahip olmaları (Estonya'da % 29, Letonya'da % 34 ve Litvanya'da % 9) ve yine tamamında etnik temeller üzerine inşa edilen bir vatandaşlık tanımının kabul edilmesi yönünde ciddi baskıların bulunmasıydı. Buralarda hâkim olan Sovyet karşıtı hislerin, vatandaşlık konusunda düzenlemeler yapılırken Rus karşıtı tutumlar olarak açığa çıkmasını anlamak güç değildir. Bununla birlikte, uzun zamandan beri buralarda yaşayan geniş halk kitlelerinin, bu yeni devletlerin oluşum sürecinde bir anda vatandaşlık hakkından yoksun hale gelmelerinin de ne kadar tehlikeli bir duruma yol açtığı (hak ve nefaset ilkeleri tümüyle bir yana bırakıldığında dahi) açıkça görülebilmektedir. Böyle dışlayıcı bir anlayışı benimsemenin, kurumsal mühendislik ve anayasal tasarım üzerinde de açıkça görülebilen etkileri olmuştur. Estonya'lı meslektaşım Vello Pettai'nin kendi ülkesi üzerine yürüttüğü çalışmalar sırasında belirttiği üzere, bu milliyetçi tutumlar, yasama organlarının "Ruslarla iktidar paylaşımını kolaylaştıracak ortaklaşmacı *(consociational)* mekanizmalar gibi kurumlar inşa etmeyi düşünmelerini" engelleyen bir etken olmuştur. Takip eden süreç ise, yine Pettai'nin sözleriyle:

"Ülkenin gerçek niteliği olan çok etnisiteli bir Cumhuriyet yerine, tek tip bir ulus devlete uygun bir anayasa yapım süreci şeklinde gelişmiştir".[8]

Bu üç ülkenin her biri, burada ele alınan bağlamda kısmen farklı evrim süreçleri geçirmişlerse de, Letonya örneği bunlar arasında en açıklayıcı olanıdır. Bağımsızlığını kazanmasını takiben Letonya'da düzenlenen ilk demokratik seçimler öncesinde Letonya Vatandaşlığı -ve dolayısıyla, oy kullanma hakkı- sadece 17 Haziran 1980 tarihi itibariyle Letonya Vatandaşı

8 Vello Pettai, *"Estonia: Positive and Negative Institutional Engineering"*, Zielonka, *op. cit.* içinde, ss. 111-38, s. 120 (dipnot çıkarılmıştır).

olanlara ve onların ardıllarına verilmişti. Vatandaşlığın kazanılması ilkesi ise, teoride benimsenmiş olmasına rağmen, o dönem itibariyle uygulamaya geçirilmiyordu. Gerçekten, *Saeima* -Letonya Parlamentosu- tarafından 1994 yılında kabul edilen ilk kanun, vatandaşlığa kabul için öngördüğü koşullar yönünden oldukça kısıtlayıcı bir nitelik taşıyordu. Ne var ki, bu uygulamayı takip eden tartışmalar, Letonya Vatandaşlığı konusundaki düzenlemelerin serbestleştirilmesi yönünde yavaş ama istikrarlı bir biçimde gelişen bir kamuoyu iradesinin doğumuna yol açtı. Bu değişimin sonunda, 1998 yılında gerçekleştirilen ve hemen sonrasında yapılan referandumda da (az bir farkla da olsa) kabul edilen anayasa değişiklikleri ile vatandaşlık sistemi büyük ölçüde serbestleştirilmiş oldu.[9]

Bu çerçevede, anayasanın "kim *olduğumuz*" anlamına geldiği daha esaslı bir bağlamda söz etmek de mümkündür. Bu bağlam, anayasanın, ait olduğu topluluğun tüm mensupları tarafından paylaşılan bazı temel değerlerin neler olduğunu tarif etmeye yönelmesinde görülebilmektedir. Bu, muhtemelen bütün anayasalar tarafından hedeflenen (ve anayasa teorisyenlerinin de büyük çoğunluğu tarafından desteklenen) bir amaç olmakla birlikte, bir kez ortaya konulduktan sonra anılan amaca ulaşmanın ne kadar zor ve hatta hayalî olduğu da gözler önüne serilmektedir. Zira bütün modern toplumlar, büyük ölçüde farklılaşan algılara ve ideolojik tutumlara sahip kişilerden oluşan gerçek anlamda çoğulcu ve heterojen toplumlar olup; bu durum, uzmanı olduğum Orta ve Doğu Avrupa'nın geçiş dönemi demokrasileri için olduğu kadar, Türkiye için de geçerlidir. Bütün bu hususlar dikkate alındığında, *"kim olduğumuzu"* anayasalar yoluyla tanımlamaya kalkışmanın, gerçek anlamda *Prokrustesçi*[10] bir ödev haline gelip

---

9 İyi bir açıklama için bkz. Adolf Sprudz, *"Rebuilding Democracy in Latvia: Overcoming a Dual Legacy"*, Zielonka, *op. cit.* içinde, ss. 139-164.

10 *ç.n.* - Prokrustes: Yunan mitolojisine göre Atina ile Megara yolu üstünde yaşayan bir kanunsuz olarak tasvir edilmektedir. Anlatıya göre, demir bir yatağa sahip olan *Prokrustes*, kendisi dışında kalan tüm insanların da bu yatağa uygun boyda olmaları gerektiğine inanır ve yoldan geçen yolcuları durdurarak yatağına bağlarmış. Yolcunun boyunun kısa veya

WOJCIECH SADURSKİ'NİN TEBLİĞİ

gelmediğini sorgulamak istiyorum. Gerçekten de, böyle bir durumda ya ortak değerler, bir kısım vatandaşları *"anayasal kabul edilebilirlik çerçevesinin dışında"* bırakacak şekilde dar olarak tanımlanacak, ya da anlamsız klişeler dışında hiçbir şey ifade etmeyen büyük genellemelerden ibaret kalacaklardır.

Bu soruya verilen cevapların bir kısmı, anayasaların *başlangıç* bölümlerinde, yani anayasa yapıcıların ulusal kimlik hakkındaki görüşlerini aramak için son derece uygun bir yerde bulunabilir. Slovakya, bu anlamda Darina Malova'nın (Bratislava'daki Comenius Universitesi'nde görevli bir siyaset bilimci) "medenî *(civic)* ve millî ilkeler arasında bir ihtilaf" olarak tanımladığı duruma ilginç bir örnek oluşturmaktadır: Slovak Anayasası'nda bir yandan *"Büyük Moravya"*ya[11] ve "Cyril ve Methodius'un[12] ruhanî miraslarına" ve *"Slovak Ulusu"*na yapılan atıflar yer alırken; diğer yandan da *"ulusal azınlıklara ve etnik gruplara mensup kişilerin"* vatandaşlık tanımının ayrılmaz parçaları olduğuna dair hatırlatmalar görülmektedir.[13] Orta ve Doğu Avrupa Ülkeleri'ndeki anayasaların çoğunun başlangıç bölümleri, ulusların geçmişinde yer alan şanlı olaylara ilişkin olumlu çağrışımlarla dolu olup, bir yandan da *"sivil toplum"* kavramına yapılan göndermeleri içermektedir (aynen Litvanya ve Slovenya Anayasaları'nda olduğu gibi). Önde gelen bir Alman siyaset bilimci ve pek çok konunun ve bu arada Rusya anayasal siyasetinin de uz-

---

uzun kalması durumunda ise, *Prokrustes* tarafından yapılan vücut germe veya ayak kesme gibi işkenceler başlarmış. Kavram, günümüzde de kimi yazarlar tarafından tek biçimliliğin ve dogmatizmin ifadesi olarak kullanılmaktadır.

11 *ç.n.* - Büyük Moravya: 9. ve 10. yüzyıllar boyunca bugünkü Çek Cumhuriyeti ve Slovakya'nın yer aldığı topraklarda kurulmuş ve daha sonra yine bugünkü Macaristan, Polonya, Avusturya, Hırvatistan, Sırbistan, Romanya, Ukrayna ve Almanya topraklarının bir kısmını da içerecek şekilde genişlemiş olan Büyük Slav Devleti.

12 *ç.n.* - Aziz Cyril ve Aziz Methodius: 9. yüzyılda Selanik'te doğmuş ve özellikle bugünkü Orta ve Doğu Avrupa bölgesinde yaşayan Slav Toplulukların Hıristiyanlığı kabul etmelerinde önemli roller onamış iki kardeştir. Azizler, buna ek olarak, bilinen ilk Slav alfabesini geliştirmek gibi önemli kültürel katkılarıyla da hatırlanmaktadır.

13 Darina Malova, *"Slovakia: From the Ambiguous Constitution to the Dominance of Informal Rules"*, Zielonka, *op. cit.* içinde, ss. 347-377 s. 355-356.

manı olan Klaus von Beyme, anayasalarda görülen geçmişe dönük bu türden göndermeleri, bazı ülkelerin (Hırvatistan ve Slovakya da dâhil) *"varlıkları sürdürme konusundaki güvensizlikleri"* ile açıklamaktadır.[14] Von Beme'nin açıklamasıyla aynı derecede aklan uygun olan (ve onunla çelişmeyen) bir diğer açıklama da, söz konusu uygulamaları, yönlendirmeci *(manupilative)* siyasetin kolay ve ucuz bir yöntemi olarak algılamaktadır: Anayasa'nın o veya bu hükmü üzerinde çeşitli kuşkuları bulunan kişileri teskin etmek üzere girişilen bir tür halkla ilişkiler çalışması. Anayasaların çok genel ve belirsiz ifadelerle yüklü başlangıç bölümleri, çoğunlukla akılcı bir dizi uzlaşmanın sonucu olarak şekillenmektedir: Ancak, bu durumda da problem şudur ki, bazen bu bölümler, anayasa yapıcıların arzuları hakkında herhangi bir ipucu veremeyecek kadar anlamsızlaşmaktadır. Bu durumun muhtemelen en aşırı örneği, *"Yüce Varlığa"* göndermede bulunan Polonya Anayasası'nın Başlangıç bölümüdür. Dinî bir yaşam tarzını benimseyenler ile devletin çağdaş karakterini daha çok önemseyenler arasında varılan uzlaşmanın sonucu olarak, *"Biz Polonya Halkı"*, *"...gerçeğin, adaletin, iyiliğin ve güzelliğin kaynağı olarak Tanrı'ya inananlar"* ile "...bu inanışı paylaşmayan; ancak başka kaynaklardan gelen bu evrensel değerlere sahip çıkanlar" olarak ikiye bölünmüş durumdadır. Sonuçta, gerçek, adalet, iyilik ve güzellik ile kim iyi geçinmek istemez ki?

Böylece, geçiş dönemi anayasalarının karakteristiği, bir ulusun mensubu olma ile vatandaşı olma; etnik kimlikler ile çoğulcu liberal bir devlet modeli ve tarihsel temeller üzerine kurulmuş bir toplum ifadesi olarak anayasalar ile özgür ve eşit vatandaşlardan oluşan bir toplum ifadesi olarak anayasalar arasında ortaya çıkan müteredditgelgitler olarak şekillenmektedir. Ulrich Preuss'un endişeli bir biçimde gözlemlediği üzere:

"Orta ve Doğu Avrupa'da komünizm sonrası geçiş sürecini yaşayan ülkelerin, ulus devletin evrensel ilkeleri ile çok-etnili

---

[14] Klaus von Beyme, *"Institutional Engineering and Transition to Democracy"*, Zielonka, *op. cit.* içinde, ss. 3-24, s. 10.

WOJCIECH SADURSKİ'NİN TEBLİĞİ

toplumlarında ortaya çıkan ve aynı zamanda hem birleştirici hem de ayrıştırıcı işlev gören etnik tanımlama *(self-definition)* ve aidiyet *(self-identification)* dalgalarını uzlaştırmayı başarıp başaramayacakları halen belirli olmaktan uzak bir konudur".[15]

Bu gerilimin bir örneği olarak, Romanyalı hukukçu Renate Weber'in kendi ülkesindeki anayasa yapım sürecini tanımlama biçimini hatırlamak mümkündür. Romanya Anayasası, bir yandan ulusal azınlıkların haklarına ilişkin özel düzenlemeler içerirken; diğer yandan da Anayasa'nın çeşitli yerlerinde *"Romanya Halkı'nın bir bütün olduğu"* (m. 4/1), Romanya'nın bir *"ulus devlet"* olduğu (m. 1) ve *"yabancılar ile devletsiz insanların gayrimenkul edinme hakkından yoksun bulundukları"* (m. 41/2) gibi, Weber'in *"ulusalcı"* maddeler dediği[16] düzenlemeler göze çarpmaktadır. Bu düzenlemelerin bir kısmı, en azından kâğıt üzerinde, son derece zararsız görünmekle birlikte; Renate Weber'in dikkat çektiği, anayasa metninin Romanya'nın ulusal azınlıklarına ve özellikle de Macarlar'a karşı düşmanlık hisleri içeren katı bir milliyetçi söylemden etkilendiği hususu dikkate alındığında, çok daha sorunlu resim ortaya çıkmaktadır.

Buraya kadarki tartışmalarımız, Pitkin'in *"anayasa"* ile *"kim olduğumuz"* arasında ilişki kuran görüşlerini zımnen destekler niteliktedir. Başka bir ifadeyle, anayasalar toplumda hâkim olan ortak görüşleri, inanışları ve düşünceleri ifade etmektedir ve dahası, ifade etmeleri de gerekmektedir. Bu görüş, anayasaların resmî birer belge olmaktan ziyade, insanların benliklerinde yer alan ideolojik tutumları ifade eden metinler olduğunu savunmaktadır. Ne var ki, bu yaklaşım da eleştirilerden muaf değildir; bu bağlamda özellikle Cass Sunstein tarafından ortaya konulan karşı fikirlere değinmeden geçmek mümkün değildir:

---

15 Ulrich K. Preuss, *Constitutional Aspects of the Making of Democracy in the Post-Communist Societies of East Europe*, Bremen: Zentrum für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen 1993, s. 32.

16 Renate Weber, *"Constitutionalism as a Vehicle for Democratic Consolidation in Romania"*, Zielonka, *op. cit.* içinde, ss. 212-242, s. 234.

"Bir üstün hukuk biçimi olarak anayasaların, ait oldukları toplumun kültür ve töresiyle uygun olması gerektiği sıklıkla vurgulanan bir hususdur. Ancak, aslında doğru olan şey, bunun tam tersidir. Anayasaların, bir ön taahhüt *(precommitment)* stratejisi çerçevesinde, toplumların olağan yaşamları boyunca en sık karşılaştıkları sorunlara karşı kendilerini koruma amacına hizmet eden kurucu belgeler olarak görülmesi mümkündür. Bu yönleriyle anayasaların, bir toplumun içinde bulunan en sorunlu eğilimlere karşı durabilecek metinler olarak işlev görmesi gerekmektedir".[17]

Bu çalışma, Sunstein'in anayasaları ön taahhüt stratejileri olarak gören yaklaşımının[18] erdemlerini tartışmak veya anayasaların bir topluma hâkim olan ideolojilerin hayata geçirilmesi sırasında işlev gören fren mekanizmaları olarak görülmesini değerlendirmek için uygun bir yer değildir (bununla birlikte, burada değinilen sonucun her durumda ve mutlak olarak yukarıdaki öncüllerden hareketle oluşturulmadığını da ifade etmek mümkündür).[19] Bu yaklaşımın teorik çekiciliği bir yana, söz konusu önerinin uygulamada yaşama geçirilmesi çok güç görünmekte (böyle bir anayasayı *kimler* hazırlayacaktır?) ve Orta ve Doğu Avrupa Ülkeleri'ndeki anayasa hazırlık stratejileri de, buradaki aktörlerin Sunstein'in önerisini benimsemediklerini gözler önüne sermektedir. Bu duruma ilişkin en kuvvetli kanıt, Sunstein'in kendi makalesinde de ele aldığı sosyo-ekonomik haklar alanında bulunabilir.

Sunstein, bölgede geçerli olan ve devletin koruyucu işlevine aşırı güven şeklinde somutlaşan olumsuz gelenekler ile, bunun yansıması biçiminde ortaya çıkan ve bireysel gi-

---

17 Cass R. Sunstein, *"Against Positive Rights"*, *Eastern European Constitutional Review*, Winter 1993, ss. 35-39, s. 36.

18 Ön-taahhüt teorisi hakkında güçlü bir eleştiri için bkz. Jeremy Waldron, *"Precommitment and Disagreement"*, Larry Alexander, Der., *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge: Cambridge University Press 1998 içinde, ss. 271-299.

19 Bu cümleyi belki şöyle tamamlamak gerekir: Eğer bir toplumdaki hâkim ideoloji, o toplumun -özellikle de siyaseten gerilimli zamanlarda- sergilediği içten gelen duygusal tepkileri ile aynı çizgide yer alıyorsa; ön-taahhüt anayasalarının toplumu koruması gereken türden duyguları keşfetmiş olduğumuzu söyleyebiliriz demektir.

rişimlerin önünü tıkayan yerleşik tutumların sonucu olarak, komünizm sonrası anayasalarda pozitif haklara yer verilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Gerçekte karşılaşılan durum ise, söz konusu anayasalarda bu hakların son derece geniş bir biçimde *düzenlendiğidir*. Bu durumsa, Sunstein tarafından öngörülenlere ek olarak, çeşitli potansiyel sorunların doğumuna yol açmaktadır. Gerçekten, sosyo-ekonomik anayasal haklar konusunda benimsenen tutumlar, özgüven hisleri ile bireysel girişimleri kösteklemekten ziyade, medenî ve bireysel özgürlükler veya eşit muamele görme hakkı gibi daha *"geleneksel"* haklara da sıçramaktadır. Zira ilk grup hakların, doğaları gereği, mahkemeler önünde talep edilemeyen veya yeterli ölçüde talep edilemeyen nitelikler taşımaları ölçüsünde; bu hakların hayata geçirilmesi konusunda sergilenebilecek şövalyevari davranışların ikinci grupta yer alan hakları da etkileyebileceği görülmektedir. Bu zararlı etkilere karşı koyabilmek amacıyla, anayasa mahkemelerinin, bireylere kuvvetli ve açık *talep yetkileri veren* hakların icra edilme biçimleri ile, izlenecek kamu siyasetinin çerçevesini çizen ve mahkemeler aracılığıyla doğrudan doğruya uygulanma imkânı bulunmayan haklar arasına ilkesel çizgiler çekmek üzere bir dizi stratejiyi uygulamaya koymuş oldukları anlaşılmaktadır.[20] Sonuç olarak, sosyo-ekonomik haklara yapılan göndermeler, hükümetlerin takip ettiği sosyo-ekonomik siyasetlerin iyilik veya kötülüğü konusunda hükümler vermekten ziyade, ayrımcı veya keyfî nitelik taşıyan yasama ve yürütme işlemlerinin anayasaya aykırılıklarını saptamak amacıyla kullanılmaktadırlar.

Bir süreç olarak Anayasa

Pitkin'in listesinde *"anayasa"* teriminin ikinci kullanılışı, kavramın *yaptığımız* şeyleri ifade eden anlamına denk düşmektedir: Bu anlamda *"anayasa"*, isimleşmiş bir fiil olarak, *"inşa etme fiiline – yani, bir şeyleri tekrar kurma, çerçeveleme ve şekillendirme eylem ya da aktivitesine"* denk düşmektedir[21] (*"Anayasa"* kavramını, bir şeyleri inşa etme faaliyetine eşdeğerliliği içinde

---

20 Bkz. Sadurski, *Rights*, ss. 173-76.

21 Pitkin, *op.cit.*, s. 168.

düşünün).[22] Şu hususu büyük bir kesinlikle biliyoruz ki, anayasaların siyasaları *"kurması"* ancak nadiren rastlanan bir durum olup, burada da farklı derecelerden söz etmek mümkündür. Anayasa teorisyenleri arasında, anayasaların belli siyasî yaşam biçimleri kurma konusundaki etkisini abartan talihsiz bir eğilimin bulunduğu görülmektedir. Bazı klâsik anayasaların gerçekten de kurucu nitelikteki belgeler olduğu gerçektir: Bunlar, tümüyle yeni bir siyasanın yaratılması aşamasında karşımıza çıkmaktadırlar. Birleşik Devletler Anayasası ile Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, bu tarz *"oluşturucu" (originating)* anayasalara örnek olarak gösterilebilir. Ne var ki, yeni bir toplumun gerçekten de kurucu belgesi aracılığıyla *"doğması"*, insanlık tarihinde benzerine ancak nadiren rastlanan bir durumdur. Orta ve Doğu Avrupa Ülkeleri'nde komünizmin çöküşünün ardından yaşanan anayasa yapımı süreçlerinde, çeşitli anayasal organlar tarafından ortaya konulan meşakkatli çabaların bir siyasî yapının gerçek anlamda kurulmasına yol açan *volonté général*[23] benzeri bir durum olarak görülebilmesi içinse, hayal gücünün sınırlarının epey zorlanması gerekmektedir. Michel Rosenfeld, yakın tarihlerde yayımlanan kitabında, altı farklı anayasa-yapım modeli bulunduğundan söz etmektedir: Devrim temelli model (Fransız ve Amerikan Devrimleri'nin ardından görülen örnekler gibi), *"görünmez"* Britanya modeli, savaş-temelli model (İkinci Dünya Savası sonrasında yazılan Alman ve Japon Anayasaları gibi), pakta dayalı geçiş modeli (İspanya, Orta ve Doğu Avrupa Ülkeleri ile Güney Afrika Anayasaları gibi), ulus aşırı model (Avrupa Anayasacılığı gibi) ve uluslararası güç eksenli model (İkinci Körfez Savaşı sonrasında ortaya çıkan Irak Anayasası gibi).[24]

---

22 *ç.n.* – Yazar, burada *"anayasa"* kavramının İngilizce karşılığı olan *"constitution"* kelimesinin kökenbilimine (etimolojisine) gönderme yapmaktadır. *"Constitution"* isminin türetildiği *"constitute"* fiili, İngilizce'de *"kurmak/inşa etmek"* anlamına gelmekte olup; buradan hareketle metinde, dilimizdeki *"anayasa"* kelimesinin kökünde herhangi bir fiil yer almadığı için Türkçe'ye aynen aktarılmayacak bir söz oyunundan yararlanılmaktadır.

23 *ç.n.* – Yazar, burada Rousseau'nun *"genel irade"* kavramına göndermede bulunurken, kavramın İngilizcesi'ni *(general will)* değil, orijinal Fransızcası'nı *(volonté général)* kullanmayı tercih etmektedir.

24 Michel Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject*, Routledge:

WOJCIECH SADURSKİ'NİN TEBLİĞİ

Daha ilk bakışta görülebileceği üzere, bu modeller arasında büyük farklılıklar bulunmakta ve bu farklılıklar, yeni anayasaların, *ex nihilo*[25] olmak yerine ne derece *"yol bağımlısı" (path dependent)* olduklarına ilişkin ayrımları da içermektedir. Dahası, Rosenfeld'in yukarda alıntılanan bu altılı ayrımına ek olarak, Fransa'da görülen ve parlamenter hükümet sistemine dayanan Dördüncü Cumhuriyet'ten (getirdiği bütün değişiklikler rağmen, siyasî sistemin doğasında bir değişiklik öngörmeyen) Beşinci Cumhuriyet'in yarı başkanlık modeline geçilmesi örneğinde olduğu gibi, yasal reformlar yoluyla ortaya konulan bir anayasa yapım sürecinden bahsetmek de mümkündür.

Anayasalar, geçmişlerinde yer alan olayların ve eski anayasaların olumsuz mirasını üzerlerinde taşımakta olup, tümüyle yeni ve beyaz sayfalar üzerine yazılan metinler biçiminde ortaya çıkmamaktadırlar. Bu durum, geçmişleri ile basit ve net kopuşlar yaşamayan geçiş dönemi rejimleri içinse özellikle doğrudur. Gerçek anlamda *"oluşturucu"* anayasaların (tekrarlamak gerekirse, anayasa tarihinde pek az rastlanan bu oluşumların) aksine, geçiş sürecini yaşayan siyasî sistemlerin anayasaları çift yönlü karakter özellikleri göstermektedir: Bir yönleri geleceğe bakarken, diğer yönleri de geçmişin tamamlanmamış işlerinin izlerini taşımaktadır. Bu anayasalar, unutulmak istenen bir geçmiş ile bugün ve yarın arasında bir çizgi çizmeyi amaçlayan ve *"kendi kendini sınırlayan" (self-constraining)* veya (ilk olarak Timothy Garton Ash tarafından ortaya atılan bir neolojizmle söylenecek olursa) *"yumuşak" (refolution)*[26] devrimlerin[27] getirdiği bütün muğlâklık, tereddüt ve tavizlerin izlerini taşımaktadırlar. Sonuç olarak, geçiş

London 2010, bölüm 6.

25 *ç.n.* - Ex nihilo: Latince terim, metinde *"tümüyle sıfırdan, hiç yoktan inşa edilmek"* anlamında kullanılmaktadır.

26 *ç.n.* - Yazar, burada *"devrim"* kavramının İngilizce karşılığı olan *"revolution"* kelimesinden türetilen bir kelime oyunu yapmaktadır. Bu bağlamda, kelimenin üçüncü harfi olan *"v"* harfinin *"f"* harfiyle değiştirilmesiyle elde edilen "refolution" kelimesi, *"yumuşak"* sıfatının İngilizce karşılığı olan *"soft"* kelimesini çağrıştırarak, daha yumuşak bir değişim sürecine işaret etmek için kullanılmaktadır.

27 Bkz. Timothy Garton Ash, *The Polish Revolution*, London: Granta 1989, s. 276.

süreçlerinde devamlılık ve değişimin bir arada var olması, geçiş dönemi anayasalarının kaçınılmaz şekilde belirsizliklerle yüklü olmasına yol açmaktadır. Geçiş dönemi anayasacılığının dikkatli gözlemcilerinden biri olan Ruti Teitel, bu konuda şu değerlendirmeyi yapmaktadır:

"Kadife devrimler, genellikle geçmişle kesin bir kopuş içermemektedirler; bu da, anayasal değişimlerin en temel ve derin konulara uzanan bir nitelik kazanmasını engellemektedir".[28]

Anayasaların *yaptığımız* şeyler olarak algılanması, sonuçta varılan noktalardan bağımsız olarak, dikkatimizi *anayasal sürecin* bizzat kendisine çekmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Orta ve Doğu Avrupa'da 1980'lerde ortaya çıkan anayasa yapım süreçleri ile ilgilenen anayasa hukukçuları da dâhil olmak üzere pek çok akademisyen, kayda değer bir biçimde, anayasa yapım sürecinin sahip olduğu neredeyse bağımsız role dikkat çekmektedir. Anayasaların her zaman siyasaları *oluşturmak* gibi rollerinin olmadığı açık olsa da; anayasa yapım sürecinin, çeşitli toplumsal aktörlerin ifa ettikleri rollerin açıklanmasında ve bu aktörlerin, kendilerini anayasa yapım süreci çerçevesinde tanımlamalarına ciddî bir katkısı olduğu şüphesizdir. Robert Elgie ve Jan Zielonka'nın belirttiği üzere, anayasa yapım sürecinde *"sürecin kendisi, en azından ulaşılan sonuçlar kadar önem taşımaktadır".*[29] Bu noktada *zaman* faktörünün önemi göze çarpmaktadır: Bir anayasa yapım sürecinin arkasında yatan *longue durée*'nin[30] her durumda ve mutlak olarak kötü bir şey olduğunu ileri sürmek doğru görünmemektedir. Bu bağlamda, yeni bir anayasanın yapım sürecini yalnızca ortaya konan metnin kalitesi bağlamında değerli kabul etmek, hatalı bir tutum olacaktır. Aksine,

---

[28] Ruti Teitel, *"Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation"*, *Yale Law Journal* 106 (1997), ss. 2009-2080, s. 2068.

[29] Robert Elgie ve Jan Zielonka, *"Constitutions and Constitution-Building: A Comparative Perspective"*, Zielonka, *op. cit.* içinde, ss. 25-47, s. 34.

[30] *ç.n.* - longue durée: Terim, ilk olarak Fransız Annales Okulu'nun tarih çalışmalarından kaynaklanmış olup; karşılaşılan olguların açıklamasında yakın tarihli veya güncel olayların etkisinden ziyade, uzun dönem tarihsel yapıların dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır.

WOJCIECH SADURSKİ'NİN TEBLİĞİ

bu sürecin, uzlaşmaları teşvik etme, ulusun ortaya çıkardığı kurumların meşruiyetini kuvvetlendirme ve topluluğun dikkatini *"kamusal iyilik"* kavramı üzerine yapılan tartışmalara çekme bağlamında, içkin bir değer de taşıdığını vurgulamak gerekmektedir. Tam bu nokta, aynı zamanda *"ortak aklın" (public reason)* kurgulanabileceği bir nokta olarak da karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten, uzun bir anayasa yapım sürecinin taşıdığı değerlerden biri de, anayasada yer alacak değerler ve usuller üzerinde geniş bir toplumsal uzlaşmayı (garanti etmese bile) teşvik etmesidir. Sürecin bu müzakereci katkısı üzerindeki vurgu, anayasa teorisindeki cumhuriyetçi geleneğin dirilişiyle ortak bir tınıya sahiptir. Bu yaklaşımın çağdaş savunucularından birinin sözleriyle ifade edilecek olursa, söz konusu yaklaşımda

"Yasama sürecinin ürünleri ikincil nitelik arz etmektedir. Önemli olan, bu sonuçlara (...) müzakere yöntemi ile ulaşılmış olmasıdır".[31]

Hiç kuşku yok ki, hızlı ama yüzeysel bir biçimde yapılan *(quick-fix)* anayasalara karşı bir dizi bağlam-duyarlı *(context-sensitive)* gerekçeler ortaya koyan ve kolayca göz ardı edilemeyecek nitelik taşıyan bazı görüşler de bulunmaktadır. Ulaşılan sonuçlar, sürecin değerini ortaya koyma konusunda tek başına geçerli olan ölçüt olmasa da, tümüyle görmezden gelinebilecek unsurlar olarak da değerlendirilmemelidir. Bağlam-duyarlı bu tür zorluklar, özellikle zaman sorununun öncelikli bir hal aldığı kimi durumlarda, anayasa yapıcıların, Letonya örneğindeki gibi, komünizm öncesi dönemden kalma eski anayasaları diriltme yolunu seçtiği durumlarda ortaya çıkmaktadır. Yukarıda yapılan bir başka alıntının da sahibi olan Leton akademisyen Adolf Sprudzs'un ortaya koyduğu üzere:

---

[31] Cass R. Sunstein, *"Interest Groups in American Public Law"*, *Stanford Law Review* 38 (1985), ss. 29-87, s. 58. Burada ayrıca, Sunstein'in bu gözleminin anayasa yapım sürecine ilişkin olarak değil ama olağan yasama sürecine ilişkin olarak ortaya konulduğunu da not etmek gerekmektedir.

"1922 Anayasası'nın yeniden kabulüne dayanan bu hızlı ama yüzeysel çözüm, gerçekte kurumsal mühendislik sürecini şiddetlendirmiş ve demokrasinin pekişmesini yavaşlatmıştır".[32]

Diğer taraftan, gittikçe uzayan bir anayasa hazırlık sürecinin de kendi elverişsizlikleri bulunmaktadır: Uzun bir sürecin teşvik edeceği meşruiyet artışı ve derin kamusal tartışma atmosferi, bu sürecin yol açabileceği istikrarsızlıkların gölgesinde kalabilir. Böyle bir tercihin, bir yandan da anayasa yapım sürecinin aşırı derecede *"siyasallaşmasına"* yol açma tehlikesi bulunmaktadır. Bu kavramla ifade etmek istediğim şey, anayasa yapım sürecinin günlük siyasetin ağlarına takılması ve ortak yararlara ulaşmayı amaçlayan bir tartışma olma niteliğini tümüyle yitirmesidir. Bunun sonucu ise, pratik çıkarlar ile hizipsel tercihlerin, *"değerler"* üzerinde yaşanması beklenen bu tartışmanın içine sızarak onu kötürümleştirmesidir.

Bazılarının bizatihi anayasacılığın bir örneği olarak gördüğü, anayasal siyaset ve günlük siyaset arasındaki ikiliğin altı, kimi durumlarda olumsuz sonuçlar doğuracak şekilde oyulmaktadır. Böyle durumlarda anayasacılık, çıkar gruplarının kısa yoldan kazanç sağlama *(rent-seeking)* heveslerinden (göreceli olarak) bağışık olma niteliğini yitirmekte ve bu gruplar, sürece hâkim olarak anayasa hükümleri salt kendi bireysel ihtiyaç ve çıkarları için yönlendirmeye muktedir hale gelmektedirler. Jon Elster'in sözleriyle:

"Anayasacılık (...) ulusların tarihinde, derin ve ilkeli tartışmaların, günlük çoğunlukçu siyasetin partiler arası pazarlıklar ve siyasetçiler arası yardımlaşmalarla tanımlanan niteliğinin yerini aldığı ve yapılan tartışmaların, gelecekteki siyasî çoğunlukları sınırlayacak ilkeleri keşfetmek amacına yöneldiği nadir anlara karşılık gelmektedir".[33]

---

[32] Sprudzs *op. cit.*, s. 140.

[33] Jon Elster, *"Introduction"*, Elster ve Slagstad, *op. cit.* içinde, s. 6 (dipnot çıkarılmıştır).

WOJCIECH SADURSKI'NİN TEBLİĞİ

Üzülerek ifade etmek gerekir ki, bu tanımlama biçimi, komünizmin çöküşünden sonra Orta ve Doğu Avrupa Ülkeleri'nde görülen anayasa yapım süreçlerinin gerçek niteliğini ortaya koymanın yanından bile geçmemektedir. Aksine, buralarda karşılaşılan olgu, anayasa yapım sürecinin fazlasına uzamasının sonucu olarak, ilkeler üzerindeki tartışmaların *"partiler arası pazarlıklara ve siyasetçiler arası yardımlaşmalar"*a kurban edilmesi olmuştur. Anayasa yapım süreci gündelik siyasetin ağına düşen abartılı bir sürece dönüşmeye başladığı andan itibaren, kaçınılmaz bir şekilde olağan yasama sürecine benzemekte ve yasama sürecine eşlik eden ve süreci kontrol eden siyasî aktörler için mümkün olan en yüksek geri dönüşleri sağlama üzerine kurulan çıkarcı davranışlar, çok yüksek bedeller ödenmesinin kuvvetle muhtemel olduğu durumlar haricinde, yeniden kural haline gelmektedir. Bu, anayasa yapım sürecinin *"olağan siyaset"* görünümüdür.[34] Macar anayasa hukukçusu Istvan Szikinger, anayasa yapım sürecinin gündelik siyasetin ağlarına dolandığı ve teklif edilen anayasa değişikliklerinin, plânlanan bazı yasa değişikliklerini meşrulaştırmak için gündeme getirildiği durumların (yani, olması gerekenin tam tersi durumların) bir örneğini vermektedir. Bu gelişmelerin sonucunda;

"Siyaseti sınırlamaktan ziyade onun amaçlarına hizmet eder hale gelen esnek bir anayasa, anayasa yapıcılar tarafından tasarlanan tüm kurumsal mühendislik çalışmalarının altını oymaya başlar; zira anayasallaştırılmış iktidarın iktidar yapısının dikkate alınmasından vazgeçilmiştir".[35]

Bütün bu tartışmalardan çıkan sonuç, dikkat ve bağlamsal duyarlılık konusundaki düşünceleri desteklemektedir: Anayasa yapımında *"ne kadar çabuk, o kadar iyi"* şeklinde formüle edilebilecek bir soyut algıdan söz etmek olanaksızdır.

---

[34] Bkz. Enrico Colombato ve Jonathan Macey, *"A Public-Choice View of Transition in Eastern Europe"*, *Economia delle Scelte Pubbliche* 2/3 (1994), ss. 113-132.

[35] Istvan Szikinger, *"Hungary's Pliable Constitution"*, Zielonka, *op. cit.* içinde, ss. 406-430, s. 414 (dipnot çıkarılmıştır).

Doğru zamanlama, koşullara bağlı olarak saptanabilecek bir husus olup, çoğu zaman ancak olayların üzerinden belli bir süre geçtikten sonra tam olarak anlaşılabilmektedir. Süratin çok hayatî bir önem kazandığı bazı özel durumların ortaya çıkması da mümkündür: oluşum halindeki kimi devletlerin, uluslararası arenada egemenlik ve bağımsızlıklarını etkili bir biçimde ortaya koyabilmek için anayasalara ihtiyaç duydukları koşullar, bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Litvanyalı akademisyen Nisa Delazis da tam bu noktaya dikkat çekmekte ve komünizmin çöküşü sonrasında bağımsızlıklarına kavuşan her üç Baltık Devleti ile Slovakya ve Slovenya'nın anayasalarını oldukça hızlı bir biçimde kabul etmiş olmalarının, *"Rusya tarafından yeniden ilhak edilme ihtimaline karşı koymak amacıyla (...) girişilen bir meşruiyet artırımı çabası..."* olarak yorumlanabileceğini belirtmektedir.[36] Bununla birlikte, demokrasiye geçişinin ardından tümüyle yeni bir anayasa yapılmasının sekiz yıl sürdüğü Polonya ile halen yeni bir anayasa kabul etmemiş olan Macaristan'da da işlerin bu yüzden kötüye gittiğini gösteren herhangi bir delil bulunmamaktadır. Istvan Szikinger'in da gözlemlediği üzere, Macaristan'da yeni bir anayasanın bulunmamasının bir *"trajediye"* yol açtığını söylemek mümkün değildir.[37] Bu konuda çok daha güçlü yargılardan da söz etmek olasıdır: Buna göre, eski ancak büyük değişiklikler geçirmiş bir anayasa ile Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarından oluşan *"görünmez bir anayasa"*nın birleşimi, Macaristan'ın ihtiyaçlarını karşılama konusunda tümüyle yeni bir anayasanın gösterebileceğinden çok daha iyi bir performans sergilemektedir.[38]

---

[36] Nida Gelazis, *"Institutional Engineering in Lithuania: Stability through Compromise"*, Zielonka, *op. cit.* içinde, ss. 165-185, s. 165.

[37] Szikinger, *op. cit.*, s. 430.

[38] Macar anayasa siyasetinin önde gelen bir ismi ve Anayasa Mahkemesi'nin ilk Başkanı (ve bugün de Cumhurbaşkanı) olan László Sólyom, (Andrew Arato'nun belirttiği kadarıyla) şöyle demektedir: *"Kuşkusuz ki değişikliklere açık olan [ve nitekim değiştirilmiş de bulunan eski] anayasa, anayasacılığın mümkün olan en yüksek seviyede gelişebilmesi için yeterli bir temel oluşturmaktadır. (...) Bütünüyle yeni bir anayasa, mevcut olan anayasadan ancak daha kötü bir anayasa olabilir"*. Andrew Arato, *"Constitution and Continuity in the Eastern European Transitions: The Hungarian Case (Part*

WOJCIECH SADURSKİ'NİN TEBLİĞİ

Bütün bunlardan hareketle denilebilir ki, geçiş dönemi toplumlarının karşılarına çıkan ve kaçırdıkları takdirde ciddi bedeller ödeyecekleri iddia edilen alışılmadık ve kısa ömürlü fırsat pencerelerini ifade etmek üzere ortaya atılan *"anayasa yapma zamanı" (constitutional moments)* teorisine şüpheyle yaklaşmak gerekmektedir. Kavramı ilk olarak ortaya atarak üne kavuşturan ve daha sonra Orta ve Doğu Avrupa Ülkeleri'ndeki anayasa yapım süreçlerini de bu kavram ekseninde değerlendiren Bruce Ackerman'ın sözleriyle ifade edilecek olursa:

"(Orta ve Doğu Avrupa Ülkeleri'ndeki) devrimcilerin ilk ve en önemli önceliği, ekonominin serbestleştirilmesi veya bir sivil toplum inşası değildir. Liberal devrimleri anayasallaştırmak için açılan fırsat penceresi, genellikle sanıldığından daha kısa ömürlüdür. Anayasa yapma zamanından yararlanma avantajı kaçırıldığı takdirde, bu fırtsat tümüyle kaçırılmış olabilir".[39]

"Anayasa yapma zamanı" kavramıyla ilgili bir sorun da, bunların hangi zamanlara tekabül ettiğinin, genellikle ancak söz konusu zamanlar geçtikten sonra bilinebiliyor oluşudur. Bu bağlamda karşımıza çıkan bir diğer problem de, bunların ne kadar *"kısa"* olduğudur. Bir yorumcunun işaret ettiği gibi:

"Amerikan Devrimcileri/anayasa yapıcılarının ulusal hükümet için sürdürülebilir bir anayasal çerçeve oluşturma çabası, Devrimci Savaş'ın sona ermesinden sonra beş yıl sürmüştü. Komünizm sonrası Polonya'da ise bu süre sekiz yıl olarak gerçekleşti. Her iki durumda da, anılan süreçlerin kolay olduğunu ifade etmek mümkün değildir".[40]

Bütün bunların da ötesinde, *"anayasa yapma zamanı"* ile ilgili daha temel bir endişeyi de dile getirmek gerekmektedir:

Two)", Irena Grudzińska Gross, Der., *Constitutionalism and Politics*, Bratislava: European Cultural Foundation, 1993 içinde, s. 276

39 Bruce A. Ackerman, *The Future of Liberal Revolution*, New Haven: Yale University Press, 1992, s. 46-47.

40 Daniel H. Cole, *"From Renaissance Poland to Poland's Renaissance"*, *Michigan Law Review* 97 (1999), ss. 2063-2102, s. 2093.

bu kavram, bir toplumun tarihinde, Ulus'un bizzat kamusal arenaya adım attığı ve kendi sesiyle konuşmak üzere, daha önceden temsilcilerine vermiş olduğu iktidarı bizzat üstlenerek kullandığı zaman aralıklarını ifade etmektedir. Bu yaklaşım, bu sıra dışı zamanlar boyunca, Ulus'un temsilcilerine vermiş olduğu yetkiyi geri alarak, oyunun kurallarını ve temel değerlerini *"Halk Olarak bizler" (We the People)* sıfatıyla saptadığını ileri sürmektedir. Belki de üzüntü duyulacak bir biçimde, Orta ve Doğu Avrupa Ülkeleri'nin yaşadığı geçiş süreci boyunca bu türden bir zaman diliminin ortaya çıkması söz konusu olmamıştır. *"Halk Olarak bizler"*, Ağustos 1980'de Gdansk Tersanesi'nde ve daha sonra 1988 grevleri esnasında, 1989'da Prag sokaklarında ve yine 1989'da Timisoara'da ses vermiştir; ancak bu seslerin, anayasa yapım sürecinde yankılanan sesler olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Geçiş sürecinin kurumsallaşmasına giden yolu açan gerçek kurucu belgeler, yuvarlak masa toplantılarında ulaşılan anlaşmalar ile bunlara eşlik eden gizli pazarlıklar olmuştur. Varşova ve Budapeşte'de görülen bu türden gelişmeler, birkaç yıl sonra Güney Afrika'da da karşımıza çıkmıştır.[41] Tüm bunlar, doğrudan ve devrimci bir öz yönteminin örnekleri olmaktan ziyade, *"pakta dayanan anayasa yapım"* örnekleri olarak şekillenmiştir.[42]

Bu örneklerde çeşitli pazarlıklar sonucunda gerçekleşen geçiş süreçleri, başarılarını kamusal müzakerelerin derinliğine *değil*; aksine, göreceli bir gizliliğe ve buna eşlik eden kamusal tartışmaların kapsamının sınırlı tutulmasına borçludur. Bütün bu süreçler, güçlerini kaybeden seçkinler ile o dönemde yeni yeni güçlenmeye başlayan seçkinler arasındaki bir uzlaşmanın tüm özelliklerini taşımaktadır. Istvan Szikin-

---

41 Aralık 1991'de başlayan ve Mart 1993'teki Çok Taraflı Müzakere Süreci (MPNP) tarafından izlenen *"Demokratik Güney Afrika Konvansiyonu (CODESA)" görüşmeleri, alenî olmakla birlikte, katılımcılardan birinin de belirttiği üzere; "Müzakere Konseyi'nin oturumları, daha çok başka yerlerde yapılan anlaşmaların resmen onaylanmasının sağlanmasına yönelikti"*. Burada geçen *"...başka yer..."* ifadesinin ise Hükümet ile ANC arasındaki iki taraflı görüşmeler olduğu açıktır. Bkz. Hugh Corder, *"Towards a South African Constitution"*, *Modern Law Review* 57 (1994), ss. 491-528, s. 503.

42 Bkz. Rosenfeld, *op. cit.*, ss. 197-201.

WOJCIECH SADURSKİ'NİN TEBLİĞİ

ger, bizlere *"Macaristan'ın, resmî olarak eski; ama Yuvarlak Masa görüşmeleri sonucunda varılan uzlaşmaları kabul ederek yasalaştıran son Komünist Parlamento'nun faaliyetleri sonucunda içerik olarak yepyeni bir anayasaya sahip olduğunu"*[43] hatırlatmaktadır. Üstelik bu değişikliklerin hiçbiri ne kamuoyunda geniş bir biçimde tartışılmış, ne de referanduma sunulmuştur. Hiç kuşku yok ki, bu noktada komünizmden demokrasiye geçişin özel koşullarının sokaktaki vatandaşlar tarafından kararlaştırılmadığından hareketle hayıflanmak mümkün olabilir[44]; ne var ki, böyle bir Halk İktidarı özleminin tarihsel gerçekleri görmezden gelmek anlamını taşıyacağı da açıktır. Böyle bir tutum, kurumlar üzerine çalışan herkesin pek iyi bildiği bir gerçeği de görmezden gelmek anlamına gelecektir: belli süreçleri *mümkün kılmak* için, kurumların, sistemdeki aktörlerin belli tercih ve davranış örüntülerini *yasaklaması* gerekmektedir. 1989 yılında Orta Avrupa'da gerçekleşen bir seri uzlaşmanın, ancak, düzenlenen Yuvarlak Masa toplantılarının toplumsal baskılardan kısmî olarak yalıtılmalarıyla elde edilebildiğini unutmamak gerekmektedir.

Anayasacılık ve Siyasî Söylem

"Anayasayı", bir eylemden ziyade bir süreç; *sahip olduğumuz* veya *olduğumuz* bir şeyden ziyade *yaptığımız* bir şey olarak ele aldığımızda, anayasanın siyasî söylemi gerçekte hangi yollarla etkilediğini ve dönüştürdüğünü de dikkate almak büyük önem taşımaktadır. Bir anayasa, siyasî aktörler tarafından seslendirilen siyasî talepleri, iddiaları ve ifadeleri dönüştürmek suretiyle *"yaşar"* – yani basit bir yazılı metin olmanın ötesine geçerek, devam eden bir süreç halini alır. Siyasetin anayasallaştırılması, anayasa olmasaydı asla dile getirilmeyecek

---

43 Szikinger, *op. cit.*, s. 407.

44 Andrew Arato'nun ifadesiyle: *"Sürekli bir geçiş döneminde, halk durağanlaştırılır, kendi kurtuluşuna katılamaz, demokratik cumhuriyetin kendi eseri olduğunu düşünemez (...) Yeni anayasa, demokratik bir katılım sonucunda ortaya çıkmamıştır"*. Bkz. Andrew Arato, *"Constitution and Continuity in the East European Transitions"*, Irena Grudzińska Gross, *op. cit.* içinde, s. 164 (dipnot çıkarılmıştır).

olan belli tür tezlerin, anayasanın işlevselliğinin bir sonucu ve türevi olarak dile getirildiği ve diğer bazılarınınsa, salt yürürlükte olan bir Anayasa'nın varlığı sebebiyle terk edildiği, reddedildiği veya görmezden gelindiği bir ortamda söz konusu olur. Anayasal prensipler siyasî aktörlerin akıllarına yerleştiği ve kamusal alanda dile getirdikleri talepleri etkilediği oranda, söz konusu anayasanın ülkede geçerli olan siyasî süreç tarafından içselleştirildiğini ifade etmek mümkün hale gelir.

Belli bir ülkede geçerli olan siyasî söylem biçiminin, anayasal tefhimler ve özellikle de anayasal haklar katalogu tarafından kayda değer ölçüde dönüştürülüp dönüştürülmediği sorusu, ancak ülke bazında yapılacak değerlendirmeler sonucunda cevaplanabilir. Bununla birlikte, bir husus daima aşikârdır: Anayasallaşma, kendi kendine yürüyebilen bir süreç değildir. Bu bağlamda, siyasî aktörlerin gündelik siyasetin olağan konuşmaları yerine anayasal bir söylem benimsemeleri için, anayasallaşmanın belli bir görev tanımı, saikleri ve bunları hayata geçirmeye uygun bir yapılanmaya sahip belli organlar tarafından yönlendirilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, belli başlı aktörleri o an için geçerli olan çıkarla, tercihler ve kısa-vadeli beklentiler üzerinden değil ama anayasal değerler üzerinden düşünmeye ve söylem üretmeye teşvik etmeye elverişli kurumsal cihazların mevcut olması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemeleri, bu rolü oynamak için görünen en belirgin adaylardır. Konuya Orta ve Doğu Avrupa Anayasa Mahkemeleri açısından bakıldığında, komünizm sonrasında kurulan ve anayasa yargısı işlevini üstlenen organların değeri hakkında bölge içinde ve dışında yerleşik anayasa hukukçuları tarafından abartılı sayılabilecek olumlamalar sergilendiği görülebilmektedir.[45] Pek çok durumda, bu mahkemelerin

[45] Orta ve Doğu Avrupa Anayasa Mahkemeleri hakkında bu türden eleştirel olmayan bir yaklaşım örneği için bkz. Herman Schwartz, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, University of Chicago Press, 2000. Schwart'ın kitabı ile örneklenen bu yaklaşım hakkındaki (ılımlı) eleştirim için bkz. Wojciech Sadurski, Book review, *I.CON* 1(2003), ss. 159-162.

WOJCIECH SADURSKI'NİN TEBLİĞİ

neredeyse komünizm sonrası siyaset arenasının kasvetli yüzeyinde rastlanan tek erdemli varlıklar olarak tasvir edildiği bilinmektedir. Dahası, anılan organlar, baskıcı bürokrasilere karşı bireysel hakların savunucuları, cahil yasama organlarını sınırlayan aydın kuruluşlar ve kendi çıkarlarından başkasını düşünmeyen bencil siyasî seçkinler karşısında duran tarafsız aktörler olarak da tanımlanmışlardır. Bu abartılı yaklaşımın en büyük sebebi ise şudur: Esasen hukukçular tarafından ve yine hukukçular için, kendinden son derece hoşnut bir ideoloji inşa edilmiş ve bu ideoloji, demokratik yollarla alınan kararları geçersiz kıldığı için özü itibariyle tartışmaya açık olan kurumların meşruiyetini kuvvetlendirmek için kullanılmıştır. Fakat burada anlatılanlar, elbette ki anayasa mahkemelerinin, siyasetin anayasallaşmasına katkı *sağlamadıkları* anlamına gelmemektedir. Objektif bir analistin belirttiği üzere, çoğu durumda bölgede kurulan anayasa mahkemeleri, siyasî söylemleri etkileyerek ve onların içine anayasal kaygılar gözetme alışkanlığını aşılayarak gerçek anlamda bir fark yaratmayı *başarmışlardır*. Bu gelişmenin iyi veya kötü bir şey olarak değerlendirilmesi ise, en nihayetinde bizleri bu çalışmanın en başında ele alınan bir hususa döndürmektedir: Anayasacılık, siyasetin kurumsallaştırılmasına aracılık eden yöntemlerden biri olarak, olumlu ve olumsuz yansımaları olan bir süreçtir. Kitabımda da ileri sürdüğüm üzere:

"Anayasal hakların ışığında, yasama organından çıkan yasaların etkin bir yargı denetimine tâbi tutulmasının olumsuz bir öğretici etkisi olabilir: Böyle bir olgu, en genel anlamıyla haklar tartışmasının yalnızca hukukçulara açık muğlâk bir etkinlik olduğu ve siyasî değerler tartışmasının, ne halkın ne de seçilmiş temsilcilerin denetimine açık olan özgün birer hak söylemine dönüştüğü algısının yerleşmesine sebep olabilir... Böyle olunca da anayasal söylemler, kamusal tartışmalara yapılan bir katkı olmaktan ziyade, bunun üzerine eklenen (ve anayasa mahkemelerinde görevli hukuk uzmanları tarafından belirlenen) dışsal sınırlamalar olarak görülür".[46]

---

[46] Sadurski, *Rights*, s. 298. Karşı görüşü savunan yeni tarihli bir kitap için

Sıkı bir anayasaya uygunluk denetimi konusunda sorulması gereken diğer bazı zor sorular da bulunmaktadır: Acaba *"yargısal uzantı"*, yasama organları üzerinde, sorumsuzluk olarak nitelendirilebilecek davranışların doğmasını teşvik eden ters etkilerde bulunuyor mudur?[47] Acaba anayasa mahkemelerinin gücü, yasama organlarının otoritesini azaltıyor mudur?[48] Veya anayasa mahkemelerinin (anayasalarda yer alan sosyal ve ekonomik haklarca mümkün hale gelen) sosyo-ekonomik alana müdahaleleri, demokratik olarak seçilmiş parlamento ve hükümetlerin sosyal siyaset oluşturma kabiliyetlerini ciddi ölçüde zarara mı uğratmaktadır?[49] Bu riskler, anayasa mahkemelerinin yargısal faaliyetlerinin olumlu ve olumsuz sonuçları dikkate alınarak ölçülmeli ve dengelenmelidir. Sonuç olarak, karşımızda karmaşık bir resim bulunmaktadır. Ne var ki, anayasallaşmanın kaçınılmaz yararlarının ve maliyetlerinin olduğunu söylemek, bunların son tahlilde birbirini götürdüğü anlamına gelmemektedir. Durum bunun tam tersidir: Orta ve Doğu Avrupa'da siyasetin anayasallaştırılması, dünya çapında görülen diğer pek çok geçiş dönemindekine benzer şekilde, demokrasiye geçiş sürecini ve demokrasinin pekişmesini (başlatmasa da) kolaylaştıran faktörler olarak işlev görmüştür.

* * *

bkz. Ferreres Comella, *Constitutional Courts and Democratic Values*, Yale University Press 2009.

47 Genel olarak bkz. Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press 1999.

48 Bkz. Stephen Holmes, *"Back to the Drawing Board"*, *East European Constitutional Review* 2 (1993), ss. 21-23.

49 Bkz. Sadurski, *Rights*, ss. 173-176.

Av. Talay ŞENOL (Oturum Başkanı) - Sayın Sadurski'ye kapsamlı konuşması için teşekkür ediyorum.

İkinci konuşmacımız, Prof. Dr. Richard S. Kay. Profesör Kay, 1974 yılından bu yana Connecticut Üniversitesi Hukuk Fakültesinde çalışmaktadır ve hâlihazırda *"Wallece Stevens"* hukuk profesörü kadrosuna sahiptir. Lisans diplomasını Brandeis Üniversitesinden alan Prof. Kay, Yale Üniversitesinde ekonomi alanında mastır derecesi almıştır. Harvard Hukuk Fakültesinden olağanüstü başarı derecesiyle mezun olan Prof. Kay, aynı zamanda Harvard Hukuk Dergisinin de editörlüğünü sürdürmüştür. Mezuniyetinden sonra Massachusetts Eyaleti Yüksek Mahkemesinde Raportör olarak çalışmıştır. Anayasa hukuku, karşılaştırmalı hukuk ve ticaret hukuku alanlarında lisans ve uzmanlık seviyesinde dersler vermektedir. *"American Comparative Law Society"* Derneğinin Sayman Üyesi olan Prof. Kay, Uluslararası Karşılaşmalı Hukuk Akademisinde de seçilmiş üye statüsüne sahiptir. Amerikan Hukuk Okulları Derneğinin Anayasa Hukuku Bölümü eski Başkanı olan Kay, Amerika Birleşik Devletleri dışında pek çok konferansa konuşmacı olarak davet edilmiştir. 2008 yılında 3. baskısı yapılan *"Avrupa İnsan Hakları Hukuku"* isimli kitap ile 2005 yılında yayımlanan *"Anayasal Meseleleri Gündeme Getirmek, Karşılaştırmalı Perspektifler"* isimli kitapların "co-editor"lüğünü üstlenmiştir. Prof. Kay, anayasa hukuku, anayasal teori ve karşılaşmalı hukuk alanlarında yayınlanmış 50'nin üstünde makalesi bulunan bir hukuk adamıdır.

Şimdi sözü Prof. Kay'e bırakıyorum.

KURUCU OTORİTE

Richard S. Kay[*]

Bir anayasayı anayasa yapan nedir? Bu soruyu yanıtlamadaki güçlük, en azından kısmen, anayasaların aynı zamanda hem hukuki sınıra, hem de siyasal olanağa yol açmalarında yatmaktadır. Bu nedenle, anayasaların uyguladıkları güç, onların hangi bakış açısıyla ele alındıklarına ve daha da önemlisi, sorgulamanın hangi anda yapıldığına bağlı olarak farklı biçimlerde açıklanabilmektedir.

Ben 'anayasa' terimini, normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan kuralları içeren belli bir, ya da birkaç metinden oluşan modern anlamda anayasa için kullanıyorum. Bu nedenle, bir hukuki siyasal sistemin temelinde yatan kurallar, uygulamalar ve değerlerin toplamından oluşan maddi anlamda anayasayı dışarıda tutuyorum. Örneğin, 'İngiliz Anayasasından' söz edildiğinde genellikle 'anayasa' bu anlamda kullanılır.[1] Bu tür bir

---

* Connecticut Üniversitesi, Wallace Stevens Hukuk Profesörü.Yazar, Richard Albert'e, Chimène Keitner'a, Tokujin Matsudaira'ya ve Carol Weisbrod'a yararlı yorumlarından dolayı teşekkür eder.

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Ozan Ergül

1 Bkz. HANS KELSEN, THE GENERAL THEORY OF LAW AND STATE, 124-126 (ÇEV. Anders Wedberg, 1945); A. W. BRADLEY & K.D. EWING. CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW 4 (14TH ED. 2007). Theodor Schilling'in bir kurucu iktidar için söylediği *"teamül hukukunun doğduğu biçimde eylemde bulunur; bir teamül ve zamanla ona karşılık gelen bir opinio juris geliştirir"* ifadesi, yazılı olmayan bu tür bir anayasanın yaratılmasıyla da ilişkili görünmektedir. Theodor Schilling, *The Autonomy of the Community Legal Order An Analysis of Possible Foundations*, 37 HARV. INT. L.J. 389, 396 (1996). Bununla birlikte, bu iki anlam karşılık olarak dışlayıcı olmayabilir. Bkz. CONSTITUTION ACT,

anayasa, fonksiyonel olarak gelişir, diğer bir deyişle bilinçli bir tasarımın ürünü değildir. Buna karşılık, şekli anayasa, çağdaş anlamda anayasa olarak pozitif hukukun bir örneğidir, bir tür yasadır ve bu nedenle bir grup insanın belli bir andaki münferit bir kararıdır, diğer bir deyişle *"insan iradesinin tarihlendirilebilir bir işlemidir"*.[2]

İlk bölümde kurucu otorite dediğim şeyin boyutlarını ortaya koymaya ve onu daha alışık olduğumuz bir fikir olan *"kurucu iktidar"*dan ayırmaya çalışacağım. Daha sonra, ikinci bölümde, kurucu otorite ile pozitif hukuk arasındaki ilişkiyi inceleyeceğim. Daha öznel olarak, muhtemel farklı görünümleri olmasına karşın, kurucu otoritenin hukuki bir otorite olamayacağını vurgulamak istiyorum. Üçüncü bölümde, en çok kabul gören kurucu otorite olan *"halkın"* otoritesine içkin bazı sorunları açıklayacağım. Kısa sonuç bölümünde ise, kurucu otoritenin belirlenmesinin zorunlu olarak sınırlı süreli bir fenomen olduğunu önermek üzere şu tartışmayı yapacağım: Herhangi bir zamanda anayasayı yürürlüğe sokan kurucu otorite, mevcut değerlerle tarihsel olayların algılanma biçimlerinin etkileşiminin bir bileşkesidir.

I. Kurucu İktidar ve Kurucu Otorite

Çağdaş bir anayasa, pozitif hukukun diğer örneklerinde olduğu gibi, bir yasa koyucunun ürünüdür.[3] Anayasa koyucuyu

1982 s. 52(1), 2) (Kanada Anayasası'nın *"ülkenin en üstün hukuku olduğu"*nu, ama onu tanımlarken belli özgün kanunlar *"içerdiğini"* söylemekle yetindiğini belirtelim.) Carl Schmitt'in kullandığı *"anayasa"* ve *"anayasa hukuku"* ile *"anayasanın"* bu iki anlamı aynı değildir. Ona göre, daha temel ve yerleşik olan *"anayasa"* da temel bir kararın sonucudur. CARL SCHMITT, CONSTITUTIONAL THEORY, 80 (J. Seitzer, trans., 2008).

2 Larry Alexander, *Introduction* in Constitutionalism: Philosophical Foundations (L. Alexander, ed. 1998). Ayrıca bkz. Frank I. Michelman, *Constitutional Authorship* in *id.* at 64, 64 (hereinafter Michelman, *Authorship*].

3 Bu makalede bu ilişkinin varlığını kabul ediyorum. Bu nedenle, ilginç ama bana göre savunulabilir olmayan bir fikir olarak, bir yasal metni onu meydana getiren iradi eylemlere referans yapmaksızın anlamanın bazen doğru olduğunu tartışmayacağım. Bu fikir, Birleşik Devletler'deki anayasal yorumla ilgili akademik tartışmalarda hala belli ölçüde tedavüldedir. Bu konudaki görüşlerim için bkz. Richard S. Kay, *Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation*, 103 NW U. L. REV. 703 (2009).

tanımlamak üzere ortaya çıkan özel terim *"kurucu iktidar"*dır *(constitiuent power)*. Ancak, bu tür bir iktidarın salt varlığı, bir grup insana belli bir anayasayı meydana getirme yönünde fiili yetki veren ve insanları ona bağlı kılan niteliklerin neler olduğunu bize anlatmamaktadır. Bu yönde bir sorgulama, otoritenin unsurlarını gözden geçirme gerekliliğine işaret etmektedir.

Bir anayasa-koyucunun önlenemez varlığını kabul etmek hemen iktidarın iki seviyesini gündeme getirmektedir: anayasayı yapan kurucu iktidar ve anayasa tarafından yaratılan kurulu iktidar. Bu sıradan gözlemi yapmak, Abbé Sieyès'e,[4] *"kurucu iktidar"* fikrini ilk kez ortaya atan kişi olma şöhretini kazandırmıştır. Bu ilişkilendirme o denli sağlamdır ki, yazarın anadilinde bu fikir *pouvoir constituent* olarak ifade edilmiştir. Gerçekte ise, bu fikrin değişik tanımlamalarının kökenleri çok eskilere gitmektedir. Bazıları anayasal açıdan bir türbülansın yaşandığı 17. yüzyılın İngiltere'sinde geliştirilmiştir. Bu dönemde anılmaya değer beyanlar arasında, George Lawson'un 1660 tarihli *Politica Sacra et Civilis*'i bulunmaktadır. Lawson tüm iktidarın *"vatandaş topluluğunun"* rızasına dayanan orijinal bir yasayla çevrelenmiş olduğunu tespit etmiştir. Bu yapı sivil hükümet işbaşındayken askıda olmasına rağmen uygun bir fırsatta kendisini yeniden öne sürmeye hazırdır.[5] John Locke'un tanımlaması daha meşhurdur. Locke, *"Hükümet Üzerine İki Deneme"* kitabının sonuna doğru şöyle yazmıştır: *"insanlar kendi güvenlik ve iyilikleri için görev yapanları veya biçimini ya da her ikisini birden değiştirmek suretiyle öncekinden farklı yeni bir yasama oluşturma özgürlüğünü kendilerine tanıyabilirler"*.[6] Locke'un

---

4 EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS, WHAT IS THE THIRD ESTATE? 125-32 (ed. S. E. Finer, trans. M. Blondel, 1964)

5 GEORGE LAWSON, POLITICA SACRA ET CIVILIS, 26-27, 57-58. 371-84 (London, 1660) (C. Condren, ed. 1992).

6 JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT, s. 220 (Charles L. Sherman, ed.1937). 17. yüzyıl İngiliz siyasal düşüncesinde kurucu iktidar kavramı için bkz. Martin Loughlin, *Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice* in THE PARADOX OF CONSTITUTIONALISM: CONSTITUENT POWER AND CONSTITUTIONAL FORM (M. Loughlin & N. Walker eds. 2007) (bunda sonra THE PARADOX OF CONSTITUTIONALISM). Ayrıca bkz. Andreas Kalyvas, *Popular Sovereignty, Democracy and the Constituent Power*, 12 CONSTELLATIONS 223 (2005).

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

bu fikirleri Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nde yer alan ve halkın *"bir yönetim kurmak ve bu yeni yönetimin yetkilerini ve dayandığı temelleri, güvenlik ve mutluluklarını sağlayacağına en çok inandıkları bir biçimde düzenlemek ve kurmak"* hakkına atıf yapan ifadelere kaynaklık etmiştir.[7]

1780'lerde Amerikan devrimcileri anayasa koyuculara dönüştüklerinde, halkın iradesinin, anayasa metni de dâhil pozitif hukukun her türlü görünümüne göre hem öncül, hem de üstün olduğu, iyi geliştirilmiş bir kurucu otorite teorisi yaratmışlardır.[8] Bu hüküm 1787-1789 yılları arasında gerçekleşen federal anayasanın hazırlanması ve onaylanmasına yönelik tartışmalarda doğal karşılanmıştır. Bu sürece katılanları meşgul eden ciddi sorunlardan biri, kuruculuk sürecinin - 1781'den 1789'a kadar yürürlükte olan eski Anayasa'nın konfederasyon maddesine göre - hukuka aykırılığıydı.[9] Yeni anayasanın savunucuları durumun aciliyeti karşısında bu nokta üstünde çok durmamışlardır. Yeni rejimin her eyalette seçilen özel konvansiyonlar tarafından onaylanması gerekmiştir. Bu konvansiyonlar halkın vekili olarak kabul edilmişler ve bu nedenle mevcut anayasal kurallara göre üstün bir otoriteyi temsil etmişlerdir. Hiç kimse bu düşünceyi, 1787 Philadelphia Konvansiyonu'nda Pennsylvania temsilcisi olarak görev yapan ve daha sonra Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi Yargıcı olan James Wilson kadar güçlü ve ısrarcı bir biçimde ifade etmemiştir. *"Anayasa halkın otoritesinden kaynaklanır: onların güvenlik ve saadeti için kurulmuştur; onların elinde çömlekçinin elindeki kildir; halk yaratmak, korumak, geliştirmek, daha iyi hale getirmek ve istediği biçimde onu bitirmek hakkına sahiptir. Eğer böyleyse, benzer bir biçimde onu değiştirmeye de haklarının olduğundan şüphe edilebilir mi?"*[10]

---

7 Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi, para. 2 .

8 Gelişimin özenle yeniden anlatıldığı kaynak olarak bkz. GORDON S. WOOD, THE CREATION OF THE AMERICAN REPUBLIC, 1776-1787 (1969). Kurucu otoriteye ilişkin Amerikan düşüncesinin zamansal olarak Fransız düşüncesine üstünlüğü ile ilgili bkz. CLAUDE KLEIN, THÉORIE ET PRATIQUE DU POUVOIR CONSTITUANT 7-18 (1996).

9 Richard S. Kay, *The Illegality of the Constitution*, 4 CONST. COMM. 57 (1987) [Bundan sonra Kay, *Illegality*].

10 James Wilson, *Lectures on Law* in 1 THE WORKS OF JAMES WILSON 375 (James

Wilson, Kasım 1787'de Pennsylvania Onay Konvansiyonu'nda *"Anayasamızın yasamamızın üzerinde olması gibi, halkımız da anayasamızın üzerindedir"* demişti.[11] James Madison, The Federalist Papers'da halkın onayının *"geçmiş hataları ve düzensizlikleri ortadan kaldıracağını"* yazmıştı.[12]

Sieyès 1789 yılında *"ulusun"* kurucu iktidarını yaratırken tam da bu mantıkla hareket etmişti. Sieyès, ulusun *"pozitif hukukun kaynağı ve üstün efendisi olduğunu"* yazmıştı. *"Her türlü anayasal biçim ve kuraldan bağımsız olarak"* ulusun var olduğunu belirtmişti.[13] Bu fikir Ulusal Meclis'te derhal yürürlüğe konmuştu. Yeni bir anayasanın Kral'ın onayından geçmesine gerek olup olmadığı tartışılırken, Guy-Jean-Baptiste Target *"kurucu iktidar, kurulmuş iktidardan izin almalıdır"* fikrini kınamıştır.[14]

Bunu en az iki tür kolektif karar almanın varlığı takip eder: kurulmuş iktidarların günlük kamusal kararları ve kurucu iktidarın olağanüstü kararları.[15] Birincinin ayırıcı özelliği kabul edilmiş yasal kurumlar ve usuller çerçevesinde gerçekleşmesidir. İkincinin ayırıcı özelliği ise bu tür kurum ve usullerden bağımsız olmasıdır. Bu, daha çok tanımlanamamış ve doğa ile kendi gerçekleri dışında başka bir şey tarafından sınırlanmamış bir şeydir. Sieyès, gerçekten de kurucu iktidarın (ulusun) *"varlığını sadece doğal hukuka borçlu olduğunu"* söylemişti. Fakat bununla, sadece pozitif hukuktan bağışık olduğunu vurgulamıştı. Ona göre kurucu iktidar *"herhangi bir usulden tamamen bağımsızdı". "Kararları ne olursa olsun menfaati gerektirdiğinde onları değiştirme hakkını kaybedemez."*[16]

DeWitt Andrews ed. 1896)

11 JONATHAN ELLIOT, 2 DEBATES IN THE SEVERAL STATE CONVENTIONS ON THE ADOPTION OF THE FEDERAL CONSTITUTION 432 (2d. ed, 1891)

12 THE FEDERALIST NO. 40 AT 253 at (James Madison) (C. Rossiter ed. 1961).

13 SIEYÈS, *supra* note 4, sh.128, 131.

14 Alıntı için bkz. Jon Elster, *Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies*, 2 J. CONST. L. 346, 370 (2000) (Bundan sonra Elster, *Arguing*).

15 Ayrıca bkz. BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS 6-10 (1991).

16 SIEYÈS, *supra* note 4 at 127. *"Kurucu iktidar daima hukuka yabancı kalır."* GEORGES BURDEAU, 4 TRAITE DES SCIENCES POLITIQUES 171 (1983) alıntı için ANTONIO NEGRI, INSURGENCIES: CONSTITUENT POWER AND THE MODERN STATE 1 (1999). Fakat bkz. William E. Scheuerman, *Revolutions and Constitutions:*

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

Bunun sonucu olarak kurucu iktidar genellikle, ister fiziksel, ister psikolojik ya da duygusal olsun, kaba bir kuvvet olarak betimlenmiştir. Terimi oldukça farklı bir bağlamda kullanmış olsa da Max Weber'in *"karizmatik"* otoriteye karşı *"hukuki"* otoriteyi koymasında bu türden bir tanımlama yakalanmış bulunmaktadır. Tanrı kahraman, biçimsel bir ölçüt olarak eylemlerinin önceden tanımlanmış kurallara uygun olmasından değil, *"sihirli yetenekler, kahramanlık gösterileri, zekâ ve belagat gücü gibi"* kişisel niteliklerinden dolayı saygı görmektedir.[17] Benzer bir biçimde, kurucu iktidarı etkili kılan da kendi doğası, iradesi ve eylemleridir. Bu tanımlamalarda önceden bilinemeyecek olan, vahşiliğe yaklaşma eğilimidir. Ulrich Preuss, devrimin *"yaratıcı, düzensiz ve sınırsız iktidarını"* vurgular.[18] Bu tasvirlerde *"normatif ve hukuki yönden geçersizlikten"* kaynaklanan bir sınırsız iktidar ile ilgili karanlık noktalar bulunmaktadır.[19] Carl Schmitt daha kötülük habercisi bir dil kullanarak kurucu iktidarın *"normatif bir hiçlikten ve kesin bir düzensizlikten kaynaklandığını"* beyan etmiştir.[20] Antonio Negri'ye göre *"kurucu iktidar paradigması önceden var olan tüm dengeleri ve gerçekleşmesi muhtemel sürekliliği parçalayan, bozan ve yerinden oynatan bir güce işaret etmektedir."*[21] Pek çok yazar totaliteryanizm hayaletini kurucu

---

Hannah Arendt's Challenge to Carl Schmitt. 10 CAN J. L. & JURIS. 141, 149-50 Sieyès'in kurucu iktidarın doğal hukukla sınırlandırılmış olduğunu düşündüğünü iddia etmektedir.

17 Max Weber, *The Three Types of Legitimate Rule.* 4 BERKELEY PUB. IN SOC. INST. 1. (trans. Hans Gerth. 1958).

18 Ulrich Preuss, *Constitutional Powermaking for the New Polity: Some Deliberations on the Relations Between Constituent Power and the Constitution,* 14 Cardozo l. rev. 639, 640 (1993)(Bundan sonra, Preuss, *Powermaking*). Ayrıca bkz. Ulrich Preuss, *The Roundtable Talks in the German Democratic Republic,* 99 (hereinafter Preuss, *Roundtable*), THE ROUNDTABLE TALKS AND THE BREAKDOWN OF COMMUNISM (Jon Elster, ed. 1996) içinde, (Bundan sonra, ROUNDTABLE TALKS) (devrimleri, *"yasal ve anayasal sorunların iktidar sorunlarına indirgendiği" "hukuksuzluk dönemleri"* olarak tanımlar.).

19 Kalyvas, *supra* note 6, sh. 223 (2005).

20 Alıntı için id. Sh. 227. Ayrıca bkz. SCHMITT *supra* note 1, sh. 131 (*"Halk tüm yaşam güçleri boyunca ve enerjileri tükenmeksizin ve siyasal bir varoluşun yeni biçimlerini her zaman bulmaya yetkin olarak var olduğu sürece"*). Problematik bir karakteri olan Schmitt'in yaşamı ve hukuk ilmine katkısı için bkz. LAW AS POLITICS: CARL SCHMITT'S CRITIQUE OF LIBERALISM (David Dyzenhaus ed. 1998).

21 NEGRI, *supra* note 16 sh. 11.

iktidarın yürütülmesinde görmüşlerdir[22] ve bu beklentinin çağdaş ilişkilendirmesi de Carl Schmitt tarafından yapılmıştır.

Bu makalede incelemeye çalışacağım kurucu otorite kavramı bu yazarların tanımlamaya çalıştığı kurucu iktidar kavramından farklıdır ya da ona ek mahiyetindedir. İleride açıklama yapmayı gerektirmekle birlikte özet olarak, kurucu otorite ile bir kişi ya da bir grup insanda var olan etkili bir pozitif anayasa yaratma niteliğine atıf yapıyorum. Bunu yaparken, herhangi bir siyasal ahlak ışığında bir insana ya da insan grubuna neyin bu yetkiyi verdiğini dikkate almıyorum.[23] Bu makalede, anayasa tarafından kontrol altında tutulan bir hukuk sistemi tarafından yönetilen bir toplulukta, uzunca bir süre bağlayıcı kabul edilen bir anayasaya vücut veren uygulanabilir otorite üzerinde duracağım. Böyle bir otoritenin karakteri sadece bir anayasayı oluşturan kurumların, izledikleri usullerin ve yaptıkları tercihlerin yakından incelenmesi ile açıklanamaz. Yetkin bir betimleme, aynı zamanda, kurucu sürecin meydana geldiği ve ortaya çıkan anayasanın uygulandığı sosyal ve siyasal koşulların da incelenmesini gerektirir. Anayasa yapıcıların kimliklerinin, sözlerinin ve eylemlerinin belli yer ve zamanlarda ilgili toplum tarafından nasıl algılandığını ve algılanmaya devam ettiğini bilmeye gereksinimimiz vardır.[24]

Bu anlamda kurucu otorite, kurucu iktidar gibi ahlaki değil, fiili bir yetkinliktir. Weber'e göre *"otorite", "belli bir talimata uyulmasının muhtemel olmasıdır".*[25] H.L.A. Hart'ın tanıma kuralı için söylediği gibi, *"sadece karmaşık, fakat mahkemelerin, resmi görevlilerin ve özel kişilerin normal olarak bağdaşık uygulamaları*

---

22 Örneğin bkz. HANNAH ARENDT, ON REVOLUTION, 153-164 (1963), Kalyvas, *supra* note 6, sh. 230-31, 234-35 içinde tartışılmıştır. Ayrıca bkz. Albert Soboul, *Some Problems of the Revolutionary State*, 65 PAST & PRESENT 52, 55 (1974) (Sieyés'in kurucu iktidar fikri ile Jakoben diktatörlüğünün yükselişi arasındaki kucaklaşmayı ilişkilendirerek).

23 Örneğin bkz. Randy E. Barnett, *Constitutional Legitimacy*, 103 COLUM. L. REV. 111 (2003).

24 Bkz.Michelman, *Authorship*, sh. 67. Genel olarak bkz. Bölüm IV.

25 Weber, *supra* note 17, sh. 1.

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

olarak vardır."[26] Kurucu iktidara ilişkin klasik atıflarda, ahlaki ya da hukuki hiçbir meşruiyete ihtiyaç duymadığı vurgulanır. Sieyès *"ulusa yapılan her göndermenin, onun var olduğuna ilişkin basit gerçekten kaynaklandığını"* söylemiştir.[27] Schmitt de aynı düşünceyle, *"anayasa yapma iktidarının iradesi varoluşsal biçimde bulunur: iktidarı veya otoritesi varlığından kaynaklanmaktadır"* demiştir.[28]

Hikayenin tamamı bu olamaz. İktidara ilişkin bir iddia teşebbüsünün etkili olmasının her zaman bir nedeni vardır. Kurallar, kural koyucunun koyduğu kurallara tabi olanlar üzerinde, bir süre için fiziki güç kullanması nedeniyle etkili olabilirler. Fakat bir anayasanın, uzunca bir süre için ayakta kalması için, kendisine tabi olanların kendisine uymalarını sağlayan (ya da en azından buna izin veren) başka şeylere ihtiyacı vardır. Buna ilaveten, böyle *"yansıtıcı eleştirel bir davranış"*, en azından kısmen, yaratılışındaki koşullara bakmaktan türeyecektir.[29] Bir anayasa söz konusu olduğunda, anayasayı yapanların anayasal kuralların uygun bir kaynağı oldukları ya da olmuş oldukları konusunda, halkın belli bir kesiminin açık ya da üstü örtülü bir saptamasının varlığı zaruridir.[30] Başarılı bir anayasa yapımının, iradenin ifadesi olmaktan daha fazlasını içermesi gerektiği gerçeğine vurgu yapmak amacıyla, *"otorite"* terimini tercih ediyorum. Bu terim *"bir tür gerekçelendirmeyle*

---

26 H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 110 (2D. ED. 1994). Yakın tarihli bir açıklama için bkz. Benjamin C. Zipursky, *Legal Obligations and the Internal Aspect of Rules*, 75 FORDHAM L. REV.1229 (2007).

27 SIEYÈS, *supra* note 4, sh. 126 . Ayrıca bkz. *id.* (*"Ulusun hukuki olmak için kendi varlığından başka hiçbir şeye ihtiyacı yoktur."*) Bkz. NEGRI, *supra* note 16, sh. 5 (*"Kurulu iktidarın düzeni olması gerekene ilişkin iken, kurucu iktidarın düzeni olana ilişkindir"*).

28 SCHMITT, *supra* note 1, sh. 64.

29 HART, *supra* note 6, sh. 57. Aşağıda tartışacağım gibi, bir anayasanın etkinliği iki önemli etkene bağlıdır: İçeriğinin kabul edilebilirliği ve onu yapanların otoritesi. Ben bu çalışmada daha çok ikincisi ile ilgileniyorum, fakat bu ikisi doğal olarak birbirinden bağımsız değildir. Bkz. Richard S. Kay, *Constitutional Chrononomy*, 13 RATIO JURIS 31 (2000)(Bundan sonra, Kay, *Chrononomy*).

30 Anayasal meşruiyet, siyasal geçerlilik ve sosyal istikrarın karmaşık birlikteliğine ilişkin olarak bkz. SEYMOUR MARTIN LIPSET, POLITICAL MAN: THE SOCIAL BASES OF POLITICS 64-70 (1960).

iradenin uzatılmasını ve teyit edilmesini" çağrıştırmaktadır.[31] Bu durum ister istemez kurucu olayların doğruluğunun değerlendirilmesini de içermektedir. Bu nedenle, anayasa yapıcıların otoritesinin tanınmasına, ahlaki sebepler olarak anılabilecek şeyler de dâhil edilmektedir.[32] Bu, onun varlığını bir gerçeklik olmaktan çıkarmaz, ama belli bir zaman ve yerdeki bireylerin eleştirel kolektif yargılarını da içeren belli bir tür gerçeklik yapar. Kurucu otoriteyi basit bir kurucu iktidardan ayıran şey, bu normatif tavırdır.

Belli bir hukuki sistemde var olan bu otoritenin karakterine ilişkin bir sorgulama yaparken, anayasanın yönetmesinin beklendiği anda yönettiği bir topluluğun paylaştığı sosyal, ahlaki ve siyasi değerler hakkında bir şeyler bilmemiz gerekliliğini yaratan da budur. Bununla birlikte, kurucu iktidar kavramını ortaya atanların da fark ettikleri gibi, bu değerleri ilgili anayasanın var ettiği hukukilik gereksinimlerinden ayrı bir biçimde ele almalıyız. Kurucu otoritenin ayrılmaz bir niteliği, kurmuş olduğu anayasal sisteme göre *"dışsal"* oluşudur.[33]18. yüzyıl sonlarında Amerika'da yaşanan anayasal tartışmalarda, halkın görüşüne ve menfaatlerine, sanki bunlar devletin var olan kurumlarından ayrıymış gibi atıfta bulunmak oldukça yaygındı. Bu *"geniş anlamda halk"*, ya da, hala daha fazla tercih edilen biçimiyle *"kapının dışındaki halk"* idi ve bunlar temsilin olağan araçları dışındaki yollarla kendilerini ifade etmekteydiler.[34] Her ne olursa olsun, anayasayı yapan otorite, her zaman kapının dışında olacaktır.

---

31 Carl J. Friedrich, *Authority, Reason and Discretion* in AUTHORITY (NOMOS VOL. I) 28, 32(C. Friedrich, ed. 1958).

32 Bkz. Larry Alexander & Frederick Schauer, *Rules of Recognition, Constitutional Controversies, and the Dizzying Dependence of Law on Acceptance* in the RULE OF RECOGNITION AND THE U.S. CONSTITUTION 175, 177-80 (M. Adler & K. Himma, eds. 2009) Ayrıca bkz. Michelman, *Authorship*, sh.73 (*"Sosyal uygulamaya ilişkin tam bir bilgi, uygulamaya taraf olanların onu nasıl tecrübe ettiklerini bilmeyi"*, diğer bir deyişle *"içeriden bilgiyi"* de içerir.)

33 Bkz. Lucien Jaume, *The Constituent Power in France: The Revolution and its Consequences*, THE PARADOX OF CONSTITUTIONALISM içinde, sh. 67-68 (Martin Loughlin & Neil Walker, ed. 2007).

34 Bkz. WOOD *supra* note 8, sh. 319-328.

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

II. Hukuki Kurucu Otorite

1981 yılında Kanada Adalet Bakanlığı, hükümetin bir Haklar Bildirgesini ve anayasa değişikliğine ilişkin yeni bir yöntemi de içeren kapsamlı anayasa değişikliği önerisini savunan bir bildiri yayımladı. Bu savunmada, *"Kanadalılar, Anayasamızın, diğer pek çok ulusun anayasasının aksine, hem kaynağı, hem de süregelen gelişmeleri itibariyle tamamen hukuka uygun olmasının gururunu taşımaktadırlar"* deniyordu.[35] Bir anayasanın *"kaynağı itibariyle (...) hukuka uygun olması"* fikri yukarıda tartıştığımız kurucu otoritenin dışsallığına bütünüyle karşıttır. Fakat, Kanada hükümetinin durumu ona özgü değildir. Anayasa yapımı sıklıkla ve belki de genellikle pozitif hukukun var sayılan otoritesi altında gerçekleştirilmektedir.

Kanada gibi daha önceleri Britanya kolonisi olmuş ülkelerdeki anayasaların yapımı, bu betimlemeyi doğrular niteliktedir. Örnek olarak, neredeyse otuz yıldır yürürlükte olan ve Birleşik Krallık Kraliçesi II. Elizabeth tarafından 31 Temmuz 1981 tarihinde *"1967 tarihli West Indies Act Bölüm 5(4) uyarınca Majestelerine verilmiş yetkilere"* atıf yapan bir kanun gücünde kararname çerçevesinde yayımlanmış olan Antigua ve Barbuda anayasaları gösterilebilir.[36] Sri Lanka'nın bugün yürürlükte olan anayasasında hukukilik zinciri daha ileri düzeyde detaylandırılmıştır. Bu anayasa, 1972 tarihli Sri Lanka Anayasası'nın 51. Bölümü uyarınca 1978 yılında Ulusal Devlet Meclisi tarafından kabul edilmiştir. Söz konusu bölüm, *"yeni bir anayasanın kabul edilmesi, mevcut anayasanın ilga edilmesi ya da değiştirilmesine"* yönelik tekliflerin kabul edilmesi için parlamento üye tamsayısının üçte ikisinin oyunu arayan bir yöntemsel kural öngörüyordu.[37] Ülkeye Cumhuriyeti getiren ve yeni bir isim veren 1972 Anayasası bir seçimden sonra Seylan Parlamentosu'nun

---

35 JEAN CHRÉTIEN, THE ROLE OF THE UNITED KINGDOM IN THE AMENDMENT OF THE CANADIAN CONSTITUTION 5 (1981).

36 Antigua ve Barbuda Anayasa Kararnamesi, 1981. Kendi içerdiği kurallar uyarınca kararname ve anayasa 31 Ekim 1981'de yürürlüğe girmiştir. Kararnameler için bkz. BRADLEY & EWING, *supra* note 1, sh. 680-81.

37 Sri Lanka Anayasası (1972), s. 51.

üçte ikisinin oyları ile yapılmıştır ve seçimde galip gelen parti bildirisinde *"halk tarafından seçilecek parlamentoya aynı zamanda kurucu meclis olarak çalışma yetkisinin verilmesini de"* istemiştir.[38] Ancak bir kez seçildikten sonra bu parlamento Anayasayı değiştirirken önceki Kanun gücünde kararnamenin (Seylan Anayasasının) Anayasanın nasıl değiştirileceğini öngören 29. Bölümü çerçevesinde hareket etmiştir. Bu kanun gücünde kararname de, Antigua ve Barbuda da olduğu gibi, İngiliz Parlamentosunun bir yasasına dayanmaktaydı.[39]

Tüm bu olaylarda -ki başka örnekler de bulunmaktadır- söz konusu yetki ya yepyeni bir devlet cihazı ortaya koymuş, ya da mevcut metinlerde o denli geniş kapsamlı değişiklikler yapmıştır ki, hukukun ve devletin temelinin değiştiğini söylemek mümkündür. Bu da bir anayasa değişikliğinden daha fazlasıyla ilgilenmekte olduğumuzu göstermektedir. Herkesin kabul edeceği gibi, değiştirmekle yerine yenisini koymak arasında kesin bir ayrım yapmak mümkün değildir ve önceki için öngörülen usuller bazı durumlarda sonraki içinde işletilebilmektedir. 1972 ve 1978 tarihli Sri Lanka anayasaları bu durumun örneğidir. Çokça atıf yapılan bir kararında Macar Anayasa Mahkemesi, 1949 tarihli Komünist Anayasa'da gerçekleştirilen 1989 *"değişikliklerinin"*, *"devlete ve onun hukuku ile siyasal sistemine önceki rejimden çok farklı bir yeni nitelik getirdiği"* için, *"yeni bir anayasaya vücut verdiğini"* açıkladı.[40] Michel Rosenfeld'e göre, *"1989'dan beri Macar Anayasası'nın Başkentin Budapeşte olduğunu belirten düzenlemesi hariç tüm bölümleri değişmiştir."*[41] Bununla birlikte Anayasa, Macar Anayasa Mahkemesi'nin web sitesin-

---

38 Alıntı için bkz. W.A. Wiswa Warnapala, *Sri Lanka in 1972:Tension and Change*, 13 ASIA SURVEY 217, 219. (1973).

39 Seylan Bağımsızlık Anayasası farklı birkaç belgede ispatlanmış olan bir dizi yöntemsel adımdan sonra yürürlüğe sokulmuştur. Nihai yürürlük yasası ise Seylan Bağımsızlık Yasası'dır, 1947. Bkz. IVOR JENNINGS, THE CONSTITUTION OF CEYLON, 3-16 (1949).

40 Karar No. 11/1992 (III.5) AB , 1 J. CONST. L. IN E. & CENT. EUR. 129,134 (1994). BKZ. Andrew Arato, *Dilemmas Arising From the Power to Create Constitutions in Eastern Europe*, 14 CARDOZO L. REV. 661, 676 (1994).

41 MICHEL ROSENFELD, THE IDENTITY OF THE CONSTITUTIONAL SUBJECT: SELFHOOD, CITIZENSHIP, CULTURE AND COMMUNITY 31 (2010).

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

de hala şu başlık altında yer almaktadır: "Macaristan Cumhuriyeti Anayasası (1989 tarihli XXXI sayılı yasa ile değiştirilmiş ve yeniden şekillendirilmiş 1949 tarihli XX sayılı yasa).

Bununla birlikte, tüm anayasa değişikliklerinin yine bir anayasa tarafından yaratılan yetkilendirme ile gerçekleştirilebileceği fikrine artan bir şüphe ile bakılmıştır. Bu fikrin en bilinen uygulaması, Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin, anayasayı değiştirme iktidarının anayasanın belli temel özelliklerinin değiştirilmesini kapsamadığına hükmettiği *Kesavananda Bharati v. State of Kerala,*[42] kararıdır. Sonraki bir kararda açıklandığı gibi, değiştirme yetkisi, *"Anayasanın kimliğini imha etme"* hakkı vermemektedir.[43] Bu gerekçenin doğası, Hindistan Mahkemesi'nin daha önceki bir kararı ışığında ortaya çıkmaktadır. Mahkeme, *Golak Nath v. State of Punjab* davasında yöntemsel olarak mükemmel nitelikteki Anayasa değişikliklerinin de geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Bununla birlikte, *Golak Nath* davasında, Anayasanın belli lafzına yönelik bir analiz yapılmıştır. Bu davada çoğunluk şu vakıalara dayanmıştır: 1) Anayasanın 13. maddesi teminat altına alınmış temel hakları sınırlayan *"herhangi bir yasanın"* yapılmasını yasaklamıştır; 2) yasamanın bir yasa ile Anayasayı değiştirmesi halinde söz konusu *"yasa"* 13. maddenin sınırlamasına tabidir. Parlamento öngörülen sınırları kaldırmak amacıyla 13. maddeyi değiştirdiğinde, öngörülebilir bir biçimde Yüksek Mahkeme, bu durumu daha genel bir biçimde ele almak zorunda kalmıştır.[44]

Mahkemelerin *Kesavananda Bharati* içtihadını takip ederek anayasayı değiştirme iktidarı üstünde anayasal değişimin doğasına içkin bazı sınırlamalar getirmelerinin az sayıda örneği vardır.[45] Buna karşılık, bunu açıkça reddeden mahkemeler de

---

42 A.I.R. 1973 S.C. 1461.

43 *Minerva Mills Ltd. V. Union of India,* A.I.R. 1980 S.C. 1789, alıntı için, Richard Albert, *Nonconstitutional Amendments* 22 CAN. J. OF L. & JURIS. 5, 24 (2009).

44 Bu kararlar şu eserde özetlenmiş ve eleştirilmiştir: KEMAL GÖZLER, JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: COMPARATIVE STUDY, 66-78, 88-99 (2008).

45 *Anwar Hossain Chowdhary v. Bangladesh,* 1989 BLD (AD)(Spl) 1; *Al-Jehad Trust*

bulunmaktadır.[46] Fakat, bir *"değişikliğin"* anayasanın hayati yapısını değiştirirken aynı zamanda anayasaya dayanmasında yanlış bir şeyler olduğu, temel bir tasarım olarak pek çok çağdaş anayasa koyucu tarafından kucaklanmıştır. Bu durum belirli konuları anayasayı değiştirme iktidarının yetkisi dışına çıkaran pek çok düzenlemede ifade bulmuştur.[47] Değişikliklerin *"anayasayı"* değil ama *"anayasa hukukunu"* değiştirebileceğine ilişkin ayrımı Schmitt çok önceden haber vermişti.[48] Buradaki ayrım çok temeldir. Abraham Lincoln, Güney eyaletlerinin ABD'den ayrılmalarının anayasal bir hak olduğunu iddia eden görüşlerine karşılık ısrarla, tarihte hiçbir devletin *"kendi organik yasasında kendisine son vermek üzere bir düzenlemeye sahip olmadığını"* söylemiştir. Böyle bir devrim, ancak *"aracın kendisinde var olmayan bir eylemle"* sonuç verebilir.[49] Andrew Jackson daha eski bir tarihte *"ayrılma, diğer devrimci eylemler gibi baskının aşırılığı sayesinde meşrulaştırılabilir; fakat bunu anayasal bir hak olarak isimlendirmek, terimlerin anlamları ile çelişmektedir"* diyerek aynı görüşü ifade etmişti.[50]

---

v. Federation of Pakistan, PLD 1996 SC 324 (her iksi de şu eserde incelenmiştir: Anuranjan Sethi, *Basic Structure Doctrine: Some Reflections* at 34-35.(October 25, 2005) available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=835165); *Loh Kooi Choon v. Government of Malaysia*, 1997 2 M.L.J. 187. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi 1922'de benzer bir iddiayı kestirmeden reddetmiştir. *Leser v. Garnet*, 258 U.S. 130 (1922). Ayrıca bkz. Article 26 and the Regulation of Information (Services Outside the State Termination of Pregnancies) Bill 1995 1 I.R. 1.

46 Örneğin, Anayasa'da yapılan 13. değişiklik [1987] 2 Sri Lanka L. R. 312.

47 Bkz. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 1982, m. 2-4. (bu maddeler diğerleri yanında devletin *"demokratik, laik ve sosyal"* niteliklerinin değiştirilmesini yasaklamaktadır.) Başka örnekler için bkz. Gözler , *supra* note 44, sh. 52-68; European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Report on Constitutional Amendment, 41-42 CDL-AD (2010)001, sh. 12-13 (January 19, 2010) (bundan sonra Venice Commission Report). Bu tür hükümlerin yakın tarihli bir karşılaştırmalı eleştirisi için bkz. Albert, *supra* note 43. Ayrıca bkz. Klein, *supra* note 8, sh. 173-85.

48 Schmitt, *supra* note 1, sh. 79. (*"Alman Reich'ı parlamentonun üçte ikisinin oyuyla ne bir mutlak monarşiye, ne de bir Sovyet cumhuriyetine dönüştürülebilir."*)

49 1 Documents of American History 385 (H. Commager, ed. 1948).

50 *Id.* Sh. 266. Bir anayasal rejimin içeriğini değiştirmenin yasal bir hak olduğunu iddia etmek, daha sorunsuz değilse de, daha doğal bir biçimde, bu hakkın açıkça belirtildiği anayasalarda söz konusu olabilir. Bkz. St. Christopher and Nevis Anayasası, m. 113; Federal Demokratik Etiyopya

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

Yürürlükteki bir anayasada değişiklik yapmakla yeni bir anayasa yapmak arasındaki farkı tanımak, ikincisinin pozitif hukukun etkisinde olmasını etkilememiştir. Yukarıda anayasa değişikliğine ilişkin yöntemlerin bir anayasanın tümüyle değiştirilmesini nasıl etkilediğine değinmiştik. Bundan başka, anayasa koyucular sadece bir anayasayı yazmak ve onu değiştirmenin yollarını belirlemekle yetinmemekte, fakat aynı zamanda anayasanın ilga edileceği ve yerine yenisinin yapılacağı koşulları da açık bir biçimde denetim altında tutmaya çalışmaktadırlar. Amaçlanan kapsamı çok net olmamakla birlikte, ABD Anayasası'nın V. Maddesini yazanların, belli koşullar altında, bir ulusal anayasa konvansiyonu toplanmasına olanak tanıdığı düzenleme, bu duruma örnek gösterilebilir. Sadece bir anayasa tadili için özel olarak seçilen ve sadece bu göreve odaklanan, egemen halkı ve çeşitliliğini ve onun mevcut devlet hukukundan bağımsızlığını temsil etmeye tek başına yetkili görülen bir konvansiyonun, böyle yapmakla, onun niteliklerini geliştirdiği düşünülmüştür.[51] Anayasada bunun için düzenleme yapan anayasa koyucular (benzer araçlara eyalet anayasalarında da yer verilmiştir)[52], her iki amaca da ulaşmak istemişlerdir. Sieyès ve Condorcet de, benzer bir biçimde, 1789 Ulusal Maclisi'nde periyodik olarak anayasa tadili için bir mekanizma öngörülmesini istemişler, ama başarısız olmuşlardır.[53] Daha yakın tarihli anayasalar da bazen hem değiştirilme, hem de yerine yenisinin yapılmasıyla ilgili yöntemleri düzenlemektedirler. Arjantin Anayasası'nın 30. maddesi, anayasanın bir bütün olarak veya kısmen yenilenmesi için uyulması gerekli tek bir yöntem öngörmektedir.[54] 2007 tarihli Nikaragua Anayasası, anayasanın

---

Anayasası, 1995, m. 39.

51 Bkz. WOOD, *supra* note 8, sh. 306-343.

52 Kermit L. Hall, *The Irony of the Federal Constitutions Genius: State Constitutional Development.* 235-261, 241, THE CONSTITUTION AND AMERICAN POLITICAL DEVELOPMENT (Peter F. Nardulli eds. 1992) içinde.

53 Jaume, *supra* note 31, sh. 70-71.

54 Constitución de la Nacion Argentina, m. 30 (22 Ağustos 1994). Ayrıca bkz. Sri Lanka Demokratik Sosyalist Cumhuriyeti Anayasası, Bölüm XII (*"Anayasa'nın herhangi bir hükmünün değiştirilmesi"* ile *"Anayasa'nın yürürlükten kaldırılması ve yerine yenisinin konması"* için paralel yöntemler öngörmektedir); Bulgaristan Cumhuriyeti Anayasası, m. 158 (1991)(*"yeni*

"kısmen" veya *"bütün olarak"* yenilenmesini ayrı yöntemlere tabi tutmuştur ve bunlardan ikincisinde, özel olarak seçilmiş *"Ulusal Kurucu Meclisin"* onayına da gerek duyulmaktadır.[55] İsviçre Anayasası, belki de şaşırtıcı bir biçimde, anayasanın bütününün değiştirilmesi için, kısmen değiştirilmesine kıyasla daha fazla olanak sağlamaktadır.[56] Böyle bir otoriteye ilişkin belirsizlik, bazen onu betimlemek için kullanılan bir terimde yakalanmış bulunmaktadır: tali kurucu iktidar (a *pouvoir constituent derive*).[57]

Alman Anayasası'nın 146. Maddesi, bu bağlamda özel bir atfı hak etmektedir. Anayasa'nın bu düzenlemesi, onu yapanların niyetine uygun olarak, Almanya'nın muhtemel birliğine yönelik geçici bir anayasa olduğu inancıyla *"kendi sonunu tasarlamıştır"*.[58] Bu düzenlemede *"bu Anayasa, Alman halkının özgür kararı ile belirlenmiş yeni bir anayasa yürürlüğe girdiği tarihte geçerliliğini yitirecektir"* hükmüne yer verilmiştir.[59] Metin *"Alman halkının"* tanımı ve onun *"özgür kararını"* nasıl beyan edeceği konularında susmayı tercih etmiştir. Anayasa tarafından kendisine iktidar verilmiş olanlar da dahil olmak üzere, birleşme anındaki iktidarın, söz konusu düzenlemede yer alan yetkiyi kullanmamış olmaları gerçeği böyle bir düzenlemenin sınırlı gücünü göstermektedir. Bunun yerine, anayasayı, gerekli değişiklikleri yaparak, eskisine göre daha büyük bir ülke ve nüfus üstünde geçerli kılmayı tercih etmişlerdir.[60] An-

---

bir anayasanın" "Büyük Ulusal Meclis" tarafından kabul edilebileceğini düzenlemektedir.)

55 Constitución Política de la República de Nicaragua, m. 191-95 (Şubat 2007). Ayrıca 1979 tarihli İspanyol Anayasası'nın 168. maddesi, anayasanın tümünün yasama organının her iki meclisinde üçte iki oyla kabul edilmesi gerektiğini ve yapılacak seçimden sonra oluşacak parlamentoda da aynı çoğunluklarla kabul edilmesi gereken metnin, yapılacak referandumda da onaylanması gerektiğini düzenlemektedir. Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin referandum gerektiren değişiklikleri Parlamento'nun yapacağı değişikliklerden ayıran kararlarının incelemesi için bkz. GÖZLER, *supra* note 44, sh. 34-40.

56 İsviçre Konfederasyonu Anayasası m. 193-195 (18 Nisan 1999).

57 Aynı terim anayasa değişikliği yapma iktidarı ile ilişkili olarak da kullanılmaktadır. Bkz. Michel Lascombe, LE DROIT CONSTITUTIONNEL DE LA V REPUBLIQUE 331-37 (9th ed, 2005).

58 PETER QUINT, THE IMPERFECT UNION: CONSTITUTIONAL STRUCTURES OF GERMAN UNIFICATION 49 (1997).

59 Alıntı için in id.

60 Bkz. id. at 50-51.

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

cak kayda değer bir biçimde, 146. madde birleşmeden sonra da Anayasa'da muhafaza edilmiştir. Anayasa'nın tanıdığı kurucu otoritenin, anayasayı değiştirme sürecini düzenleyen 79. maddeyle uyumlu olduğu şüphelidir. Olağan değiştirme iktidarı için olduğu gibi, Alman halkının *"özgür kararının"* da, Anayasa'nın 79. maddesinin 3. paragrafında düzenlenen değiştirilemez hükümleri değiştiremeyeceği iddia edilmiştir.[61] Bir kurnaz yorumcunun, bu tür sorunların kendisi de doğal olarak Anayasa yaratıcısı olan Anayasa Mahkemesi tarafından çözümlenmesi gerekebileceğini iddia etmesi, bu tür düzenlemelerin doğası hakkında fikir vermektedir.[62]

Bir önceki bölümde öne sürülen gerekçeler nedeniyle, kurucu otoritenin anayasallaştırılmasına ilişkin bu denemeler derin bir çelişki barındırmaktadır. Kurucu otoritenin tanınması, tüm pozitif hukukun üstünde bir şeyin varlığını gerektirmektedir ve bu da onun hukuka dayandırılmasını mantıken olanaksız kılmaktadır. James Madison tarafından 1789 yılındaki ilk Birleşik Devletler Kongresinde önerilen Haklar Bildirgesi tasarısının ilk maddesi, Kongre tarafından reddedilmemiş olsaydı anayasa metninin başına şu hükmün girmesi söz konusu olacaktı: *"devlet her ne zaman kuruluş amacı için yetersiz duruma düşer ya da ondan sapmış olursa, halkın onu değiştirmeye devredilemez, inkâr edilemez ve kesin nitelikte bir hakkı vardır"*.[63] Dönemin pek çok eyalet anayasası benzer hükümler içermekteydi.[64] 1793 yılında toplanan Ulusal Konvansiyon'un Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'ne eklediği düzenlemeler arasında *"bir halkın, anayasasını her zaman gözden geçirmeye, değiştirmeye ve iyileştirmeye hakkı vardır. Bir nesil kendisinden sonra gelen nesilleri kendi hukukuna tabi kılamaz"* ifadesi de bulunmaktadır.[65]

---

61 *See* Christoph Möllers, *"We (are afraid of) the people:" Constituent Power in German Constitutionalism* in THE PARADOX OF CONSTITUTIONALISM, 87, 96-98 (MARTIN LOUGHLIN & NEIL WALKER, ED. 2007).

62 Bkz. QUINT, *supra* note 58, sh. 54-55.

63 1 Annals of Congress 451 (Temsilciler Meclisi, Birinci Kongre, Birinci Birleşim).

64 Bkz. Kentucky Anayasası, 1792, madde 12(12); New Hampshire Anayasası, 1792, madde X; Pennsylvania Anayasası, 1790. madde IX (2).

65 Madde 28.

Alman Anayasası' 146. maddesinde olduğu gibi, bu tür ilkelere ilişkin anayasal ifadelerde, tipik bir şekilde, bu hakka sahip olan *"halkın"* tanımlanmasına ve hatta belirlenmesine ilişkin bir teşebbüste bulunulmamıştır. Onların bu hakkı kullanmada tabi olacakları maddi ve şekli sınırlamaları belirlemede, daha da az bir arayış içinde olunmuştur. Bu nedenle retoriğe ilişkin bir dekorasyon malzemesi gibi azledilebilirler. Bir anayasa yapımına fiilen girişildiğinde, bunun pozitif hukukla olan sıkıntılı ilişkisi genellikle aşikârdır. Bu duruma, ABD Anayasası'nı yapan 1787 Philadelphia Konvansiyonu'ndan daha iyi bir örnek bulunamaz. Kıta Kongresi tarafından Konfederasyon Düzenlemelerini görüşmek üzere toplantıya çağrılmış olan bu Konvansiyona yapılan davette, *"sadece ve açık bir biçimde Konfederasyon Düzenlemelerini gözden geçirmek amacıyla ve Kongre ile bazı yasama organlarına rapor sunmak üzere"* toplanılacağı ifade edilmiştir. Konvansiyonun toplanma amacı, *"Kongre tarafından kabul edilecek ve devletler tarafından onaylanacak olan"* öneriler sunmaktan başka bir şey değildi.[66] Bu yetkisini büyük ölçüde aştığında ve Kongre ile devletlerin yasama organlarının sahip olduğu yetkilerin çevresinden dolandığında, eylemlerinin *"halkın"* nihai otoritesine dayandığı gerekçesiyle savunulduğunu yukarıda görmüştük. Maddelerin öngördüğü pozitif hukukun, kurucu otoritenin haklarını savunmadığına ve savunamayacağına işaret edilmiştir. Bir delege *"bizim Konfederasyonun temelleri üzerine ilerlediğimizin varsayılması hatadır. Konvansiyon, Konfederasyon için meçhuldür"* diyerek kurucu sürece yönelik hukuki itirazlara karşı çıkmıştır.[67]

Pozitif hukukun kuralları ile kurucu otoriteyi tanımlama ve kontrol altında tutma girişimlerinin etkisi Amerikan eyaletlerindeki anayasa konvansiyonlarının eylemleri ile ilişkili olarak bazı durumlarda teste tabi tutulmuştur. 1872'de Pennsylvania'da yaşanan tecrübe, bu soruna ne denli muğlâk yaklaşılabileceğini resmetmektedir. 1838 tarihli Anayasa, ana-

---

[66] MAX FARRAND, RECORDS OF THE FEDERAL CONVENTION OF 1787 AT 13-14 (1911). Genel olarak bkz. Kay, *Illegality*.

[67] 2 M. FARRAND *supra* note 66, sh. 51.

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

yasa değişikliklerinin her iki mecliste ve ardından halkoylamasında kabul edilmesi gerekliliğini getirmişti. Anayasa konvansiyonu için hiçbir hüküm bu Anayasa'da yer almıyordu. Ancak, 1871 yılı Haziran ayında yasama organı bir anayasa konvansiyonu toplanması konusunu halkoylamasına sundu. Bu düzenlemenin halkoylamasında kabul edilmesinden sonraki yıl içinde kabul edilen bir yasa, konvansiyonun seçimi ve toplanmasına ilişkin düzenlemeleri ele aldı. Bu konvansiyon toplanarak yeni bir anayasa hazırladı ve kabul etti. Bundan sonra konvansiyon, anayasa önerisinin oylanacağı halkoylamasının organizasyonuna ilişkin bir kanun gücünde düzenleme yaptı. Bu sonuncusunun birkaç yönden konvansiyonun yetkilendirme yasasına (ama mevcut anayasaya değil) aykırı olup olmadığı tartışmalıdır. Resmi görevlilerin, konvansiyonun belirlediği şartlara göre yapmak üzere olduğu halkoylamasını engellemek için iki dava açılmıştır. Bu davalardan bir tanesi yargıç Edwin H. Stowe'un dikkat çekici görüşü ile reddedilmiştir. Bu kararlar, eyalet anayasanın Haklar Beyannamesi'nde yer alan ve *"halkın uygun gördüğü şekilde anayasayı değiştirmek ya da ortadan kaldırmak yönünde devredilemez ve inkâr edilemez bir hakkı olduğunu"* doğrulamış ve *"böyle bir iktidarın anayasanın üstünde ve ondan önce var olduğunu"* belirtmiştir. Anayasayı yeniden yapma hakkı, *"anayasada bunun için bir yol bulunsun ya da bulunmasın tüm durumlarda ve her zaman"* vardır. Bu hak bir kez devrimsel nitelik kazandığında *"sınırlanmış ve değiştirilmiştir."* Bunun uygulanması *"devletin kurulmuş organlarının onayı ile gerçekleşecek anayasal ve yasal devrimle"* gerçekleşebilir. *"Yarı devrimsel karakteri"* ile konvansiyon *"kendisinden beklenen amacı gerçekleştirmek için mutlak güce sahiptir...Bir kez uygun otorite tarafından eyleme davet edildiğinde, yasama tarafından ne feshedilebilir ne de sınırlanabilir."*[68]

Bu, Pennsylvania Yüksek Mahkemesi'ni ürküten bir görüştü. Yüksek Mahkeme açılmış olan ikinci davada, konvansiyonun varlık sebebi olan yasama organının belirlemiş olduğu yetki alanının dışına çıkma hakkı olmadığına karar vermişti.

---

[68] Wood's Appeal, 75 Pa. 59, 1874 Pa. LEXIS 35, at 8-10, 21-22 (1874).

Daha geniş bir iktidarın tanınması hiçbir biçimde halkın Haklar Bildirgesi'nde tanınmış olan haklarının teyit edilmesi anlamına gelmiyordu. Konvansiyon delegeleri yetki yasasında belirtilen sınırlı bir amaç için seçilmişler ve toplanmışlardı. Sadece o yasa, halkın onayının varlığından söz etme olanağı sağlıyordu. Konvansiyon yasanın *"zürriyetindendir; varlığının başka hiçbir kaynağı yoktur."* Konvansiyonun yetkisiz eylemlerine geçerlik tanımak, halkın karar alma hakkından mahrum bırakılması sonucu doğurabilir. Davalı görevliler, konvansiyonun yasasında belirlenen kurallar uyarınca, referandum yapmaktan men edilmişlerdir.[69] Yargıç Stowe'un kararı Yüksek Mahkeme'nin kararından bir süre sonra verildiği için, kendisinin *"tehlikeli ve tutarsız görüşleri"* ile ilişkisinin kesilmesi sorunlu olmuştur. İleri sürülen vakıalar *"yasamanın halkı sınırlama yetkisinin"* olup olmadığını değil, ama *"halkın hukukun araçsallığından da yararlanarak kendi delegelerini sınırlama hakkının"* olup olmadığı sorusunu gündeme getirmiştir. *"Devletleri ve anayasaları değişmediği sürece yasa, halkın egemenliğinin en üstün eylemidir."* Konvansiyon kendi kaynağının üzerine çıkamaz.[70]

Ancak, gelişmeler yasama ve kurucu otoritenin bu muntazam üstünlüğünü bulanıklaştırmıştır. Yüksek Mahkeme her iki kararında da, önceki anayasa, sadece anayasası değiştirmekte izleneceği belli bir yöntemi belirlediği ve bu yöntem incelenmekte olan süreçte bütünüyle görmezden gelindiği halde, ne konvansiyonu yaratan yasanın, ne de halkoylamasından sonra potansiyel eylemlerin anayasaya uygunluğunu sorgulamamıştır. Mahkeme, çelişkili bir iddia olarak, konvansiyon yönteminin halkın özgün iradesini ifade etmesinin bir yolu olduğunu kabul etmişti -bu anayasanın pozitif kurallarının dışında bir şeydi-; fakat böyle algılanması yetkilendirme yasasının kaynaklık ettiği pozitif hukukun yetkilendirmiş olmasındandı.[71] Daha çarpıcı olan, aynı Yüksek Mahkeme Yargıç Stowe'un başvurusu üzerine kararını açıkladığında, kon-

69 *Wells v. Bain*, 79 Pa. 39, 48 1873 Pa. LEXIS 162, 22,

70 Wood's Appeal, *supra* note 64 at 69-72, 25-35.

71 Wells v. Bain, *supra* note 65 at 47-48

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

vansiyonun hazırladığı taslak halkoylamasında onaylanmış ve yürürlüğe girmesinin üzerinden neredeyse bir yıl geçmişti. Mahkeme kabulün geçerliliği üzerinde hiçbir kuşku yaratmadı. Mahkeme, konvansiyonun sınırlı yetkileri üzerine söylevini açıklamadan önce, *"halk tarafından kendi siyasal kurumları üzerinde, önerilmiş Anayasa'nın kabulü ile yapılacak değişiklikler sorunu, yasa (kendisine dayanılan) bu davanın esasına girmeyi yasakladığından, artık yargısal olmaktan çıkmıştır..."* sonucuna varmıştı.[72]

Mevcut bir rejimin yasal kurumları tarafından var edilen anayasa koyucu organların ikicil karakteri, kurucu otorite ile ilgili tartışmalarda sürekli gündemde kalmış bir konudur. Jon Elster'in 1787 Philadelphia Anayasa Konvansiyonu ve 1789 Fransız Ulusal Meclisi ile ilgili olarak söylediği gibi, *"meclisler ile onları toplayanlar -yaratan ve yaratılan- arasındaki gerginlik her iki sürecin de merkezini oluşturuyordu."*[73] Sieyès için, *"halkın"* kurucu otoritesini, Genel Meclislerin (Estates-General) mekanizması içinde yer alan eski *"kurulu"* otoriteye katılmak üzere seçilmiş bireylere vermek, çok açık sorunlar barındırıyordu. Fakat, söz konusu organının seçilmesi ve toplantıya davet edilmesi -175 yılda ilk kez meydana geliyordu- gerçekten sıra dışıydı. Toplanmasına sebep olan finansal krizin, genel olarak krallığın temel siyasal yapısına temerküz ettiğine inanılıyordu ve hazineden sorumlu olanlar, delegelere, özellikle de üçüncü meclisten gelenlere, yeni bir anayasa tasfiyesi beklentisi içinde olmaları talimatını vermişlerdi.[74] Bu koşullar altında, Üçüncü

---

72 Wood's Appeal, *supra* note 64 at 68-69, 24-25. Ayrıca bkz. Armstrong v. King, 281 Pa. 207, 222-223, 126 A. 263, 268 (1924)(*"Halk tarafından onaylanma, onlara sunulmuş Anayasa'ya ya da anayasa değişikliğine saldırılamaz bir geçerlilik kazandırır."*) Amerika'da anayasa konvansiyonları ve referandumlara yönelik itirazlarla ilgili içtihatlar için bkz. JOHN A. JAMESON, A TREATISE ON CONSTITUTIONAL CONVENTIONS: THEIR HISTORY POWERS AND MODES OF PROCEEDING (1887); ROGER S. HOAR, CONSTITUTIONAL CONVENTIONS: THEIR NATURE, POWERS AND LIMITATIONS (1917).

73 Jon Elster, *Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris*, 14 CARDOZO L. REV. 549, 559 (1994)(hereinafter Elster, *Bootstrapping*).

74 Bkz. TIMOTHY TACKETT, BECOMING A REVOLUTIONARY: THE DEPUTIES OF THE FRENCH NATIONAL ASSEMBLY AND THE EMERGENCE OF A REVOLUTIONARY CULTURE 77-116 (1996); CHIMÈNE KEITNER, THE PARADOX OF NATIONALISM: THE FRENCH REVOLOUTION AND ITS MEANING FOR CONTEMPORARY NATION-BULIDING 55-63 (2007).

Meclisin Haziran 1789'da kendisini Ulusal Meclis'e ve daha sonra da Kurucu Meclis'e dönüştürmesi, önlenemez değilse de, anlaşılabilir bir şeydi. *"Üçüncü Meclis nedir?"* eserinde Sieyès, ulus adına hareket eden olağanüstü temsilcilerin *"vekil olarak atanmalarında hangi unsur etken olursa olsun"* sahip oldukları kapasiteyi öngörebilmişti.[75] Kurucu otoritenin toplanması, nihayetinde, mevcut kurulu iktidarların yerlerine yenilerinin konmasını gerektirecek kadar bozulmuş oldukları inancının bir ifadesidir.[76] Bu koşullar içinde -ve bir kriz döneminde halkın oyuyla seçilmiş olmanın sağladığı meşruiyet ile- böyle bir organının salt hukuki sınırlamalardan bağımsız olmanın cazibesine kapılması anlaşılabilir olmalıdır. 1821 yılında New York Anayasa Konvansiyonu'ndaki bir delege yasal hakların varlığına ilişkin bir ön kabule dayanan bir iddiaya karşı şöyle bir cevap vermiştir: *"İlerlememizi hiçbir şey sınırlayamaz (...) Bayım, bizler toplumun temelleri üstünde duruyoruz. Devletin unsurları bizim çevremize yayılmış bulunuyor."*[77]

Tabii ki bazı durumlarda, bir meclis yürürlükteki anayasanın kurallarına göre toplanabilir, kendisini anayasanın görevlisi gibi görebilir, onun belirlediği yöntemlere uyabilir ve pozitif hukukun sınırladığı yetki alanını aşmamak için yapacağı değişikliklerde sınırlı hareket edebilir. Amerikan eyaletlerindeki anayasa konvansiyonları gerçekten de genellikle bu yolu tercih etmiştir. Yukarıda aktarmış olduğum Pennsylvania tecrübesinin aksine, bazı durumlarda bu türden anayasa değişiklikleri, eyalet mahkemelerinde geçersiz kılındıktan sonra aksi yöndeki mahkeme kararına uyumlu hale getirilmek üzere değiştirilmişlerdir.[78]

---

75 SIEYÈS, *supra* note 4, sh. 131. O, Meclis'in ürününün geçici olabileceğini ve daha uygun bir anayasa koyucunun onaylamasının bekleneceğini ummuştur. Bkz. Jaume, THE PARADOX OF CONSTITUTIONALISM içinde, sh. 69-70.

76 Bkz. Jon Elster, *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process*, 45 DUKE L.J. 364, 375 (1995) (Bundan sonra Elster, *Forces*).

77 Alıntı için bkz. JAMESON, *supra* note 72, sh. 303.

78 Örneğin bkz. State ex rel Kvaalen v. Graybill, 159 Mont. 190. 496 P.2d 1127 (1972) (bir devletin anayasa konvansiyonunun eğitici işlevini bir komiteye devredemeyeceğine ve konvansiyonun *"genel"* bir otoritesi olduğuna ilişkin iddianın reddine karar vermiştir.")

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

Ne var ki, son tahlilde ve üzerinde çalıştığımız tanımlar çerçevesinde, gerçek bir kurucu otorite uygulaması hiçbir zaman yasal biçimle olan ilişkisi üzerinden tanımlanamaz. Yeni bir anayasa yapmayı sorgulamak, kimin yasal yaptırım olmaksızın hukuk yaratabileceğini sormaktan ibarettir. Bu, yukarıda açıklanan anayasayı değiştirme iktidarının sınırlarına ilişkin yargısal öğrenmenin, basitçe diğer yüzünü oluşturmaktadır. Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin söylediği gibi bir değişiklikle *"Anayasanın kimliğini yok etmek"*[79] mümkün değilse, bir anayasayı yok eden ve yerine etkin bir biçimde yenisini koyan bir eylem kurucu otoritenin kullanımına vücut vermektedir. Yeni bir anayasa yapmak -yürürlükteki bir anayasanın değiştirilmesinden farklı olarak- her zaman, özellikle bir yönden, bir olumsuzlama eylemidir.[80] Burada değişikliğin niteliği önemli bir değere sahiptir. Değişiklik, bir yasal düzenlemenin geçerliliğinin, mantıklı bir akıl yürütme zinciri ile önceki anayasaya dayanmasını olanaksız kılacak biçimde hukuk sisteminin *"kimliğini"* değiştirmiş midir? Michel Rosenfeld'e göre anayasa yapımı, *"anayasa öncesi geçmişten gelen malzemeyi içine almayı çağırır biçimde, hem anayasa öncesi kimliklerin olumsuzlanmasını, hem de yeni bir kimlik yaratılmasını gerektirir."*[81] Tüm hukuk yaratma (kural tanıma) için temel yaptırımın değiştiğini söyleyebildiğimizde, söz konusu değişimi yapanı kurucu otorite olarak adlandırmak uygun olacaktır.

Sonuç olarak, daha önce yasa yapımı görünümünde anayasaya örnek verdiğim Antigua ve Barbuda anayasası 1981 yılında yürürlüğe girdiğinde, sadece yeni siyasal kurumlar üstüne yükselen bir yepyeni anayasal sistemin doğmuş olduğunu değil, aynı zamanda İngiltere'deki kuruluşlar ya da kişilerle paylaşılan yönetim hakkının da kesilip atıldığını belirlemişti. Bu

---

79 Minerva Mills Ltd. V. Union of India, A.I.R. 1980 S.C. 1789, alıntı için Albert, *supra* note 43, sh. 24.

80 Bkz. ROSENFELD, *supra* note 41, sh. 46-51.

81 ROSENFELD, *supra* note 41, sh. 186. Rosenfeld, *"anayasa öncesiyle"* kendisi için anayasa yapılan halkın, tarihteki belli özelliklerini ifade etmektedir. Bana göre, her türlü yasa yapımı için sosyal ve siyasal koşullara bir referans olarak, mantıksal olduğu kadar tarihsel bağlamda da daha işlevsel anlaşılabilir.

sürece, İngiliz kolonyal otoritesinin yönetimindeki yerel hükümetin, anayasa taslağına ilişkin kamu oyu görüşlerinin toplandığı ve karşılaştırıldığı bir anayasa komisyonunun ve 1980'de Antigua siyasal partilerinin, bölgesel kuruluşlarının ve İngiltere Dış İlişkiler ve Milletler Topluluğu dairesinin yer aldığı özel bir anayasa konferansı dahil olmuştur. Antigua ve Barbuda parlamentosu, İngiltere Kraliçesi'nin bir kararname olarak yayımladığı anayasa metnini onaylamışlardır.[82] Bu durumda, evrak takibi sonucunda hukuk dışı bir adımın izi bulunmuyorsa da, Antigua ve Barbuda anayasasının gücünün İngiliz Parlamentosu'nun bir yasasına dayanan yürütme organı olarak Kraliçe'nin yetkisinden türediğini söylemek aşırı biçimde şekli olacaktır. Anayasaya gerçekte yürürlük etkisi sağlayan kararların belirlenmesi, karmaşık bir meseledir (bu husus sonraki iki bölümde ele alınacaktır). Ancak bu durumda, *"Antigua ve Barbuda halkının" "üstün hukukun çerçevesini tesis etme arzusu"* üzerine inşa edilmiş olan anayasanın söylediğine inanmak kesinlikle gerçeğe daha yakındır.[83] Bu, daha önce İngiliz İmparatorluğu tarafından yönetilmiş pek çok bağımsız devlet için tipik bir tecrübedir. Yeni bir anayasal düzenin yerli süreçlerle maddi olarak kabulü, kolonyal hukuki otoritenin eski mekanizmaları tarafından hukuki bir biçime kavuşturulmuştur.[84]

Belli koşullar altında, kurucu otorite uygulamasının bir hukukilik örtüsü arkasında maskelenmesi önemli siyasal menfaatlere hizmet edebilir. Anayasa yapım anı, tipik bir biçimde, ilgili toplumun siyasal değerlerinin yoğun bir müzakereye tabi tutulduğu andır. Genellikle olduğu gibi, bu değerlerden biri hukuki düzenlilik ise, devrimsel nitelikteki değişimi pozitif hukukun görünümü ve retoriği ile birleştirmek yararlı olabilir.[85] 18. Yüzyıl Alman yazarlarından Friedrich von Gentz, Amerikan

---

82 İngiltere'de kararnameler üzerine bkz. BRADLEY & EWING, *supra* note 1, sh. 680-81.

83 Antigua and Barbuda Anayasası, (Antigua and Barbuda Anayasal Kararnamesine Ek 1).

84 Bkz. STANLEY A. DE SMITH, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW 75-85 (4th ed. 1981).

85 Bkz. Richard S. Kay. *Legal Rhetoric and Revolutionary Change*, 7 CARIB. L. REV. 161 (1997).

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

ve Fransız devrimlerini bu temelde birbirinden ayırır. Amerikalılar -Bağımsızlık Bildirgesi'nde *"halkın"* sınırsız iktidarına yapılan talihsiz referansları dikkate almış olmakla birlikte- her zaman İngiliz kraliyetine tabi olanların önceden sahip oldukları haklarının sınırları çerçevesinde hareket etmişlerdir. Diğer taraftan Fransız devrimcileri, hukuki yarar olmaksızın hareket ettiklerinden, sürpriz olmayan biçimde aşırılıklar olagelmiştir:

"Büyük bir taahhüdün gerçekleşmesiyle birlikte, hayali bir gereksinim veya sınırsız bir arzunun verdiği esinle, kesin hakların sınırlarından taşan bir adım atılmıştır ve her şey hukuka uygun ilan edilmiş ve derhal keyfi iradenin ölçülemez alanı devreye girmiştir; ve mevcut anayasaya saldırmaktan başka ilkesi olmayan bir devrim, hayalin ve suçluluğun nihai uçlarına doğru ilerlemelidir."[86]

Bu bölümün başında alıntılamış olduğumuz *"hukuka uygun"* anayasal kaynağa yapılan Kanada övgüsü, her türlü değişiklikle hukuki biçimi sağlamanın sezgisel değerine ilişkin güzel bir örnektir. Gerçekten de, Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu'nun (Venedik Komsiyonu), anayasa değişiklikleri üzerine yakın tarihli bir raporunda *"yeni bir anayasanın benimsenmesinde dahi yasal yöntemlerin kullanılması güçlü bir biçimde onaylanmıştır."* Böyle bir tutum, Komisyon'a göre *"yeni sistemin istikrarını, hukukiliğini ve meşruiyetini güçlendirecektir"*.[87] Böyle durumlarda, ne kadar mantıksız olursa olsun hukuka uyulması, Claude Klein'ın gözlemlediği gibi, *"yumuşak bir geçişi"* kolaylaştırabilir.[88]

Bununla birlikte, kurucu otoriteyi ararken, böyle bir hukuki biçimin avutucu olması muhtemeldir. Kaynağını tanımlamadan önce, kurucu nitelikteki olayın gerçekliğini görmemiz gerekir. Bu nedenle, anayasal değişiklikle, adına atıf yapılmış olan önceki hukuki otorite arasındaki gerçek ilişkiyi sorgulamamız

---

86 FRIEDRICH VON GENTZ, THE ORIGIN AND PRINCIPLES OF THE AMERICAN REVOLUTION, COMPARED WITH THE ORIGIN AND PRINCIPLES OF THE FRENCH REVOLUTION 54-55 (John Quincy Adams, trans. 1800) (Bu referans için Chimène Keitner'e müteşekkirim.)

87 Venedik Komisyonu Raporu, sh. 15.

88 KLEIN, *supra* note 8, sh.195 -196.

gerekir. Sonrakinin öncekini geçerli kıldığı bir durum mu, yoksa sadece *"geçerlilik sağlayan bir görünüm mü"* bulunmaktadır?[89] Goerges Liet-Veaux tarafından, Üçüncü Cumhuriyetin hukuki araçları ile Vichy rejiminin kurulmasına ilişkin olarak kullanılan daha yakıcı bir terim *"anayasaya karşı hile"*dir.[90] Bazı durumlarda temel anayasa değişikliğinin katılımcıları, tam olarak kendisini meydana getiren siyasal güçlere açık ve aleni referans talebinde bulundukları için yeni rejimin meşruiyetini algıladıklarından, hukuki haklılaştırma aracını itiraz edilebilir bulurlar. İrlanda 1937 Anayasasını kabul ettiğinde, anayasayı yapan kuruluşlar, hiçbir biçimde İngiltere Parlamentosu tarafından bahşedilen yetkileri kullanmadıklarını açıklamakta sıkıntı çekmişlerdir.[91] Benzer bir biçimde, Kanada'da anayasal reform önerildiğinde, Kanada Barolar Birliği'nin bir komisyonu, hemen yukarıda aktarılmış bulunan Adalet Bakanlığının duygusallığının aksine, yeni bir anayasanın *"kurulu hukuk düzeni ile ilişkisini koparmak"* amacıyla İngiltere'deki otoritelere atıfta bulunmadan uygulanmasını önermiş, ama başarısız olmuştur.[92]

---

89 H.L.A. HART, ESSAYS IN JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY, 318-321. *"İki kuralın tek bir sistemi meydana getirdiğini kanıtlamak için, bunlardan birinin diğerinin aradığı belli bir tanımlamayı karşıladığını göstermek yeterli değildir. İki kural arasında böyle bir ilişki olduğunda, önemli bir nitelik olarak, bir kuralın "diğer kuralın geçerliliğini belirlediğini" ya da bir kuralın diğerinin "geçerlilik sebebi olduğunu" vurgulamadan bu gerçeği ifade etmek, tehlikeli biçimde yanıltıcı olabilir. Böyle yapmak, geçerlilik sağlayan normların diğerleri için ne söylediği üzerinde fazlasına yoğunlaşmak veya yasaların içeriğine değil, ama onların tanınma biçimine ilişkin meselelere çok az dikkat çekmek olur."* Id. sh. 318-21.

90 Georges Liet-Veaux, *La "Fraude a la Constitution": Essai d'une Analyse Juridiques des Révolutions Communitaires Récentes: Italie, Allemand, France*, 59 REVUE DU DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE EN FRANCE ET A L'ETRANGER 116 (1943). Liet-Veaux made clear that legal fraud, in this context, did not always carry a pejorative connotation. Id. at 145 (*"Grâce à la forme régulière qu'elle revêt, la revolution par fraude à la constitution évite bien des troubles et des émeutes."*) Bkz. KLEIN *supra* note 8, sh. 153-156.

91 *"Buradaki sorun, eskisine atıfta bulunmadan yeni anayasa yapmış olmaktadır."* MARRKU SUKSI, MAKING A CONSTITUTION: THE OUTLINE OF AN ARGUMENT 71 (alıntı için ANGELA CLIFFORD, THE CONSTITUTIONAL HISTORY OF EIRE/Ireland 88-90 (1983)); Richard S. Kay, *Comparative Constitutional Fundamentals*, 6 CONN. J. INT'L L. 445, 455-58 (1991)(bundan sonra Kay, *Comparative*).

92 Committee on Constitution, Canadian Bar Association TOWARDS A NEW CANADA 6 (1978) alıntı için PETER W. HOGG, CANADIAN CONSTITUTIONAL LAW 59, n. 42 (Student ed. 2006). Ayrıca bkz. KENNETH C. WHEARE, THE CONSTITUTIONAL STRUCTURE OF THE COMMONWEALTH 89-113 (1960 reprinted

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

Beğenelim ya da beğenmeyelim, gerçek bir kurucu otorite yasal bir yetkilendirmenin verdiği rahatlık içinde çalışmalıdır. Clermont-Tonnerre Kontu Fransız Kurucu Meclisi'ne *"anarşi, korkutucu ama gerekli bir geçiş aşamasıdır; sadece bu anda yeni bir düzen yaratılabilir"* demişti.[93] Her beşeri fenomen gibi, hukuk sistemi de, bir başlangıca sahip olmalıdır. *"Dünyanın sonsuza dek üst üst duran kaplumbağaların üstünde durması"* söz konusu olamaz.[94]

III. Halkın Versiyonları

Kimin kurucu otoriteye sahip olduğu sorusuna hukuki bir yanıt bulamamamız, bize sosyal ve/veya siyasal nitelikte bir tanesini tanımlama yükümlülüğü getirmektedir. 21.yüzyılın başında, böyle bir soruyu düşünen herkes için bu tür bir otorite apaçık ortadaydı. Kurucu otorite yetkisi *halka* aitti.[95] Bu fikir o denli derin bir biçimde yer etmişti ki, anayasacılık üzerine yazan pek çok düşünür bu fikri kendi kendisinin kanıtı bir başlangıç noktası olarak almaktadır.[96] Yakın tarihte bir yazar, anayasaların, *"Biz, halk"* deyiminin kullanıldığı bir edebiyat türü haline geldiğinin söylenebileceğini yazmıştır.[97]

A. Halkın Alternatifleri

Şu anda neredeyse evrensel olarak tanınmış olan bu otoriteyle ilgili boyutların ve zorlukların tartışmasına geçmeden

---

Greenwood Press, 1982)

93 Alıntı için, Elster, *Bootstrapping* at 557.

94 Yazarın orijinal metinde kullandığı *"turtles all the way down"* deyiminin kaynağı tam olarak bilinmemekle birlikte, dünyanın *"evrende birbirinin üstünde duran kaplumbağaların sonuncusunun üstünde yer alan düzlük"* olduğu iddiasını yansıtmak için kullanıldığı bilinmektedir. Stephen Hawking'in ünlü eseri Zamanın Kısa Tarihi'nde bu deyimle ilgili bir anekdota yer verilmiştir (Çevirenin notu).

95 Bu ve daha sonraki bölümlerde, kurucu otorite yetkisini kullanan irade sahibi bir varlık olarak halktan bahsettiğimi belli etmek için *'halk'*ı italik yazacağım. Alıntılar da ise değişikliğe gidilmeyecektir.

96 Bkz. Pavlos Eleftheriadis, *Law and Sovereignty* 3-4. (October 9, 2009). Oxford Legal Studies Research Paper No. 42/2009. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1486084

97 Ming-Sung Kuo, *Cutting the Gordian Knot of Legitimacy Theory? An Anatomy of Frank Michelman's Presentist Critique of Constitutional Authorship*, 7 I.CON, 683, 683(2009).

önce, meşru anayasaların farklı kaynaklara dayanabileceği ve dayanmış olduğu biçimindeki notumuza geri dönmekte yarar bulunmaktadır. Örneğin, bir devleti idare eden temel kuralların aşkın bir yasaya dayandırılmasına tümüyle aşinayızdır. En geleneksel Yahudi anlayışına göre Tevrat, Musa'ya vahiy yoluyla gönderilmek suretiyle İsrail halkına Tanrı tarafından verilmiş bir kuraldır.[98] Carl Schmitt, *"Ortaçağ anlayışına göre, sadece Tanrı, kuruculuk yetkisine sahiptir"* diye yazmıştır.[99] Halkın kurucu otoritesine kesin bir onaylamayla yaklaştığına yukarıda değindiğimiz James Wilson, bu otoritenin *"içimizdeki aşkın izleyiciler"* tarafından telkin edilen ve düzenlenen ahlaki bir duygudan kaynaklandığını düşünmüştür. Ona göre *"İnsan hukukunun otoritesi, nihai olarak aşkın olan hukukun otoritesine dayanmalıdır"*.[100] Bugün, teokratik devletler anayasa hukuku da dahil, tüm hukukun bağlayıcılığını, bunların Tanrının emirlerinden kaynaklanmasına ya da en azından onunla uyumlu olmasına dayandırmaktadırlar. Tanrının üstün otoritesine çeşitli atıflarda bulunan 1979 tarihli İran Anayasası'nın 4. Maddesi şöyledir: *"Bütün hukuki, cezai, finansal, ekonomik, idari, kültürel, askeri ve diğer konulara ilişkin kanunlar ve düzenlemeler İslami ölçütleri esas almalıdır. Bu ilke, genel olarak ve kesin bir biçimde hem Anayasa'nın maddeleri, hem de diğer kanunlar ve düzenlemeler için geçerlidir."*[101]

Monarşi ilkelerinin yerleşik olduğu toplumlarda (bazı durumlarda kendisi de aşkın bir manifestoya dayanır), sadece Kralın kurucu otorite yetkisine sahip olması doğaldır. Fransız Devriminin erken dönemlerinde, Ulusal Meclis'in Kralın onayı olmadan ne yapabileceği geçek bir sorun oluşturmuştu.[102] 1814 tarihli Bourbon restorasyonunun Anayasal Şartı, en azın-

---

98 Pirke Avot, Ch. 1. v.1.

99 Schmitt, *supra* note 1, sh. 126.

100 Wilson, *supra* note 10, sh. 92-93.

101 İran İslam Cumhuriyeti Anayasası 4. madde. Ayrıca bkz. Aynı Anayasa'nın, *"Kutsal Vahiy ve onun kanunları oluşturmadaki temel rolü"* ile *"Yaradılışta ve yasamada Allahın adaleti"*ne inancın teyit edildiği *"Genel İlkeleri"* düzenleyen 2. maddesi.

102 Elster, *Arguing*, sh. 370.

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

dan biçimsel olarak, Kralı kurucu otoritelikten, kurulu otoriteliğe indirmiştir. Bununla birlikte, Kral anayasanın koyduğu ilkeler üzerine yemin ederken, Anayasanın kendisi *"Fransa'da bütün otorite Kralın şahsından kaynaklanır"* demekteydi. Şarta göre Kral, onu *"gönüllü olarak ve kraliyet otoritesinin hür iradesi"* çerçevesinde yayımlamıştı.[103] 19. Yüzyıl Avrupası'nda pek çok anayasa, hüküm süren monarkların fermanı ve yapıldıkları koşullar her nasıl olursa olsun, onların iradesinin ifadesiydi. Sardunya-Piedmont Kralı 1848 devriminin gözlemcisi olarak, bir anayasaya razı olmuştur ve anayasayı sadece *"Kraliyet otoritesine dayanarak (...) ve sadece kalbimizin sesine kulak vererek"* yürürlüğe soktuğunu vurgulamıştır.[104] 1848 tarihli iki Prusya Anayasası da bu ayrıma bir örnek oluşturmaktadır. Kral IV. Fredrick William bir anayasa taslağı hazırlamak üzere bir ulusal meclis toplamış olmasına rağmen daha sonra bu meclisi reddetmiş ve sadece kendi otoritesine dayanarak bir anayasa yayımlamayı tercih etmiştir.[105] Aynı durum, ilk gerçek Türk Anayasası olan 1876 tarihli Osmanlı Anayasası için de geçerlidir.[106] Carl Schmitt 1928 yılında, monarşik kurucu otorite tasarımının sorunlu olmasına rağmen, ulusun demokratik otoritesine gerçek bir alternatif oluşturduğunu yazmıştı.[107] Bugün dahi, Basra Körfezi monarşilerindeki anayasalar, onları yürürlüğe sokan hükümdarların otoritesinden başka bir otoriteye dayanmamaktadırlar.[108]

Kurucu otoritenin bu farklı kaynaklarının akla yakınlığı, 20. yüzyılda anayasacılığın neredeyse bir evrensel değer haline

---

[103] 14 Haziran 1814 tarihli Anayasa Şartı, http://www.napoleon-series.org/research/ government /legislation/c_charter.html. Bkz. Jaume, *supra* note 33, sh. 76.

[104] Sardunya Anayasası (Mart, 1848).

[105] Justine Davis Randers-Pehrson, GERMANS AND THE REVOLUTION OF 1848-1849, 403-438 (2001).

[106] ERGUN ÖZBUDUN & GENÇKAYA, ÖMER FARUK, DEMOCRATIZATION AND THE POLITICS OF CONSTITUTION-MAKING IN TURKEY, 8-9(2009).

[107] SCHMITT, *supra* note 1, sh. 77, 18-130.

[108] Kuveyt Anayasası, 1962; Umman Saltanatı Temel Yasası, 1996; Katar Devleti Geçici Anayasası, 2004. Ayrıca bkz. Brunei Sultanlığı Anayasası, 1984.

gelmesi ile birlikte sona ermiştir. Dünya anayasaları üzerine yapılan bir araştırma, çok az sayıda anayasanın *halkın* kurucu eylemine dayanmadığını ortaya koymuştur. Bu otoriteye anayasanın tek geçerli kaynağı olarak başvurulmadığı durumlarda dahi, *halkın* onayına atıfta bulunulması gelenek haline gelmiştir. 2002 Anayasası'nı ilan eden Bahreyn Kralı, *"halkın iradesinin hayata geçirilmesi"* ve *"büyük halk tarafından bize verilen otoriteye uygun olarak"* demek suretiyle böyle bir davranış sergilemiştir.[109] Bu nedenle, kurucu otoritenin doğasına ilişkin bir sorgulama, bu koşullar altında ve büyük ölçüde, *halktan* ne anladığımızı sorgulamak anlamına gelmektedir.

Tanrı, Kral ya da rahiplerin neden uygun bir anayasa yapıcı olarak görüldüklerini anlamakta çok güçlük yaşamıyoruz. Bunlar, bilinen veya farz edilen niteliklere sahip bulunan ya da uygun anayasalar üretmesi beklenen açıkça tanımlanmış statüler olarak, belirlenebilir kaynaklardır. Bir toplum bunlara, temel yasanın kaleme alınmasında iyi görünen bilgelik, iktidar, onur, cesaret, iyilikseverlik gibi değerleri atfediyor olabilir. Ya da bir hukuk üstü normatif sisteme göre kurallar yapmaya yetkili olduklarına inanılıyor olabilir.[110] *Halkın* kurucu otorite olarak cazibesi ise farklıdır. Kendi kendini yönetme değerinin temelindeki ilke durumundadır. Bu ilke, hiç kimsenin bağlı olma iradesi bulunmaksızın, başkasının iradesine tabi olmaması gerektiği biçimindeki aksiyoma dayanır. Devletin zorlama gücüne dayanması ve devletin ona tabi olanların gerçek ya da farz edilen onayı ile meşrulaştırılması bunu takip eder. Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'ndeki sözlerle *"iktidarını yönetilenlerin rızasından almalıdır."*[111] Devletin kaynağını bir sözleşmede arayan tüm görüşlerde bu fikir, açık ya da zımni

---

[109] Bahreyn Krallığı Anayasası, 2002.

[110] Bkz. Norman Jacobson, *Knowledge, Tradition and Authority: A Note on the American Experience* in AUTHORITY (NOMOS VOL. 1) *supra* note 31, sh. 113, 121 (Amerikan siyasal sistemini şöyle betimlemektedir: genellikle kurucu figürünü sınırlayan bir aşkınlık, bir kişisel sadakat teorisi, iktidar kullanımını saran bir mistisizm, onsuz yönetme yeteneği ve bilgisine ilişkin bir imaj olmaksızın, kısacası, geleneksel bir siyasal otorite olmaksızın.)

[111] Bağımsızlık Bildirgesi, 1776, para. 2.

olarak bulunur.[112] *Halkın* anayasayı yapması, yönetilenlerin kurucu iktidarın yaptığı yasalara göstermesi gereken rızayı karşılar. Böyle bir temellendirme, Lincoln'ün *"halkın, halk için, halk tarafından yönetimi"* atfında özetlenmiş ve anayasacılık üzerine çağdaş doktrinde düzenli bir biçimde kendisini göstermeye devam etmiştir.[113]

Bu temeller üzerinde, *halkın* kurucu otorite yetkisini tanımak, soyut bir önerme olarak yeterince açık olabilir. Ancak, bu genel önermenin, belirli bir anda ve yerde, belirli bir anayasayı yapma otoritesine nasıl dönüştüğünü sorduğumuzda, bazı pürüzler ortaya çıkmaktadır. Bunların bir kısmını aşağıdaki bölümlerde ele alacağım.

B. Bir Halk Bulmak

Halkın kurucu otoritesini kendi kendini yönetme hakkına dayandıracak olursak, kendi yaptıkları anayasaya göre yönetilen insanlara bakarak betimleme yapmaya ihtiyaç duyarız. Başka olasılıklar bulunduğunu hayal etmek mümkün olmakla birlikte, belli bir yerde yaşayan bir grup insanla ilgilendiğimizi kabul etmek akla yakındır. *Halkın* belirlenmesinde ortak bir coğrafi alanda yaşama koşulunun yeterli olduğu iddia edilmiştir. Fakat uygulamada, bundan daha fazlasının gerekli olduğu aşikârdır. Güney yarım küre gibi çok büyük bir coğrafi alanı belirler ve *halkını* tanımlayabilirim. Bu nüfusun adil bir temsilini bir şekilde sağlamayı başarsam bile, ortaya çıkan kararları güney yarım küre *halkının* kararları olarak düşünmek saçma olabilirdi.[114] Bir halkın anayasa hakkında kararlar almaya yet-

---

[112] Örneğin, LOCKE, *supra* note 6, sh. 63.

[113] Örneğin, James Tully, *The Imperialism of Modern Constitutional Democracy* in THE PARADOX OF CONSTITUTIONALISM 325,320 (*"'kurucu iktidarı"* kendilerini yönetmek için insanların (bireysel ya da kolektif olarak)iktidarı olarak anlıyorum.") Bazı durumlarda, daha anlamlı haklılaştırmalar da önerilmiştir. Bkz. John O. McGinnis & Michael B. Rappaport, *A Pragmatic Defense of Originalism*, 101NW. U. L. REV. 383 (2007) (anayasa yapımı ve değiştirilmesindeki nitelikli çoğunluk kurallarının yönetimin üstün kuralları olduğunu iddia etmektedir.)

[114] Bkz. KEITNER, *supra* note 74, sh. 10 (*"Belli bir bölgenin bir ulus olması gerekli değildir: tek bir ulusun birbirine benzeyen üyelerinin aynı bölgede yaşamaları gerekli değildir."*)

kin olduğundan söz ettiğimizde, *"bir arada yaşan insan grubuyla kıyaslandığında daha yoğun bir varlık türü olan"* bir birlikteliğin varlığını varsayarız.[115] Yani, fiziki varlığı aşan derin ortaklıklar bulunmalıdır. Diğer bir deyişle, bir halka kurucu otorite yetkisi vermek, hukuk öncesi (ya da siyaset öncesi) bir grubu, kurulacak bir devletin halkı ile eşleştirmek anlamına gelecektir.[116]

Rousseau'nın ortaya koyduğu, hiçbir halkın doğrudan karar alamayacağı gerçeğini dikkate almadan, bu sorunu bütünüyle anlamak olanaksızdır.[117] Ona atfedeceğimiz her ne ise, halkı genel olarak bağlayabilecek biçimde bir temsil, müzakere ya da karar süreci içinde açıklanmış olması gerekir. Kurulu bir yasal sistemde, böyle bir bağlayıcı güç pozitif hukuka dayandırılabilir, fakat biz hipotez olarak, temsilcilere böyle bir gücün verilmesini sağlayacak bir yasanın bulunmadığı bir dünyadayızdır. Bu koşullar altında otoriteyi temlik etme arzusu, böyle bir temsili kararın her bir bireyin kararı olarak görülmesinin doğru olduğu yönündeki bir ortak görüşe dayanmalıdır. Böyle bir süreç, bireylerden oluşan bir kitlenin tek bir şey gibi ele alınmasının yasa öncesi doğruluğuna dayanır ve bunun sonucu olarak da, etkilenen tüm insanların, en azından genel bir düzeyde, alınacak kararlara ilişkin olarak aynı menfaatleri paylaştığını kabul eder. George Mason, Birleşik Devletler Anayasasını onaylayan Virginia Konvansiyonu'nda vergilendirme yetkisinin önerilmiş bulunan federal Kongreye verilmesinden kaygılanmıştır: *"ne durumumuz hakkında bilgisi, ne de bizimle ortak bir menfaati ya da duygudaşlığı olanlar tarafın-*

---

[115] SCHMITT, *supra* note _1, sh. 243.

[116] Bkz. Stephen Tierney, *'We the Peoples": Constituent Power and Constitutionalism in Plurinational States* in THE PARADOX OF CONSTITUTIONALISM 229, 231. Preuss, Rousseau'dan alıntı yapar ve bir halkın anayasaya sahip olması için *"kendisini orijinal bir birlik, menfaat ya da anlaşma ile bağlı sayması ve bir birliktelik durumu içinde olmak üzere yeni bir halkın şekil verilebilirliği ile eskisinin gücünü bir araya getirmesi gerektiğini söyler."* Preuss, *Powermaking*, sh. 659. Yerli bir anayasa yapmaya muktedir bir halkın tanımı, uluslararası perspektiften, self-determinasyona yetkili bir halkla özdeştir. Özenli bir inceleme için bkz. KEITNER, *supra* note 74.

[117] JEAN-JACQUES ROUSSEAU, THE SOCIAL CONTRACT, Book IV, Ch, 14 (*"Egemenlik temsil edilemez (...) Halkın bizzat onaylamadığı yasalar geçersiz ve hükümsüzdür."*)

dan belirlenecektir."[118] Duygudaşlığa güvenme ihtiyacı, özellikle kurucu kararlar açısından aşırıdır. Joseph Weiler'in bir devlette demokratik karar almayla ilgili olarak söylediği, evleviyetle bir devletin yaratılması süreci için de geçerlidir:

"Bir azınlığı zorlamada çoğunluğun yetkisi ve meşruiyeti, ancak halk (demos) tarafından tanımlanmış siyasal sınırlar içinde vardır. Basit biçimde söylemek gerekirse, halk yoksa demokrasi de yoktur... Bir halk, yabancılardan oluşan bir grup olamaz."[119]

Bu sonucu Ulrich Preuss yeniden dillendirmiştir: *"Anayasal devlet, kurucu otorite için asgari düzeyde bir siyaset öncesi benzerlik ve türdeşlik koşuluna dayanır."*[120] Ancak, kurucu halkı tanımlayan birlik türleri, önemli tartışmaların konusu olmuştur. Bu sorun, son yıllarda önemli ölçüde akademik ilgiye mahzar olmuştur ve bunlardan en bilineni de bir Avrupa Anayasası yaratmayla ilgili önerilerle ilişkilidir.[121] Hâlihazırda tartışma, kabaca kökleri ulus için gerekli özelliklerin ne olduğuna ilişkin 19. yüzyıl tartışmalarına kadar giden iki çatışan durum çerçevesinde yürütülmektedir. Bir tarafta, Jürgen Habermas'ın *"ortak köken, dil ve tarihle şekillendirilmiş bir kader birliği topluluğu"*[122] olarak tanımladığı doğal bir organizma ya da *volk* olarak halk bulunmaktadır. Bu en basit şekliyle ırk ve etnisite meselelerine; daha geniş bir perspektifte ise ortak bir kültür ve tecrübeye gelip dayanmaktadır. Diğer tarafta ise, *halk* bir siyasal yapı, ortak ilkelere dayanarak hareket eden rasyonel bireylerin oluşturduğu gönüllü bir birliktir.[123] Bu ikinci görüşe göre, ilgili halkın

---

[118] 3 THE DEBATES IN THE SEVERAL STATE CONVENTIONS 30-31 (Jonathan Elliot, ed. 1888).

[119] JOSEPH H. H. WEILER, THE CONSTITUTION OF EUROPE: "DO THE NEW CLOTHES HAVE AND EMPEROR AND OTHER ESSAYS ON EUROPEAN INTEGRATION 337(1999).

[120] Preuss, *Powermaking*, sh. 659.

[121] Örneğin bkz. Miguel Poiares Maduro, *Europe and the Constitution: What If This Is as Good as It Gets?* 74, 81-82 in EUROPEAN CONSTITUTIONALISM: BEYOND THE STATE (Joseph H. H. Weiler and Marlene Wind eds. 2003).

[122] Jürgen Habermas, *Why Europe needs a Constitution*, 11 NEW LEFT REVIEW 5, 15 (Sept.-Oct. 2001)(Bundan sonra , Habermas, *Why Europe).*

[123] Bkz. Preuss, *Powermaking*, sh. 644-47; Dominique Schnapper, *The Idea of a Nation*, 18 QUAL. SOC. 177,181-83 (1995); Anthony D. Smith, *National Identity and the Idea of European Unity*, 68 INT'L AFFAIRS 55, 56 (1992).

kendisi de kısmen anayasa yapım sürecinde yaratılmıştır. Bu yaklaşım, halkın anayasa yapımında bir çelişkinin algılanmasından sorumludur, çünkü *halk* hem anayasayı yapan, hem de onun tarafından yaratılandır.[124]

Bu yine de, bu mu yoksa şu mu sorusu haline gelmemelidir. Biz, belli bir insan grubunun menfaatlerinin, anayasa yapımının amaçları için kolektif olarak ele alınmasına ilişkin koşulların oluşup oluşmadığı ile ilgiliyiz. Tecrübe bize, uzun vadede başarılı bir devletin, romantik bir halk tasarımını karakterize eden etnik köken ve dil birliğine sahip olmasının gerekli olmadığını göstermektedir. İsviçre, çok dilli bir toplumun istikrarlı bir anayasal yapıya sahip olabileceğine ilişkin standart bir örnek oluşturmaktadır. İtalyan devleti, *"kolektif bir İtalyan benliğinden söz etmenin olanaksız olduğu"* bir dönemde kurulmuştur.[125] Jose Ortega y Gasset bunu şöyle gerekçelendirmiştir: *"19. Yüzyılın milliyetçilik kavramı Orta Çağda yaşasaydı İngiltere, Fransa, İspanya ve Almanya hiçbir zaman doğmazdı."*[126] Belki de en ilginç örnek, kültürlerin, dillerin, dinlerin ve geleneklerin karmaşasından gerçek bir medeni kimlik yaratılan Birleşik Devletler'dir.[127] Bugün, Amerikan devletinin sebebi olmak kadar onun başarısının da bir sonucu olan bir Amerikan kültürü bulunmaktadır.[128] *"Başlangıçtaki bir kaynak"* olarak *halkın* varlığının anayasa yapımı için gerekli bir önkoşul olduğu iddiasını, bu tecrübe tekzip etmektedir.[129] Gerekli olan tek şey *"kamusal*

---

[124] Bkz. Martin Loughlin & Neil Walker, *Introduction* in THE PARADOX OF CONSTITUTIONALISM, 1-8.

[125] G. Federico Mancini, *Europe: The Case for Statehood*, 4 EUROP. L. J. 29, 36 (1998).

[126] JOSE ORTEGA Y GASSET, THE REVOLT OF THE MASSES 174 (1932). Ayrıca bkz. Habermas, *Why Europe*, sh. 16 (*"milli bir şuurun doğuşu yerel ve hanedana dayalı kimliklerden, ulusal ve demokratik kimliklere doğru giden sancılı bir soyutlama süreci içermiştir."*)

[127] Herbert J. Gans, *The American Kaleidoscope, Then and Now* 33-46 in REINVENTING THE MELTING POT: THE NEW IMMIGRANTS AND WHAT IT MEANS TO BE AMERICAN. (Tamar Jacoby ed. 2004).

[128] Bkz. ROSENFELD, *supra* note 41, sh. 158-63.

[129] Jürgen Habermas, *Remarks on Dieter Grimm's "Does Europe Need a Constitution?"*, 1 EUROP.L.J. 303, 305-06 (1995) (Bundan sonra, Habermas, *Remarks).*

tartışma ve gerekçelendirme için ortak bir alanın" varlığıdır.[130] Etnik ya da dilsel birliğin bu amaçlar için bir halk oluşturmada yetersiz olduğu gerçekten de açıktır. Biraz ortak siyasal bilinçliliğin varlığı da zorunludur.[131]

Bununla birlikte, bir halkla bağlantı halindeki kurucu otoritenin varlığının olası olması, kültürel ve dilsel türdeşliğin varlığının veya yokluğunun bu halkla hiç ilgisinin bulunmaması sonucunu doğurmaz. Çalışabilir bir anayasal birim haline gelen bazı insan gruplarından oluşan bir karışımın, tam olarak da bireylerin birbirlerini ortak halkın bir parçası olarak görme kabiliyetinden yoksun olması nedeniyle imkansız olduğu, en azından belli tarihsel ve siyasal koşullarda kanıtlanmıştır. Habsburg hanedanı çok farklı nüfus toplulukları üstünde yüzlerce yıl az çok başarılı bir biçimde siyasal hakimiyetini sürdürmüştür; ancak bir çok nedenden dolayı 19. yüzyılda bu halklar daha dar biçimde tanımlanan ulusların üyesi olarak kimliklerinin üzerinde yoğunlaşmaya başlamışlar ve söz konusu devlet sürdürülemez hale gelmiştir.[132] Farklı toplulukların tarihsel olarak çok güçlü düşmanlıkları paylaştığı devletlerde zorluk daha da ileri seviyededir.[133] Son elli yılda Kıbrıs'taki yoğun ama başarısız anayasa yapımı girişimleri, gruplar arası düşmanlığın, aynı coğrafi bölgede yaşayan-

---

130 Preuss, *Powermaking*, sh. 648. Ayrıca bkz. Dieter Grimm, *Does Europe Need a Constitution?* 1 EUROP. L. J. 282, 297 (1995)(Bundan sonra, Grimm, *Need*); Habermas, *Remarks, sh.* 305-06.

131 Bu Schmitt için, *"ulus"* ile salt bir *"halk"* arasındaki farklılığın temelini teşkil eder. SCHMITT, *supra* note 1, sh. 127.

132 Bkz.Victor-L. Tapie, The Rise and Fall of the Habsburg Monarchy, sh. 317-392 (trans. Stephen Hardman, 1971).

133 Bkz. Hanna Lerner, *The People of the Constitution: Constitution-Making, Legitimacy, Identity* 21, http://www.columbia.edu/cu/polisci/pdf-files/aspa_lerner adresinden ulaşılabilir. Başarılı çok etnisiteli devletler olarak örnek gösterilen ülkeler de dahi, tekil bir yönetimden daha azı başarılmıştır. Kanada'nın Anayasa Statüsü, en iyi ihtimalle, İngilizce ve Fransızca konuşan nüfuslar arasındaki bir geçici antlaşmadır (modus vivendi). Bunun nedeni, kısmen, Fransız nüfusun büyük kısmının, 1982'deki kurucu otoritenin tek bir Kanada halkını temsil ettiğine inanmamasıdır. Gerçekten de, tek bir Kanada yönetimi sorunu, yerli halkların ulusal taleplerinin tanınmasıyla birlikte daha da karmaşık bir hal almıştır. Bkz. Richard S. Kay, *Canada's Constitutional Cul-de-Sac*, 35 AM. REV. OF CAN. STUD. 705 (2005).

lar için ortak bir kimlik oluşturulmasını nasıl baltalayabileceğinin dramatik bir örneğidir.[134] Habermas, ulusal bilinçliliğin gelişiminin *"geleneksel toplulukların dengeleyici içerikleri ile kolaylaştırıldığını"* yazarken, hukuk öncesi benzerliklerle, devlet meydana getirmenin olabilirliği arasındaki ilişkiyi tanımlamıştır.[135] Amerikan örneği, siyasal olarak tanımlanmış bir halkın yeterli olduğunu göstermez. Birleşik Devletler, zaman içinde ve görece küçük parçalar halinde çeşitli etnik yapıları birbirine uydurmak için ona fırsat veren benzersiz bir avantaj olarak, uzunca bir süre devam eden göç ve asimilasyondan yararlanmıştır.[136] En azından genel olarak *"hatıra, mit, tarih ve/veya gerçek akrabalık yoluyla mensubiyetin süregelen kurmacası olmadan, gerçek bir üyelik duygusunun gelişmesi güçtür."*[137]

Sonuç olarak, kurucu otorite olabilecek bir halkın tanımlanmasında gerekli koşulları belirlememize yarayacak kusursuz bir algoritma bulunamaz.[138] Dieter Grimm asgari koşulları şöyle belirlemiştir: *"Çoğunluk kararlarını ve bütünlük çabalarını desteklemek üzere ortak bir mensubiyet bilinci şekillendirmek, amaçları için iletişim halinde olma yeteneğine sahip olmak ve problemlerini mantıklı bir biçimde tartışmak toplumun gereksinim duyduğu her şeydir."*[139] Buna göre, topluluğun -bir usul çerçevesinde- *"kişiliğin, bilincin ve iradenin tüm niteliklerini taşıyan bir kişi"*[140] olarak hareket etme yeteneğine sahip bir kolektif yapı olduğunu

---

134 VAN COUFOUDAKIS, CYPRUS: A CONTEMPORARY PROBLEM IN HISTORICAL PERSPECTIVE (2006).

135 Habermas, *Why Europe*, sh. 16.

136 Bkz. Gans, *supra* note 128, sh. 33-46.

137 WEILER, *supra* note118, sh. 345 (Smith, *supra* note 123'e atıfla). Akılcı ve içsel bir ölçüt ulusal aidiyetin göreceli gücü için bkz. KEITNER, *supra note*74, sh. 69-86.

138 Bu nedenle Bruce Ackerman'ın şu önerisini ciddiye almak zordur: *"doğru sayılarda iyiniyetli anlaşmazlık için çok alan var" olmasına rağmen, kurucu süreç "halkın %20'sinin derin desteği ve vatandaşların %31 ilave desteği ile başlatılmaktadır."* ACKERMAN, *supra* note 15, sh. 274-75.

139 Bkz. Grimm, *Need*, sh. 295-6 .

140 LÉON DUGUIT, TRAITÉ DE DROIT CONSTITUTIONNEL (2d. ed. 1921) alıntı ve çeviri için bkz. KEITNER, *supra* note 74, sh. 27. Ayrıca bkz. id. Sh. 75 (*"Bir grup bir kimliğe ve hatta kimliklerin bir bileşimi olarak tanımlanabilecek bir menfaate sahip olabileceği halde, kendine ait bir iradesi olabilmesi için bir tür "kolektif varlık" olması gerekir."*).

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

algılamamıza izin vermeye yeterli ortak etkenler talep ederiz. Bununla birlikte, belirli tarihsel-kültürel sempatilerin savrulma eğilimini ortadan kaldıran ve her zaman bütünüyle ortak medeni değerlere sadakat üstüne yükselen, sadece halka ait siyasal bir yapı inşa edecek bir anayasa yapım eylemi olabileceğini düşünmek, boştur.[141]

C. Halkın Sesi

Anayasanın yeterince uyumlu bir topluluk tarafından yaratıldığı hususunda tatmin olsak bile, kurucu otoritenin halk tarafından kullanılmasını tanımlamak başka sorunları gündeme getirmektedir. Tanrının, Kralın ya da papazların kurucu otorite yetkisini tanımak, kararlarının kendilerine ait olduğu adil bir şekilde ispat edilebilir olan belirli bireylere atıfta bulunmaktır. Nüfusun belli kesimlerinin anayasanın kaleme alınması sırasındaki müzakerelere doğrudan ve aktif katılımı, genellikle bir biçim ve retorik meselesidir.[142] Daha önce de belirttiğimiz gibi, halk doğrudan kendi iradesini uygulayamaz. Bu nedenle, halkın gerçek temsilcilerini tespit etmek ihtiyacı duyarız. İnandırıcılığı farklılık gösteren iddialar çerçevesinde, muhtemel vekil grupları, başarılı bir şekilde bu işe koşulmuşlardır.

Birçok örnekte, mevcut bir anayasaya göre var olan bir olağan yasama organının, yeni bir tane yaratırken halk adına konuşmak için yeterince temsili niteliğe sahip olduğu kabul edilmiştir. Bağımsızlıktan hemen sonra Amerikan devletlerindeki anayasa yapımının temel modeli buydu[143] ve yasama organları anayasa yapımı süreçlerinde, kaleme almanın ve müzakere etmenin hala en ortak mekânı olmaya devam

---

[141] Bkz. Lerner, *supra* note 134, sh. 42-43 (*"Her türlü sorun anayasa ile çözülemez. Yönetimin kimliği üzerine bireysel anlaşmazlıklar devam ettiği sürece, siyaset öncesi güçler anayasal birliği tehdit edecektir."*) *Cf.* Preuss, *Powermaking*, sh. 647, 660 (ilkesel olarak halka ait bir yönetime ilişkin tercihi vurgulayarak.) Soyut ilkelere ortak bağlılık üzerine inşa edilmiş bir yönetimle, farklı katılımların önlenemezliğini bağdaştırmaya çalışan yakın tarihli bir deneme için bkz. JAN WERNER-MÜLLER, CONSTITUTIONAL PATRIOTISM (2007).

[142] Tom Ginsburg, Zachary Elkins & Justin Blount, *Does the Process of Constitution-Making Matter?* 3 ANN. REV. OF L. & SOC. SCI.201, 206 (2009).

[143] Bkz. WOOD, *supra* note 8, sh. 306-07.

etmektedirler.[144] 1984 tarihli Gine Bissau Cumhuriyeti Anayasası *"halkın iradesinin sadık bir yorumlayıcısı olarak hareket eden ve sorumluluklarını en yüksek egemen organ olarak yerine getiren"* ulusal meclis tarafından kabul edilmişti.[145] Benzer bir biçimde, 1983 tarihli Çek Cumhuriyeti Anayasası da Çek parlamentosunun bir tasarrufuydu. Başlangıcında, *"serbestçe seçilmiş temsilcilerimiz aracılığıyla biz Çek Cumhuriyeti vatandaşları"* denerek kim tarafından kabul edildiğine gönderme yapılmıştır.[146] Bazı meclisler bu tür bir yetkiyi kullanmadan önce basitçe isimlerini değiştirmişlerdir. Fransız Ulusal Meclisi'nin 9 Temmuz 1789'da kendisini Kurucu Meclis ilan ederken yaptığı buydu.[147] 1958'de Fransa'dan bağımsızlığını ilan eden Gine Cumhuriyeti Bölgesel Meclisi, kendisinin Egemen Ulusal Kurucu Meclis olduğunu duyurmuştu.[148] Kurucu ve kurulu otorite arasındaki temel ayrımı bulanıklaştıran bu yöntem ciddi eleştirilere hedef olmuştur. Adil seçimlerle belirlenmiş olsa da, olağan meclislerin anayasa tarafından yaratılan sınırlar içinde hareket etmeleri beklenir ve onlar bu sınırları değiştirmeyi düşündükleri için de kendi davalarında yargıçlık eder duruma düşerler.[149] 1776 yılında Pennsylvania koloni meclisinin sözde kurucu otoritesine, *"Anayasa öyle bir yasadır ki onlara karşı yapılabilir, ama onlar tarafından yapılamaz"* denilerek bir eleştiri yöneltilmiştir.[150] Dahası, günlük kamusal meselelerin

---

144 Bkz. Jennifer Widner, *Constitution-Writing in Post-Conflict Situations*. 49 WM. & MARY L. REV. 1513, 1523 (2008).

145 Gine Bissau Cumhuriyeti Anayasası, 1984, Başlangıç.

146 Çek Cumhuriyeti Anayasası, 16 Aralık 1992. Kabul süreci için bkz. Rainer Grote, The Czech Republic, Introductory Note in Constitutions of the Countries of the World, http://www.oceanalaw.com/gateway/gateway.asp?ID=31&SessionID={1EF71CD7-70B2-4D22-A2B4-9C190A88563B}. adresinden ulaşılabilir.

147 TACKETT, *supra* note 74, sh. 211.

148 Bkz. Rainer Grote, The Republic of Guinea, Introductory Note in Constitutions of the Countries of the World, http://www.oceanalaw.com/gateway/gateway.asp?ID=31&SessionID={4030D653-5F6D-4EF3-BB55-2346A7038EF8}. adresinden ulaşılabilir.

149 Bkz. Elster, *Arguing*, sh. 386-8; Elster, Forces, sh. 380-82; Ginsburg e.a., *supra* note 143, sh. 212. Bununla birlikte, anayasa yapımı üzerine uzun bir zaman dilimini ve çok sayıda ülkeyi kapsayan yakın tarihli bir inceleme, yasama organlarının anayasa yapması ve genişletilmiş yasama iktidarı ile ortaya çıkan anayasalar arasında güçlü bir ilişki kurmakta başarısız olmuştur. Bkz. *id.* Sh. 212-13.

150 Alıntı için, WOOD, *supra* note 8, sh. 337. Ayrıca bkz. SIEYÈS, *supra* note

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

tartışıldığı olağan yasama meclisi için yapılan seçimlerin, halkın temel anayasal tercihlerinin temsili açısından bozucu bir araç olabileceği de iddia edilebilir. Anayasa yapma eylemi, dar bir odaklanmanın, ama yoğun bir müzakerenin bulunduğu sıra dışı bir yasa yapımıdır. Bruce Ackerman'ın ifadesi ile günlük yasa yapımının olağan siyasetinden ayrılması gereken, *"anayasal siyaseti"* gerektirir. *"Bunlardan ikincisi halkın ... kararıdır; birincisi ise hükümetlerinin."*[151]

Bu endişeye yönelik bir cevap, yasama organlarının ancak yeni bir anayasa ihtimalinin temel bir konu oluşturduğu bir seçimden sonra kurucu otorite yetkisini kullanabileceğini söylemektir. Hakim partinin parlamentoyu bir kurucu meclise dönüştüreceğini taahhüt ettiği seçimlerden sonra kabul edilen 1972 tarihli Sri Lanka Anayasası örneğinden yukarıda söz etmiştik. 1945'de savaş sonrası ilk Fransız Parlamentosu seçilirken seçmenlere *"Bugün seçilecek olan meclisin kurucu meclis olmasını istiyor musunuz?"* sorusu da sorulmuştu.[152] Alternatif olarak anayasa yapma görevi, amaca uygun bir olağanüstü parlamentoya da verilebilir: bu olağan yasama organının üyelerinin bir kısmından oluşabilir, fakat farklı şekilde örgütlenebilir. Anayasa değişiklikleri için pek çok anayasada, iki meclisli parlamentoların her iki meclisinin ortak toplantısı aranmaktadır.[153] 1972 yılında yapılan Bangladeş Anayasası, üyelerinin bir kısmı eskiden Doğu Pakistan olan Pakistan'ın Ulusal Meclisi'ne ve bazıları da Doğu Pakistan'ın Bölgesel Meclisi'ne seçilmiş temsilcilerden oluşan bir Kurucu Meclis tarafından kabul edilmişti.[154]

4, sh. 129 (*"Kurulu bir otoritenin kendi anayasasına karar verebileceği nasıl düşünülebilir?"*).

151 ACKERMAN, *supra* note 15, sh. 6. Yasama organlarının anayasa yapmasının avantaj ve dezavantajlarının özenli bir incelemesi için bkz. Jon Elster, *Legislatures as Constituent Assemblies* in THE LEAST EXAMINED BRANCH: THE ROLE OF LEGISLATURES IN THE CONSTITUTIONAL STATE 181 (Richard W. Bauman & Tsvi Kahana eds. 2006) (Bundan sonra, Elster, *Legislatures*)

152 Elster, *Legislatures*, sh. 182.

153 Örneğin, Fransız Anayasası, 1958, md. 89; Bahreyn Anayasası, 2002, md. 120.

154 Giriş, Bangladeş Halk Cumhuriyeti Anayasası, Constitutions of Countries of the World içinde, http://www.oceanalaw.com/gateway/gateway.

Yeni bir anayasa yazmanın paradigmatik (en genel değilse de) yöntemi Kurucu Meclis ya da Anayasa Konvansiyonudur. Bu tür yapıların tam olarak ayırıcı özelliklerinden birisi, bunların daha önceki hukukta yer almamaları gerçeğidir. Böyle bir yetkilendirmenin bulunmaması, tabi ki bu bağlamda bir eksiklik değildir. Bu, daha önce gördüğümüz gibi, kurucu otoritenin önlenemez bir görünümüdür. Bu nedenle, 18. yüzyıl Amerikan devletleri yasama meclislerinin kurucu otoritesini reddetmişler ve amaca özel anayasa konvansiyonlarında ısrar etmişlerdir.[155] ABD Anayasası'nı hazırlayan 1787 Philedelphia Konvansiyonu'nun kurucu devletlerin yasama organlarının onayını by-pass etmekte ve her devlette kurulacak özel konvansiyonlara bu yetkiyi vermekte kendisini haklı görmesinin nedeni de budur.[156] Bu konvansiyonlar anayasayı onayladıklarında, anayasanın halkın onayını aldığı kabul edilmişti. Başyargıç Marshall daha sonra, *"Halk anayasayı, Konvansiyon'da toplanmak suretiyle, böyle bir konuda güvenli, etkili ve arifane bir biçimde karar alabileceği tek yöntemle onaylamıştır"* demişti.[157] Bu, Sieyès'in belirttiği *"ulusun meclisinin yerini alan" "olağanüstü temsilcilerin organıydı."*[158]

Bir yasama meclisine seçilen temsilcilerin eylemleri ile kurucu meclise seçilen temsilcilerin eylemleri arasındaki farkın içeriğe ilişkin olmaktan çok sembolik olduğuna dikkat edilmelidir. Bir zamanlar kurucu meclise yapılacak seçimlerde oy kullanacak olanların nitelikleri daha özgürlükçü bir şekilde belirleniyordu. 1787-1789 arasında Birleşik Devletler'deki durum böyleydi.[159] Fakat, genel oy ilkesinin kabul edilmesi ile birlikte

asp?ID=31& SessionID={4030D653-5F6D-4EF3-BB55-2346A7038EF8}. adresinden ulaşılabilir. Yasama ve kurucu otoritelerin farklı kurumsal kombinasyonları için bkz. Elster, *Legislatures*, sh. 182-83.

155 Wood, *supra* note 8, sh. 313-318.

156 Kay *Illegality*, sh. 72-75.

157 M'Culloch v. Maryland, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 403 (1819).

158 Sieyès, *supra* note 4, sh. 130.

159 The Constitution and The States: The Role of the Original Thirteen in the Framing and Adoption of the Federal Constitution, sh. 32, 108-111 (Patrick T. Conley & John P. Kaminski, eds. 1988) Kurucu meclislerin seçimlerinde başvurulan özel seçim kuralları ile ilgili olarak bkz. Elster, *Legislatures* at

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

temsilin niteliğinin çok farklı olabileceğine inanmak güçtür. Bu açıdan, Amerikalı sözlükçü ve yazar Noah Webster'ın 1788 yılındaki gözlemi hala geçerlidir: *"bir anayasa konvansiyonu, halkın, yasama meclisi üyelerini seçtiği yöntemle üyelerini seçtiği bir insanlar topluluğudur ve genellikle bu ikisi aynı insanlardan oluşur; fakat durum ne olursa olsun ne daha iyidirler, ne de daha akil."*[160]

Halkın ifadesinin en doğrudan ve nihai yöntemi kurucu referandumdur ve bu çağdaş anayasa yapımının neredeyse temel unsuru haline gelmiştir. Bu yüzyılda yürürlüğe girmiş 23 yeni anayasadan 13 tanesi referandumlarda onaylanmıştır.[161] Carl Schmitt *"halkın anayasa yapma iradesinin kendisini sadece temel bir evet ya da hayır olarak ifade ettiğini ve bundan dolayı bunun anayasanın içeriğini oluşturan bir siyasal karar olduğunu"* bulmuştu. Schmitt, *"teorik olarak plebisit, mükemmel bir biçimde demokrasi ilkesine ve halkın anayasa yapma iktidarına karşılık gelir"* diye devam etmiştir.[162] Ancak, büyük sayıda insanın doğrudan katılımı dikkate alındığında, halkın kurucu otoritesi ile böyle bir anayasa yapımını ilişkilendirmede çok iyi bilinen sorunlar bulunur. Katılıma yetkin bireylere işaret etmek, son bölümde ele aldığımız *halkın* belirlenmesi ile ilgili tüm sorunları gündeme getirir. Oy verme hakkını belirlemek için her zaman pek çok yol, ya da soru olacaktır ve şu veya bu yöntemin tercih

187-89.

160 Alıntı için, WOOD, *supra* note 8, sh.379.

161 Burundi (2005), Central African Republic (2004), Comores, (2001), Democratic Republic of Congo (2004), Republic of Congo (2001), Cote d'Ivoire(2000), Iraq (2005), Myanmar (2008), Qatar (2003), Rwanda (2003, Sengal (2001), Serbia (2006), Thailand (2007). The constitutions promulgated without referenda are from Afghanistan (2004), Bahrain (2002), Bhutan (2008), East Timor (2002), Finland (2000), Kosovo (2008), Maldives (2008), Nepal (2007), Sudan (2005)and Swaziland (2005). Buna rağmen diğer gruptakilerin de neredeyse tamamı kendilerini hala *halkın* ürünü olarak görmektedirler. Araştırma aşağıdaki web adresinden ulaşılabilecek olan Constitutions of Countries of the World'deki bilgilere dayanılarak oluşturulmuştur: http://www.oceanalaw.com. Tabii ki, neyin *"yeni anayasa"* olduğuna ilişkin bir kararı sorgulamam gerekti. Ayrıca bkz. SUKSI, *supra* note 91, sh. 12-13 (1995)(anayasa değişikliğinde referandum gerektiren anayasaların yüksek tekrarlanma oranlarını not etmektedir.)

162 SCHMITT, *supra* note 1, sh. 134. Kurucu karar alma ile referandumun özgün akrabalığı üzerine bkz. Stephen Tierney, *Constitutional Referendums: A Theoretical Enquiry*, 72 MOD. L. REV. 360 (2009).

edilmesi pratik olarak alternatif yöntemleri kolaylaştıracak ya da onlara engel olacaktır.[163] Genel olarak, Schmitt'in de tanıdığı gibi, halkın kendisini doğrudan ifade etme yeteneği büyük ölçüde sınırlanmıştır. Halk, referandumu organize edenlerin önüne koymuş olduğu önerilere mahkûmdur.[164] Halkın iradesini farklı ya da nitelikli bir biçimde ifade etmesi olanaksızdır. Halk yeniden inceleme yapamayacağı gibi gözden geçirme de yapamaz. İradesinin bu ham ifadesi dahi, ancak nadiren dikkate alınabilir.

Bu şüpheler plebisiter demokrasi ile totaliter yönetimlerin tarihsel ilişkisi ile de desteklenmektedir. Napolyon'un otoriterliği desteklemek için plebisiti icat ettiğine inanılır ve seçim yönlendirme teknikleri elektronik kitle haberleşmesinin gelişi ile birlikte keskin bir biçimde ilerlemiştir.[165] Duvalier diktatörlüğünün yıkılışı ardından 1987 yılında kabul edilmiş olan Haiti Anayasası'nda, *"Anayasayı referandum yoluyla değiştirmek için genel seçimler yapılması kesinlikle yasaktır"* hükmü yer almaktadır.[166] Ancak, böyle bir eleştiri (aslında yukarıda tartışılan halkın temsili için başvurulan araçlarla ilgili herhangi bir eleştiri) halkın kan ve etten meydana gelen, tek bir iradeye sahip bir kişilik olmadığına ilişkin bilgimizle yumuşatılmalıdır. Halkın kusursuz doğrudan sesi, zorunlu olarak bir kurmacadır.

---

[163] Kendi kendini yönetemeyen bölgelerdeki self-determinasyon referandumlarıyla ilgili çeşitli olası seçeneklerin faydalı bir incelemesi için bkz. Chimène Keitner, *Associate Statehood: Principles and Prospects*, 3 FAROESE L. REV. 13, 27-37 (2003).

[164] Bkz. CARL SCHMITT, LEGALITY AND LEGITIMACY 89 (*"Halk sadece evet ya da hayır diye yanıt verebilir. Halk tavsiyede bulunmaz, düşünemez, tartışamaz."*); Preuss, *Roundtable*, sh. 121 (1989'da Demokratik Alman Cumhuriyeti'nde Anayasal plebisit için sorulacak soruları belirlemeye çalışan yuvarlak masa istişare grubunun yetkisini tartışmaktadır.)

[165] 1 LOUIS MADELIN, THE CONSULATE AND THE EMPIRE 69, 159, 243 (trans. E.F. Buckley 1967). Doğrudan demokrasinin yapısal sorunları için bkz. Alan Hamlin, *The Voice of the People*, 10 CONST. POL. ECON. 367, 370-73 (1999); SUKSI, *supra* note 91, sh. 8-9, 13. Ayrıca bkz. VENICE COMMISSION REPORT, SH. 37.

[166] Haiti Cumhuriyeti Anayasası, 1987, m. 284-3. Ayrıca bkz. SUKSI, *supra* note 91, sh. 8.

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

D. Zaman İçinde Halk

Halkın kurucu otoritesi ilgili bir diğer sorun, halk anayasacılığının yapısından kaynaklanmaktadır. İki önerme çok önemlidir. İlk olarak, anayasalar kısmen, potansiyel olarak kamusal düzenleme alanlarını, özele ilişkin özerk alanlardan ayırmak için sabit kurallar oluşturmak için yazılır. Buna ulaşmak adına, bu kuralların, en azından olağan yasalardan daha dayanıklı olmak için, makul uzunlukta bir süre boyunca yürürlükte kalması gerekir.[167] İkinci olarak, daha önce de belirttiğimiz gibi, halkın kurucu iktidarı kendi kendini yönetme hakkının kabul edilen doğruluğundan kaynaklanır ve bu da insanların sadece bir şekilde rıza göstermiş oldukları kurallar ve kurumlarca bağlı sayılması gerektiği fikrine dayanmaktadır. Bu iki önerme gerilim içindedir. Toplum üyelerinin anayasayı kendi kararlarının bir ifadesi olarak görmeleri, anayasa yaşlandıkça, inandırıcılığını kaybedecektir. Anayasa yapımının kabul edilebilir bir temsili süreç sonucunda ortaya çıktığını kabul etsek bile, anayasanın otoritesi anayasanın kabul edildiği an ve bundan sonraki bir süre için savunulabilir olacaktır. Tüm demokratik norm koyuculuklar, yasa yapan halkı geçici bir süre için ömrü uzatılmış ve belli bir sürenin üstünde *"kendisini bağlayabilen"* bir varlık olarak kabul eder.[168] Fakat bu geçici kimlik belirsiz olamaz. t_0 anında hareket eden anayasa koyucular, t_0 veya t_{10} anında halk için uygun vekiller olabilirler. Fakat t_{100} veya t_{200} anında bu durum çok şüpheli olacaktır.[169] Birleşik Devletler Anayasası'nın onaylanmasına ilişkin tartışmalar üzerine yazan Norah Webster, *"kalıcı"* bir anayasa yaratma girişiminin, *"üzerilerinde Asya'da yaşayan bir*

---

[167] Açıktır ki, bu durumu tespit ediyor, ama savunmuyorum. Anayasaların bu amacını etraflıca açıklamaya çalıştığım bir çalışma için bkz. Richard S. Kay, *American Constitutionalism*, CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS içinde, sh. 16 (Larry Alexander ed. 1998).

[168] Bkz. Stephen Holmes, *Precommitment and the Paradox of Democracy*, CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY içinde SH. 195, 221 (Jon Elster & Rune Slagstad, eds. 1988).

[169] Bkz. Frank I. Michelman, *Reply to Ming-Sung* Kuo, 7 I-Con 715, 722 (2009) (Bundan sonra, *Reply*). Tekil, halka dayanan geçici olarak uzatılmış bir siyasal varlık tanımlama denemesi örneği için bkz. JED RUBENFELD, FREEDOM AND TIME: A THEORY OF CONSTITUTIONAL SELF-GOVERNMENT (2001).

halk kadar az otoritemiz olanlar" için yasa yapma hakkına sahip olduğumuz varsayımına dayandığını iddia etmiştir.[170]

Bu, anayasalar halkla özdeşleştirildiğinden beri meşhur olan bir konudur. Böyle anayasaların meşruiyetini tazelemek için çeşitli yollar önerilmiştir. Rousseau, *"halkın şekli bir davete gerek olmaksızın, bir yasaya dayanarak meşru bir biçimde bir araya gelebileceği belirli süreli meclislerin"* gerekli olduğunda ısrarcı olmuştur. Bu meclislerin gündemindeki ilk soru daima, *"Mevcut yönetim biçimi egemeni memnun ediyor mu?"* sorusu olmalıydı.[171] Fransız Devrimi sırasında, daha önce değinildiği gibi, hem Sieyès hem de Condorcet, olağanüstü meclisler tarafından düzenli olarak gerçekleştirilecek gözden geçirmelerin gerekliliğini iddia etmişlerdi.[172] Thomas Jefferson, James Madison'a yazdığı bir mektupta, bir anayasanın, bir *"neslin"* yaşam süresinden hareketle hesapladığı süre olan on dokuz yıldan daha uzun bir süre bağlayıcı olamayacağında ısrar etmişti. Bu süre geçtikten sonra bir anayasanın uygulanması *"hakka değil, güce dayanan bir eylemdir."*[173] Halihazırda on dört Amerikan eyaletinde, dokuz yıldan yirmi yıla kadar değişen dönemlerde, seçmene anayasayı gözden geçirmek üzere bir anayasa konvansiyonu toplamaya gerek olup olmadığının sorulacağı referandumlar yapılmasına ilişkin anayasal hükümler bulunmaktadır.[174] Bir kez kurucu otoritenin, devletin zorlayıcı eylemeleri karşısında yönetilenlerin rızasını temin eden bir araç olduğu sonucuna varınca, bu durumun mantığı (matematiği değilse de), hatasızdır. Ancak, sınırlı süreli anayasalarla ilgili pratik sorunlar besbellidir. Madison'un Jefferson'a yazdığı cevapta tartıştığı gibi, anayasanın çok sık

---

170 Alıntı için WOOD, *supra* note 8, sh. 379.

171 ROUSSEAU, supra note 116, sh. Book III Ch. 13, Ch. 18.

172 Bkz. Jaume, *supra* note 33, sh. 70-71.

173 Thomas Jefferson'dan James Madison'a mektup için bkz. *"The Earth Belongs to the Living"* (Paris, September 6, 1789) (Elketronik versiyon için, Electronic Text Center, University of Virginia Library, etext.virginia.edu/toc/modeng/public/JefLett.html); *See* KLEIN *supra* note 8, sh. 138-40.

174 Bkz. ZACHARY ELKINS, TOM GINSBURG & JAMES MELTON, THE ENDURANCE OF CONSTITUTIONS 13-14 (2009).

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

yeniden yazımı, insan ilişkilerinde çok şiddetli bir kararsızlık etkisi yaratır.[175]

Tahminen, bu iki mecburiyet arasındaki en iyi pazarlığı temsil eden bir zaman dilimi bulunmaktadır.[176]Bu dönem içinde, anayasanın meşruiyetinin, giderek uzaklaşan ve bu nedenle gerçekliği azalan halkın kararının ifadesine dayandığını kabul etmek gerekir.[177]

E. Halk ya da Halklar

Kurucu otoritenin halka atfedilmesiyle ilgili bir sorun incelenmeyi gerektirmektedir. Bu sorun, yürürlükteki pek çok çağdaş anayasanın, seçkinlerin belli bir toplumdaki menfaatler arasında yaptığı müzakere süreçleri sonucunda yürürlüğe girmiş olması gerçeğidir. Örneğin, 19. Yüzyıl anayasaları içerik olarak, halk direnişinin liderleri ile monarkın ortak bir

---

175 James Madison'dan Thomas Jefferson'a mektup, (New York, February 4, 1790) (elektronik versiyon için bkz. www.constitution.org/jm/17900204_tj.htm) Ayrıca, Madison'un sık anayasa değiştirmenin tehlikelerine ilişkin görüşleri için bkz. THE FEDERALIST NO. 49 313, 313-15 (C. Rossiter, ed. 1961). Bu sorunu çözmenin aşikar bir yolu, marjinal ve böylece de yönetilebilir olan bir biçimde halk'ın yetkin vekillerinin eylemine zaman zaman izin veren bir anayasa değişikliği süreci tasarlamaktır. Fakat, hemen yukarıda tartışılan nedenlerden dolayı hukuken olası biçimde kurucu otoriteyi içermenin sınırları vardır. Anayasa değişiklikleri , tam olarak da anayasanın uzun vadeli sürekliliğini sağlamak için tasarlanırlar ve bu nedenle anayasayı yapanların yeteneklerine ve öngörülülüğüne bağlı olarak, er ya da geç, kurucu otoritenin iradesini temsil ettiğini belirlediğimiz şeyle çatışmalıdır. Bkz. Kay, *Chrononomy*, sh. 43.

176 Bu sorunun dikkatlice alındığı yeni bir değerlendirme için bkz. ELKINS, E.A. *supra* note 175, sh. 12-35.

177 Alternatif olarak, anayasayı yazan halkın, kendileri ve gelecek nesiller için self-determinasyon hakkını kullandıkları için otoriteye sahip olduğu inancını terk edebiliriz. Bunun yerine, otoritelerinin, düzgün bir anayasa yapmalarına yetecek belli erdemlere sahip olmalarından kaynaklandığını kabul edebiliriz. Bunun Amerikan anayasa koyucularının kurucu otoritelerinin en azından bir kısmını oluşturduğu izlenimi vardır. Onaylayanların değilse de, anayasayı yazanların olağanüstü yetenekli devlet adamları olmak gibi bir tanınırlıkları vardı. O zamanlar, Birleşik Devletler'in Fransa temsilcisi olan Jefferson onları *"yarı tanrılar meclisi"* olarak betimlemiştir. Thomas Jefferson'ın John Adams'a yazdığı mektup, (Aug. 30, 1787) Letter from Thomas Jefferson, 3rd President, United States of America, to John Adams, 2nd President, United States of America. *"Revolt of the Nobles"* (Paris, August 30, 1787) (Elektronik versiyon için bkz. From Revolution to Reconstruction at www.let.rug.nl/usa/P/tj3/writings/brf/jefl62.htm).

ürünü olarak görülebilir.[178] Aşağıda, daha yakın zamanlardaki varyasyonlar üzerinde durulacaktır. Zorluk, halkın ya da anayasaya yapımı eylemlerindeki mantıklı delegelerin rolünü tanımlamaya çalıştığımızda ortaya çıkmaktadır. Çağdaş anayasalar arasında pazarlık edilmiş bu araçlar iki gruba ayrılabilir. Bunlardan ilkinde, ortaya çıkan anayasanın, istekleri bölgesel olarak tanımlanmış bir federasyon meydana getirecek biçimde belli bir coğrafi bölgeyle ilişkilendirilmiş grupların anlaşmalarını takip edenler bulunmaktadır. Meseleyi tekrar tartışmamız gerekmekle birlikte, onay süreci her bir eyalet için ayrı ayrı işlediğinden, 1787 tarihli Amerikan anayasası bu kategoriye sokulabilir.[179] 1871 tarihli Alman Anayasası, açık ifadelerle, beş Alman devletinin *"konfederasyon"* kurmak üzere oluşturdukları bir *"ebedi ittifak"* idi.[180] 1949 Alman Anayasası da eyalet meclislerinin onayı ile kabul edilmiş[181] ve Almanya'nın 1989 yılında gerçekleşen birleşmesi, doğu ve batı Alman eyaletleri arasındaki bir antlaşmayla halledilmişti.[182] Fakat benzer sonuçlar, kurucu tarafların şu veya bu ölçüde coğrafi olarak yoğunlaşmış etnik gruplar olması halinde de ortaya çıkabilir. Yakın dönemdeki Bosna Hersek ve Irak örnekleri bu bağlamda not edilmeye değer.[183]

Devredilmiş kurucu otoriteliğin ikinci bir kategorisi bulunmaktadır. Bazı anayasal durumlarda, belli bölgelerle ilişki halinde olmaksızın, bir iç bölünmenin sonlandırılması için de

---

178 Schmitt bu tür süreçlerin gerçek kurucu otoritenin nerede olduğunu belirlemeyi ertelediğini düşünmüştür. Bkz. SCHMITT, *supra* note 1, sh. 105.

179 United States Constitution, Article VII. See text at notes 218-221 *infra*.

180 Alman İmparatorlüğü Anayasası, (1871), Başlangıç, İngilizce çevirisi için bkz. http://en.wikisource.org/wiki/Constitution_of_the_German_Empire.

181 Seçilmiş Alman görevlileri, işgalci müttefik güçlerini, Temel Yasa'nın geçicilik özelliği karşısında halkın katılımının kaçınılması gereken bir şey olduğuna, başarılı bir biçimde ikna etmişlerdir. Bkz. DAVID P. CURRIE, THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 10, (1994).

182 Bkz. QUINT, supra note 58, sh. 51, 103-123.

183 Brett Dakin, *The Islamic Community in Bosnia and Herzegovina v. The Republika Srpska: Human Rights in a Multi-Ethnic Bosnia.*, 15 HARV. HUM. RTS. J. 245 (2002); Joseph Khawam, *A World of Lessons: the Iraqi Constitutional Experiment in Comparative Perspective*. 37 COLUM. HUMAN RIGHTS L. REV. 717 (2006).

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

oluşturulabilirler. Doğu ve merkezi Avrupa ülkelerinde komünizmin çöküşünden sonraki dönemde ortaya çıkan yeni anayasalar, halk tarafından seçilmiş çeşitli türlerdeki organlar eliyle hazırlanmış ve yürürlüğe sokulmuşlardır. Fakat bu reform ürünü anayasaların pek çok unsuruna, geçişin takip edeceği yolu belirleyen *"yuvarlak masa toplantılarında"* etkin bir biçimde karar verilmişti. Bu görüşmelerde yer alanlar, eski yönetimin ve çeşitli muhalefet gruplarının temsilcileriydi. Bunlar ne seçilmişlerdi, ne de *halkın* herhangi bir vekili olarak bir kurucu meclis gibi müzakere etmişlerdi.[184] Anayasal değişimi belirleyen kararlarının ölçüsü önemli ölçüde farklılık göstermiştir. 1990'da gerçekleştirilen Bulgaristan Yuvarlak Masa toplantıları özellikle gelecekteki olayları şekillendirmekteki yetenekleri üzerine güçlü bir fikir vermektedir. Bu oluşum daha başlangıç aşamasında, kararlarının *"üstün bir yasama işlemi statüsüne"* sahip olacağına karar vermiştir. *"Ulusal Meclis gibi çalışan Meclisin, Yuvarlak Masanın üzerinde uzlaştığı anayasa değişikliği metinlerini, her hangi bir düzeltme yapmaksızın otomatik bir biçimde onaylaması beklenmekteydi"* ve Meclis de aynen böyle yapmıştır.[185] Aşağıda üstünde ayrıntılı olarak duracağımız 1997 tarihli Güney Afrika Anayasası da, bir başka meşhur örnektir.[186]

Uzlaşılmış anayasalar, halkın tek meşru kurucu otorite olduğu iddiası ile ilgili çok açık sorunlar yaratmaktadır. Bu süreçlerde anayasalara tabi olacak insanların radikal bir biçimde aracılık edilmiş katılımları, onların doğrudan seçilmiş kurucu meclisler ya da kurucu referandumlardaki rollerinden oldukça farklıdır. 1789'da Ulusal Meclis'in, kendi içindeki düzene göre değil, eşit oy ilkesine göre oylamada ısrar etmesi nedeniyle reddettiği anayasa, farklı ortak menfaatlerin dile getirildiği

---

184 Genel olarak bkz. ROUNDTABLE TALKS .

185 Rumyana Kolarova & Dimitr Dimitrov, *The Roundtable Talks in Bulgaria* in ROUNDTABLE TALKS, SH. 178, 190, 193. Bulgaristan'daki Yuvarlak Masa'nın, sonrasında herhangi bir maddi sınırlamayla bağlı olmaksızın anayasayı yenileme görevini üstlenecek bir Kurucu Meclis'in seçilmesinin önünü açtığını not etmek gerekir. Id., sh. 201, 209-210.

186 Dipnot 194-207 arasındaki metinlere bkz.

böyle bir örnekti.[187] İngiltere'deki ve devrim öncesi Fransa'daki *"düzene göre oylama"* uygulaması üzerine yazan Thomas Paine *"Amerika'da en üst derecede tek bir düzene sahibiz ve bu da egemenlik düzenidir ve bu düzende her vatandaş kendi kişisel hakkının sahibidir."*[188]

Uzlaşılmış anayasalarla ilgili şüphelerin, yukarda incelemiş olduğumuz, belli bir nüfusun kurucu otorite olabilecek bir tek halk oluşturabilmesi ile ilgili endişelerin bir açıklaması olduğu gözlenecektir.[189] Bir tepki, hangi kurucu otoritenin onları yarattığına bağlı olarak iki farklı anayasa önermektir. Miguel Poiares Madura karşılaştırmayı şöyle yapmıştır:

"İlki bireylerin baskın siyasal süjeler olarak kabul edildiği ve bunların menfaatlerinin doğrudan birleştirildiği bir müzakerenin olduğu bir anayasal siyasal toplum olabilir. Menfaatlerin birleştirilmesinde getirilmesinde müzakere, evrensel kuralların yüceltilmesi ile olur. Evrensel kuralların yüceltilmesi ise, önceden, bu yüceltmenin genelliği ve soyutluğu; sonradan da ayrımcılık yapılmamasının garanti edilmesi üzerine inşa edilir. İkincisi ise, müzakerenin vatandaşların bireysel konumları üzerine inşa edilmiş evrensel kuralları amaçlamadığı, fakat devletlerin pazarlık gücünü yansıttığı ve onların menfaat çatışması algılaması içinde uyarlamalar yarattığı, bireysel menfaatlerin devletler aracılığıyla bir araya getirilmesi durumudur."[190]

Bu tanımlamada, inceleneceği gibi, *"anayasal"* sıfatı, ilk devlet biçimi için saklanmıştır. Alexander Hamilton, 1787 tarihli Philedelphia Konvansiyonu'nun önerilen anayasayı devletlerin meclislerine değil de, özel olarak seçilmiş devlet konvan-

---

[187] Finlandiya Anayasası'nın (Rusya'nın hükümdarlığı altında olduğu dönemde) 1906'daki kısa ömürlü dönüşümü Finlandiya Diet Meclisi'nin dört *"buyruğu"* ile gerçekleşmişti. Bkz. Suksi, *supra* note 91, sh. 80-81.

[188] Thomas Paine, *Constitutional Reform (1805)*, The Thomas Paine Reader içinde, 525, 536 (Michael Foot & Isaac Kramnick eds. 1987).

[189] Bkz. Yukarıda Bölüm III(B).

[190] Miguel Poiares Maduro, *The Importance of Being Called a Constitution: Constitution Authority and the Authority of Constitutionalism*, 3 I-Con 332, 333 (2005). Ayrıca bkz. Tierney, *supra* note 115, sh. 232 (bir *"kurucu an"*ndan kaynaklanan *"çok uluslu devleti"* tanımlarken, *"devlet içindeki devlet altı ulusal toplulukların hala farklı halklar olarak gelişmeye devam ettiklerinden sonra gelmek üzere önceden var olan halkların birliğidir"* demektedir.)

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

siyonlarına sunmasını savunurken, egemen halka başvurma ihtiyacını vurgulamıştır. Devletin önceki enstrümanı olan Konfederasyon Maddeleri zayıftı, çünkü *"hiçbir zaman halkın onayını almamıştı"* ve bu nedenle, *"birkaç meclisin onayından başka dayandığı daha iyi bir kaynak yoktu."* Takip eden güçlükler, *"ulusal yönetimimizin kaynağını delege edilen otoritenin yaptırımından daha derin bir yere dayandırmanın gerekliliğini"* göstermiştir.[191] Avrupa Anayasası üzerine yapılan akademik tartışmalar, devletlerarası antlaşma yoluyla anayasa yapımına ilişkin bu kaygıları sayıp dökmüştür. Bunun kısa vadede Avrupa anayasasına ulaşmak için tek gerçekçi imkan olduğunu yazan Dieter Grimm, böyle bir düzenlemenin *"kelimenin tam anlamıyla bir anayasa olamayacağını, farklılığın Avrupa Birliği halkına referans yapmak yerine, Üye Devletlerin rızasına referans yapmakta olduğunu"* belirtmiştir.[192]

1997 tarihli Güney Afrika Anayasası, delege edilmiş anlaşmanın nihai kurucu otoritesine, dikkate değer bir örnek oluşturmaktadır. Bu anayasa, onlarca yıl süren iç direnç ve uluslararası baskılardan sonra apartheid rejimine son veren düzenin nihai ürünüydü. Hükümetin, Afrika Ulusal Kongresi'nin ve çeşitli menfaat gruplarının farklı biçimlerde dahil olduğu zahmetli müzakereler yıllarca sürdü. 1993 Kasımında, Çok Partili Müzakere Forumu isimli grup, Geçiş Dönemi Parlamentosu için ırka dayanmayan seçimlerin yapılmasını ve yürütme yetkisinin paylaştırılmasını sağlayan, uzun ve ayrıntılı bir Geçiş Dönemi Anayasası üzerinde anlaşmaya vardı.[193] Bu parlamento aynı zamanda Kurucu Meclis olarak birleşik toplantılar da yapacaktı ve

---

191 THE FEDERALIST NO. 22, 152 (Alexander Hamilton) (C. Rossiter ed. 1961).

192 Grimm, *Need*, sh. 291. Grimm daha sonraki bir makalesinde anayasanın bir uluslararası antlaşmadan kaynaklanabileceğini kabul etmiştir. Böyle bir kurucu antlaşma, *"aynı zamanda yeni siyasal yönetimin hukuki temelini oluşturan nihai uluslararası antlaşmadır."* Dieter Grimm, *Integration by Constitution*, 3 I-CON 193, 207 (2005). Bununla birlikte, teklif edilen Avrupa Anayasa Antlaşması, bu tanıma göre gerçek bir anayasa değildi, çünkü daha sonra yapılacak tüm değişikliklerin üye ülkeler tarafından onaylanması gerekiyordu.

193 Güney Afrika Geçiş Dönemi Anayasası, 1993, sh. 40, 42, 48, 50, 84,88.

iki yıl içinde yeni bir anayasa yapması emredilmişti.[194] Ancak, Kurucu Meclis, kurucu otoriteyle ilişkilendirdiğimiz kontrolsüz güç olmayacaktı. Otuz dört *"Anayasal İlke"*ye uyacak yeni bir anayasa kaleme alacaktı. Dahası, yeni anayasa yürürlüğe girmeden önce, Anayasa Mahkemesi (bu da geçiş dönemi anayasası ile kurulmuştu) tarafından bu ilkeler uyarınca onaylanması gerekecekti.[195] Kurucu Meclis seçilmişti ve kamunun bilgilendirilmesi ve danışma amaçlı özenli bir kampanya yürütmüştü.[196] İki yıl sonra, nihai bir metin kabul ederek Anayasa Mahkemesi'ne verdi. Anayasa Mahkemesi, yeni metni dikkatli bir incelemeden geçirmek ve bazen sınırlayıcı nitelikte olan Anayasal İlkeleri de yorumlamak suretiyle neredeyse 300 sayfalık bir karar yayımlamıştır. Mahkeme, incelediği Anayasa'nın, on farklı Anayasal İlke ile uyumlu olmayan 9 farklı noktasını tespit etmiştir.[197] Ne zaman ki Kurucu Meclis gerekli değişiklikleri yapmıştır, o zaman Mahkeme gerekli onayı vermiştir.[198]

Ortaya çıkan 1997 Güney Afrika Anayasası'nın Başlangıcı Anayasa'nın *"Güney Afrika halkı"*nın bir işlemi olduğunu iddia etmektedir. Ne var ki, tarihi kayıtlar bu değerlendirmeyle çelişmektedir. Anayasayı yazan ve sonuçta onun yürürlüğe girdiğini açıklayan Kurucu Meclis'in üyeleri seçilmiş kişilerdi, fakat Meclis'in yapısı, onun tek adam-tek oy ilkesi çerçevesinde halkı yansıtmasını önleyecek biçimde dikkatlice oluşturulmuştu. Beş yüz üyesinden dört yüzü, kabaca birbirine eşit nüfusa sahip bölgelerden seçilmişlerdi. Bununla birlikte, Senato'nun üyesi olan geriye kalan yüz üye, çeşitli bölgesel parlamentolarda faaliyet gösteren siyasi partiler tarafından orantılı temsil esasına göre seçilmişlerdi ve bu bölgelerin her birine de aynı sayıda senatör seçme hakkı verilmişti. Bu üyelerin baskısı, Ge-

---

194 Id. s. 73.

195 Id.

196 Bkz.Christina Murray, *A Constitutional Beginning: Making South Africa's Final Constitution*, 23 U. Ark. Little Rock L. Rev. 809 (2000-2001).

197 Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (1996) 4 SA 744, para. 482 (CC).

198 Certification of the Amended Text of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (1997) 2 SA 744 (CC).

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

çiş Dönemi Anayasası'nın, anayasa metninin en azından ilk aşamada üçte iki çoğunlukla kabul edilmesini araması nedeniyle, daha da güçlü kılınmıştı.

Dahası, ortaya çıkan anayasayı Kurucu Meclis'in sınırlandırılmamış iradesinin bir ifadesi olarak betimlemek bile yanlış olacaktır. Meclis, Geçiş Dönemi Anayasası tarafından tanımlanan Anayasal İlkeler arasında yer alan maddi sınırlamalara tabi idi. Bu standartlardan çoğu modern anayasacılığın zararsız unsurları idiyse de, diğerleri özgün ve tartışmalı konulara ilişkindi. *"Dillerin çeşitliliği ve kültür"* geliştirilmeli ve *"dilsel, kültürel ve dinsel kuruluşlar"* korunmalıydı.[199] *"Bir geleneksel monarkın otoritesi ve statüsü"* de dahil olmak üzere yerel hukuk ve kurumlar korunmalıydı. *"Ulusal, bölgesel ve yerel seviyeleri"* içeren, oldukça dikkatli tanımlanmış federal bir yapı kurulmalıydı. Sendikalar ve toplu pazarlık anayasal statüye kavuşmalıydı. Kurucu Meclis için hala önemli kararlar almasını gerektiren geniş bir alan vardı, ama bunların hepsi bu kararların *"demokratik devlet ilkesine"*, *"temel haklara"* ve *"kuvvetler ayrılığına"* uygunluğu araştıracak olan Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi idi.[200] Geçiş Dönemi Anayasası'nın Anayasal İlkelere ilişkin hükümleri ile Anayasa Mahkemesi'nin onayını aradığı hükmü değiştirilemez nitelikteydi.[201] Anayasa Mahkemesi onay kararında, halkın seçtiği herhangi bir anayasayı yapma hakkının tenzil edilmesi gerekliliğinde samimiydi: *"Yönetim ve diğer azınlık grupları iktidarı çoğunluğa vermeye hazırdılar, fakat ülkenin gelecekteki yönetimi için çerçeve çizilmesine katkıda bulunmaya da kararlıydılar."*[202] Bu Sieyès'in öngördüğü, *"herhangi bir usulle sınırlandırılmamış iradi eylemi"* yürürlüğe sokan kurucu otorite değildi.[203]

---

[199] Güney Afrika Geçiş Dönemi Anayasası, 1993, Schedule 4, Constitutional Principles XI, XII.

[200] Güney Afrika Geçiş Dönemi Anayasası, 1993, Schedule 4, Constitutional Principles I, II, VI.

[201] Güney Afrika Geçiş Dönemi Anayasası, 1993, s. 74.

[202] Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (1996) 4 SA 744, para. 12 (CC)

[203] Sieyès *supra* note 4, sh. 127. Daha önceden belirlenmiş anayasal ilkelerle sınırlanmış bir anayasa yapımı, daha yumuşak bir örnek olmakla birlikte, 1974-1976 yılları arasında Portekiz'de uygulanmıştır. Ayrıca, Angola'da

Sonuç olarak, 1997 Anayasası büyük ölçüde Geçiş Dönemi Anayasası tarafından tanımlanan ve sınırlanan bir sürecin sonucuydu. Geçiş Dönemi Anayasası, Başlangıç bölümünde yeni anayasanın sadece *"Anayasal İlkeler olarak kayda geçen önemli bir antlaşmaya uygun olarak"*, *"tüm Güney Afrika halkının temsilcileri tarafından"* yaratılacağını belirtmişti. Bu önemli antlaşma ve anayasa yapımının yazılı yöntemi herhangi bir Kurucu Meclis tarafından kabul edilmemişti. Bunlar Çok Partili Müzakere Forumu'nda yapılan pazarlıkların sonucuydu. Bu forum ise pek çok menfaatin temsilcilerinden oluşan ad hoc bir yapıydı ve üyelerin hiçbirisi (şüphesiz mevcut iktidar hariç) halkın adına konuştuğunu iddia edemezdi.[204] Geçiş Dönemi Anayasası 1983 Anayasası'na göre apartheid parlamentosu tarafından yapılmıştı.[205] Fakat, anayasanın salt bir değişikliğin sınırları ihlal edilerek değiştirilmesi söz konusu olabilirse, bu tam da böyle bir durumdu. Bu nedenle, Güney Afrika Anayasası'nın yaratıcılarını bulmak için geçmişe doğru yapacağımız bir yolculuk girişimi, özgün bir halktan oldukça farklı bir şeye karşı sorumlu olan bireylerin aracılık ettiği temel kararların olduğu bir arka odada sonlanmaktadır. Sieyès'in tabiri ile *"tamamen sınırlanmamış"* olan, belirgin bir şekilde halk dışında gelişen bir süreçti.

Bugün, Güney Afrika Konvansiyonu Anayasası'nın otoritesi tartışıldığında, halkın bağlayıcı niteliğine dayandığı otoritenin yörüngesi bu değildir. Yapılış sürecini etraflıca betimledikten sonra, Güney Afrika devleti web sitesinde şu sonuca

---

uzun süren şiddet temelli süreçlerden sonra 1992'de başlayıp, 2010 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından yeni anayasanın onaylanması ile biten dönemde de bu tür ilkeler rol oynamıştır. Bkz. Andre Thomashaussen, *Constituent Power and Legitimacy in the Political Evolution of Southern Africa*, 7-9 (2010) (Bu derlemede yer alan tebliğ).

204 Çok taraflı müzakere süreçlerinin *"meşruiyet sorunları"* ile ilgili olarak bkz. DION A. BASSON, SOUTH AFRICA'S INTERIM CONSTITUTION: TEXT AND NOTES xxi (1994). Bu gerçeklere rağmen, nihai Anayasa gibi, Geçiş Dönemi Anayasası'nın da Başlangıcı, *"Halk"* tarafından kabul edildiği biçimindeki kutsal beyana yer veriyordu Güney Afrika Geçiş Dönemi Anayasası, 1993, Başlangıç.

205 R.S.A. Act 200 (1993) enacted under the authority of the South Africa Constitution Act 110 of 1983 s.99.

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

varmaktadır: *"Bu nedenle, bu Anayasa Güney Afrika halkının ortak bilgeliğini temsil etmektedir ve genel bir antlaşmayla oluşturulmuştur."* Geçiş Dönemi Anayasası'na atıf yaptığı bir kararında da Anayasa Mahkemesi, *"halkın emrettiği ve anayasayı yaptığı genel amacı"* belirten bir bölüm olarak Başlangıçtan alıntı yapmıştır.[206] Bu ifadeler, tarihsel bir gerçeği geleneksel bir siyasal ahlak ile bağdaştırma amaçlı savrulmalar olarak dikkate alınmayabilir, fakat, göreceğimiz gibi, böyle bir dönüşüm ortaktır ve kurucu otoritenin önemli bir boyutunu açığa çıkarmaktadır.

VI. Kurucu Otoriteyi Yeniden Yapılandırmak

Halkın kurucu otorite yetkisine ilişkin olarak teşhis ettiğimiz sorunların ortak bir noktası bulunmaktadır: Kurucu otorite algılamaya dayanmaktadır. Kurucu otoritenin şu veya bu şekilde belirlenmesindeki akla yakınlık, anayasanın yaşayacağı bölgedeki halkın hüküm süren tutumlarının dikkate alınmasını gerektirecektir.[207] İster Kral, ister papazlar, isterse iktidar sahibi toplulukların temsilcileri ya da halkın belli bir dışavurumunun bir parçası olsun, herhangi bir kurucu otoriteden söz etmek, halkın bunları, ne yaptıklarını ve nasıl yaptıklarını genel olarak nasıl değerlendirdiği sorusundan bağımsız olarak, anlamsızdır.

Bir anayasanın gücü, yaşamlarını etkilediği gerçek insanlar üzerinde zaman içinde kabul edilebilir kalmaya devam etmesine bağlıdır. Kabul edilebilirliğin iki boyutu bulunmaktadır. İlk olarak, ilgili halkın asgari bir kesimi anayasanın maddi kurallarını tatminkâr, ya da hoş görülebilir bulmalıdır. İkinci olarak, halk anayasa kurallarının meşru bir kaynaktan geldi-

---

[206] Du Plessis and Others v De Klerk and Another, [1996] (3) S.A. 850 , para.157.

[207] Bkz. Örneğin, son bölümde tartışılan ve Güney Afrika Geçiş Dönemi Anayasa Konvansiyonu'nun meşruiyetine ilişkin bir kaygıyı dile getiren bir yorumda bu fikrin idealize edilmiş bir ifadesi bulunmaktadır: *"Demokratik ve sınırlanmamış bir yöntemle halkın temsilcileri tarafından yapıldığı için devletin halkı açısından ortaya çıkan anayasa meşru ya da kabul edilebilirdir. Anayasanın halkın kalbinde ve fikrinde yaşayabildiği ölçüde kabul edilebilir ve meşru olması, onun uzun ömürlü olmasını ve anayasal istikrarı garanti eder."*
BASSON, *supra* note 204, sh. 96.

ğine inanmalıdır. Kurucu otorite ile ilişkili olan işte bu ikinci gereksinimdir. Kurallar sevilmemelerine rağmen saygı görebilirler, yeter ki halkın uygun kabul ettiği bir otorite tarafından yapıldığına inanılsın. Uzunca bir süre katlanılamayacak kadar ağır yükümlülükler yükleyen en saygın otoritenin komutları bile, tabii ki, nihai olarak etkisiz hale gelecektir. Buna karşılık, içerik olarak çekici ama gayri meşru bir kaynağa dayanan kurallar uzunca bir süre geçerliliğini koruyabilir. Çoğu zaman ve çoğu insan için, gerçekte, anayasal kurallar hakkında düşünecek bir fırsat doğmaz. Bunları yaratan olaylarla ilgili bir eleştiri gündeme getirme fırsatının doğması ise, bunun gerçekleşmesinden dahi düşük bir ihtimaldir. Bununla birlikte, diğer tüm sabit kurallar gibi bir anayasa da sevimsiz bir biçimde bazı insanları çimdiklemelidir.[208] Belli bir anayasal rejimdeki acılara ve yükümlülüklere katlanmak, bunları üstlenenlerin anayasal kural koyucunun otoritesine bakışına göre, kolaylaşacak ya da zorlaşacaktır. Dahası, anayasal düzenlemeler, tüm diğer hukuk kuralları gibi, şüpheli durumlarda yorumlanmayı gerektirmektedir. Böyle durumlarda, yorumlayıcılar, bizi anayasa yapım sürecindeki olaylara ve kurucu otoritenin doğasına geri götürecek biçimde, kuralların konuluş amacı hakkında spekülasyon yapma eğiliminde olacaklardır.

Buna göre, halk, er ya da geç, kendisine saygı duyma zorunluluğu getiren anayasanın yapımının nasıl olduğunu bir gün soracaktır. Dahası, kuruluştaki olayların algılaması zaman içinde değişmeye mahkûmdur. Elbette, bir anayasanın yaratıldığı ve yürürlüğe sokulduğu anda onun bir tür itibarı, saygınlığı ya da ondan kaynaklanan bir korku var olmalıdır. Fakat bir anayasanın onlarca ya da yüzlerce yıl yürürlükte kalabilmesi için, anayasa koyuculara karşı gerekli bu tutumun da devam etmesi gerekir. Dini yönden ayrıcalıklı yazarlarının itibarına dayanılarak yaratılmış ve oluşturulmuş bir anayasanın gücü, toplumun dini inançlarının yok olması ile birlikte ister istemez azalacak-

[208] Bir anayasa yapımının, ancak birilerinin mevcut olandan memnun olmadığında gerçekleşeceğini söylemek herkesçe bilinen bir şeyi söylemektir. Anayasal düzenlemelerle ilgili eleştirel için bkz. ELKINS E.A., supra note 174, sh. 122-146.

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

tır. Bu bağlamda, kurucu otoritenin varlığı, Ernest Renan'nın bir ulusun varlığı için ifade ettiği *"günlük plebisite"* benzer.[209]

Eski İngiliz kolonilerinin orijinal bağımsızlık anayasalarının kaderleri, bu duruma ilişkin örnekler sunmaktadır. Daha önce bahsettiğimiz Antigua ve Barbuda gibi, bu ülkeler de siyasal güçlerin uzlaşmasıyla yapılan, ama biçimsel olarak Birleşik Krallığın yayımladığı yasalar olarak yürürlüğe sokulan anayasalar çerçevesinde bağımsızlıklarına kavuştular. Bu ülkelerin çoğu, zamanla, şeklen bile olsa kolonyal hukuki otorite olduğundan şüphe edilemeyecek otorite tarafından yapılan anayasalar altında yaşamayı kabul edilemez buldular.[210] Trinidad ve Tobago 1970'lerde Westminster Anayasasını değiştirmeye kalktığında, bir hükümet komisyonu, *"bağımsızlık ulus olmanın yerel sembollerini taşımalıdır. Özellikle genç insanlar arasında İngiliz Egemenliğinin hiçbir sembolik anlamı yoktur"* yorumunda bulunmuştu. *"Tabi olmanın, taklit olmanın ve dışsal bağımlılığın kolonyal mirasını geride"* bırakmak gerekiyordu.[211] Kurucu otorite olmak için 1962'de yeterli görülen, 1976'da bu gücünü kaybetmişti.

Trinidad ve Tobago tecrübesi, belli bir anayasayı yapan kurucu otoriteyi sürdürülebilir olmaktan çıkarmanın, yeni tutum ve değerlerin tanınmasının doğal bir karşılığı olduğunu göstermektedir. Bu, yeni ve siyaseten daha uygun bir yöntemle yapılmış bir anayasayı, açık ve seçik bir biçimde es-

---

209 ERNEST RENAN, QU'EST-CE UNE NATION: WHAT IS A NATION? 49 (trans. Wanda Romer Taylor, 1997).

210 Bkz. K. WHEARE, *supra* note 92, sh. 89-113; Kay, *Comparative* at 455-58 (İRLANDA ANAYASASINI TARTIŞMAKTADIR.)

211 Alıntı için, William Dale, *Making and Remaking of Commonwealth Constitutions*, 42 INT. & COMP. L.Q. 67, 69 (1993). Pek çok Karayipler Bölgesi Bağımsızlık Anayasası'nın değiştirilmemesi gerçeğine üzülen Simeon C..R. McIntosh, yakın tarihte şu iddiada bulunmuştur: *"Bir ülkenin temel yasa yapma süreci öyle tasarlanmalı ve yönetilmelidir ki, sonuçlar 'eşit ve özgür bireyler arasında adil ve akılcı bir biçimde yönetilmiş kolektif müzakerelerin' ürünü olarak sürekli bir biçimde anlaşılır olsun."* Bkz. Simeon C.R. McIntosh, *West Indian Constitutional Authorship* 2, http://www.eccourts.org/jei_doc/2008/book_launch/WestIndianConstitutionalAuthorshipbySimeonMcIntosh.pdf web sayfasından ulaşılabilir.

kinin yerine koymaktır.[212] Bununla birlikte, bir anayasal metni muhafaza edip, onu yaratan olayları yeniden tasarlamak da mümkündür. Böyle bir yeniden betimleme, yürürlüğe girmeyle aynı anda dahi gerçekleşebilir. Bir anayasanın yaratıldığı süreçteki fiili siyasal koşullarla, ortaya çıkan anayasal belgelerde ifade edilen daha üzerinde anlaşılabilir nitelikteki siyasal değerlerin uyum içinde olmayabileceği durumları yukarıda görmüştük. Çok ünlü bir örnek olan 1947 Japon Anayasası'nın içeriği işgalci güçler tarafından dikte edilmişti. Buna rağmen kendisini *"Japon halkının"* bir ürünü olarak beyan etmektedir.[213] Benzer bir biçimde, 2004 Afganistan Anayasası'nın özenle yazılan Başlangıcı *"Afganistan halkının"* otoritesini beyan eder, ancak bununla birlikte halkın *"tarihsel, kültürel ve sosyal gerçeklikler ve zamanın gereklerine uygun bir biçimde"* hareket etmesi gerektiği biçiminde bir ödünle, bu hakka karşı da bir önlem alır.[214]

Kurucu otorite sabit bir şey değildir. Zamanın baskısına uyarak, anlaşılma biçimini şekil değiştirmek suretiyle değiştirebilir ve bunu sıklıkla yapar da. 17. yüzyılda İngiltere'de hükümetin doğası ölümcül bir tartışma meselesi olduğunda, parlamenter otoritenin destekçilerinin çoğu tarihsel monarşi anayasasını geçersiz saymaktan imtina etmişlerdir. Bunun yerine, bu anayasa altında, hem Kralın hem de parlamentonun önemli ve azaltılamaz otoriteye sahip olduğunda ısrar etmişlerdir. Anayasanın bu versiyonu, halkın temsilcilerinin hayati rolünün çok eski zamanlardan itibaren var olduğu fantastik bir tarihe dayandırılmıştır.[215] Bu anlatıdaki Normandiyalı

---

[212] Trinidad ve Tobago örneği gerçekte, yeni bir kurucu otoritenin eksiksiz bir tanınmasını temsil etmemktedir, çünkü yeni anayasa *"geçerlilik sağlayıcı bir ilişki"* kuracak biçimde önceki Bağımsızlık Anayasası'nın anayasa değiştirme yöntemi uyarınca kabul edilmişti. Bkz. Dipnot 89-90. Şu anda kabul edilemez olan kurucu otoritenin bütünüyle reddi, yeni anayasanın anayasal değişime ilişkin önceki kurallara uymaksızın yapılmasını -yani samimi bir devrim yoluyla yapılmasını- gerektirir.

[213] Japon Anayasası, 1947, Başlangıç; John M. Maki, *Japanese Constitutional Style*, THE CONSTITUTION OF JAPAN: ITS FIRST TWENTY YEARS içinde, 3-40 (Dan Fenno Henderson, ed 1969).

[214] Afganistan Anayasası, 2004, Başlangıç.

[215] Örneğin bkz. JANELLE GREENBERG, THE RADICAL FACE OF THE ANCIENT

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

William'ın 1066 yılında gerçekleşen istilası bir fetih değil, ama hukuki bir hakkın savaş yoluyla yargılanmasıdır.[216]

Kurucu otoritenin değişkenliğine ilişkin bir diğer örnek, Birleşik Devletler Anayasası'nın doğası üzerine, kabul edildiği 1789 yılından sonraki on yıllarda yaşanan tartışmalarda ortaya çıkmaktadır. Bu zaman diliminde, Anayasa'nın yaratılmasının düzgün bir tanımlaması, sert tartışmalara konu olmuştur. Tartışma farklı iki görüşten hangisinin benimsendiği ile ilgilidir: ya tek bir *"Birleşik Devletler halkının"* anayasa yapmasıdır söz konusu olan; ya da kurucu devletler arasında varılan bir antlaşmadır. Anayasa her bir devlette özel olarak halk tarafından seçilmiş konvansiyonlar tarafından onaylanmıştır. Kurallara uygun olarak, sadece onaylayan devletlerde gerçekleşmek üzere, dokuz devlet onayladığında yürürlüğe girmiştir. Buna rağmen, Başlangıç o çok meşhur referansı ile *"Biz, Amerika Birleşik Devletleri halkı"*ndan söz etmektedir. Böylece, bu sürecin tek ve bölünmemiş bir halkın iradesinin tekrarlanması olduğu ileri sürülmüştür. Bu fikir neredeyse derhal saldırıya maruz kalmıştır. 1788 yılında New York'ta onaylamaya karşı çıkan bir bildiride, bildirinin yazarı Başlangıçtaki ifadelere dayanarak, Anayasa'nın *"tek büyük bir siyasal yapı olarak Birleşik Devletler halkının bir anlaşması"* olması gerektiği yönünde uyarıda bulunmuştur.[217] James Madison, bu türden iddialara yanıt verir-

---

CONSTITUTION: ST. EDWARD'S *"LAWS"*, EARLY MODERN POLITICAL THOUGHT içinde (2001).

216 Bkz. J.G.A. POCOCK, THE ANCIENT CONSTITUTION AND THE FEUDAL LAW 53(1987). Blackstone William'ın unvanını fetihe dayandırmaktadır ama o İngiliz kanunlarına tabi bir biçimde tacı almıştır:
Çünkü, Hastings'de kazanılan zafer kolektif ulusa karşı değil, ama sadece Harold'un şahsına karşı kazanılmıştır, ve bu nedenle fatihin sahip olduğunu iddia edebileceği tek hak, İngiliz tacının sahibi olmaktır, yoksa yönetimin doğasını değiştirmek değildir. Ve bu nedenle ve hala İngiliz yasaları yürürlükte olduğu için, tacı bu yasalara tabi olarak ve tüm içindekilerler birlikte alacaktır...
WILLIAM BLACKSTONE, 1 COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND, SH. 192-93 (1765).

217 Brutus, *Essay XII* (February 7 and 14, 1788) in THE ANTI-FEDERALIST PAPERS AND THE CONSTITUTIONAL CONVENTION DEBATES 298, 300 (R. Ketcham ed. 1986). Ayrıca bkz. *The Address and Reasons of Dissent of the Minority of the Convention of Pennsylvania to Their Constituents* (Dec. 18, 1787) in id. at 237, 246. (*"Başlangıç, "bir topluluk devletine giren bireyler arasındaki, bir anlaşmadır, yoksa devletler konfederasyonu arasında değil."*)

ken, onaylamanın *"bireyler olarak değil, tek bir bütün olarak milleti oluşturan halk tarafından ve ait oldukları ayrı ve bağımsız devletleri meydana getirerek"* yapılması gerektiğini ısrarla vurgulamıştır. Bu *"ulusal değil, federal bir yasadır"*.[218] 1819 yılında önemli bir dava nedeniyle Yüksek Mahkeme de aynı sorunla uğraşmak zorunda kalmıştır. Federal yetkilerin dar bir yapıda olması gerektiğini savunan bir taraf *"anayasa Birleşik Devletler'in halkı tarafından değil, kurucu devletlerin halkları tarafından yapılmış ve kabul edilmiştir"* iddiasında bulunmuştur. Gerçekte, onlar *"halkın iradesiyle (...) ulusal egemenliğe tabi kılınmışlardır."* Kararında Baş Yargıç Marshall (onaylama sürecine o da katılmıştır), federal yönetimin sadece kendisine kurucu devletler tarafından devredilmiş yetkileri kullandığını, kategorik olarak reddetmiştir. Ona göre, federal yönetimin iktidarı *"doğrudan halktan gelmektedir."*[219] Bununla birlikte, bu tür yargısal açıklamalar sorunu çözmekte başarısız olmuş ve sorun Amerikan İç Savaşı'nda silah gücü ile denenip karara bağlanıncaya kadar, anayasanın *"anlaşmaya dayanan teorisine"* ilişkin görüşler ulusu bölgesel hatlar boyunca bölmeye devam etmiştir.[220]

Benzer dönüşüm, yukarıda ele alınmış bulunan 1873 Pennsylvania Anayasa Konvansiyonu'nun otoritesinin doğası ile ilgili davalarda da gözlemlenebilir. Bu davalarda Yüksek Mahkeme Konvansiyonun yaptığı işi, bir pozitif hukuk aracı olarak önceki anayasaya göre yetkisiz temsilcilik olarak tanımlamıştır.[221] Benzer bir şey Güney Afrika Anayasası'nın da başına gelmiştir. Geçiş Dönemi Anayasası'nı yazan kaynak tarafların anayasa yapım sürecine getirmiş oldukları özenli sınırlamalara rağmen, Anayasa bölünmemiş Güney Afrika halkının bir ifadesi olarak görülmeye başlanmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne gidenler, *"Biz Güney Afrika Halkıyız"* duvarını ve *"Biz Güney Afrika Halkıyız"* fotoğraf sergisini ziyaret edebilirler.[222] Aslın-

---

[218] THE FEDERALIST NO. 39 at 243 (James Madison) (C. Rossiter ed. 1961).

[219] M'Culloch v. Maryland, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 363, 377-78, 403-05 (1819).

[220] Bkz. Kay, *Comparative*, sh. 460-463.

[221] Bkz. Yukarıda dipnot 68-72'deki metinler.

[222] Bkz. *http://www.southafrica.info/about/history/constitutionhill.htm.*

RICHARD S. KAY'İN TEBLİĞİ

da enerji dolu bir azınlığın ürünü veya böyle birkaç azınlığın anlaşması olan bir anayasaya meşruiyet sağlamak için halka atıfta bulunmak, halkın sesinin, önceki bölümde tartışılan nedenlerden dolayı, hiçbir zaman birkaç insanın ya da birkaç grup insanın söylemiyle eşitlenemeyeceği gerçeği nedeniyle kolaylaşmaktadır. Her zaman için halk, bir grup insanın anayasa yapımı anındaki gerçek siyasal arzularına az ya da çok inandırıcı bir bağı olan bir hiledir.[223]

Dahası, halk için doğru olan, her hangi bir kurucu otorite için de geçerlidir. Belli bir zamandaki ihtiyaçlara uyması için yeni anayasa yapımı yollarını anlama kapasitesi, kurucu otoritenin sabit bir fenomen olmaması anlamına gelir. O sadece tarihsel bir geçmişin insan eseri değil, aynı zamanda güncel ihtiyaçları karşılamak üzere yeniden yapılandırılmış bir geçmişin de insan eseridir. Wojciech Sadurski'nin anayasal gelenekle ilgili olarak söylediği, eşit bir biçimde kurucu otorite dediğimiz özgün fenomen için de doğrudur. *"Onu keşfetmek daima bir yeniden bir yapılandırmadır (geçmişe ilişkin yaptıklarımızla ilgili)....'karmaşık geleneklerde geçmiş tek anlamlı değildir.'"*[224] Bu bağlamda, kurucu otorite bir anayasal sistemin belli bir andaki özelliğidir. Kelsen'in herhangi bir hukuk sistemi için gerekli olan temel norm fikri, en azından bu noktada geçerlidir.[225]

Bununla birlikte, daha açık olmam gerekir. Kurucu otorite, etkili bir yasa koyucudan kaynaklanan salt bir *"saf soyutlama"*

---

223 Ulrich Preuss *"'halk' ya da 'ulus'un amprik varlıklar olmadığını"* söylediğinde bu fenomene iyi huylu bir özellik yüklemektedir; *"bunlar toplumun arzularını, ideallerini ve birliğini somutlaştıran sosyal yapılardır ve kendi değersiz ve ayrıştırıcı özelliklerinin tüm izlerinden arındırılmıştır..."* Ulrich K. Preuss, *The Exercise of Constituent Power in Central and Eastern Europe* ,THE PARADOX OF CONSTITUTIONALISM İÇİNDE, sh. 211, 216.

224 Wojciech Sadurski, *European Constitutional Identity* 5 (University of Sydney Law School, Legal Studies Research Paper, No. 06/37), http://ssrn.com/abstract=939674 adresinden ulaşılabilir) (Alıntı için, Martin Krygier, *Thinking Like a Lawyer* in WOJCIECH SADURSKI, ETHICAL DIMENSIONS OF LEGAL THEORY 67,68 (1991)).

225 Bkz. Hans Lindahl, *Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood*, THE PARADOX OF CONSTITUTIONALISM içinde, 9, 21 (*"Bir kollektivite ancak her adımda kendisinin öncülü olana tepki gösterebilir, hiçbir zaman onun karşısında "Biz kimiz?" sorusuyla durmaz. Kurucu iktidar birinci değil, ikincidir..."*)

değildir.[226] Kurmaca veya sahte de değildir. Girişte de belirttiğim gibi, o bir gerçekliktir. Bununla birlikte, kural olarak halkın kurucu olayları nasıl dikkate aldığı ile ilişkili bir gerçeklik olduğu için, zamanla değişebilir ve değişir. Bir anayasanın başarısı, yaratılışının daha lehe bir ışıkla görülmesini sağlayarak eleştirel algılamaları baskılayabilir. Bu nedenle, kısmen ve en azından belli koşullar altında, kurucu otoriteyi yapanın anayasa olduğunu, ama anayasayı kurucu otoritenin yapmadığını, tuhaf bir tasarım olarak düşünebiliriz. Bu nitelikli bağlamda, kurucu otoriteyi bir *"mit"* veya *"tasarlanmış bir yetkinlik"* olarak karakterize etmenin geçerli olabileceği bir mantık vardır.[227] Fakat bir hukuk sisteminin kuruluşundaki baskın hesaplar, mükemmelen akışkan olamazlar. Değiştikleri zaman, yavaşça ve çoğalarak değişirler.[228] Bir anayasanın başarısı, herhangi bir anda, yaratılışı ile ilgili hem siyaseten kabul edilebilir, hem de tarihsel olarak, doğru değilse bile, makul bir anlatı önerebilmesindedir. Böyle bir anlatı oluşturmak için uygun malzeme, şekil verilebilir bir malzemedir, ama sonsuza dek değil.[229] Kurucu otorite pek çok şey olabilir, fakat bizim olmasını istediğimiz her şey olamaz.

* * *

---

[226] Bkz. Michelman, *Authorship*, sh. 92 (*"halka"* atıf yapar). Ayrıca bkz. Eleftheriadis, *supra* note 95, sh. 25 (*"Halk fikrinin kendisi de bir hukuki yapıdır."*)

[227] KLEIN, *supra* note 8, sh. 192.

[228] Bununla birlikte, kurucu otoritenin iki gelişmiş versiyonunun uzunca bir süre yarış halinde olduğu durumlar olabilir ve biri veya diğeri sonuçta bir devrimle hakimiyet kurabilir. 1688'de Britanya ve 1865'de Birleşik Devletler'de olan buydu.

[229] Bu nedenle, *"meşruiyet değerlendirmelerimizde atıfta bulunduğumuz anayasa kaynağının herhangi bir gerçekliği değildir, fakat kaynakla ilgili inanç akımları ya da anlatılardır"* diyen Frank Michelman'ın haklı olduğunu düşünmeme rağmen, devamında bu inançların *"ülkemizin evrilmiş ve evrilen anayasal uygulamaları olarak şu anda ve ayrı ayrı gözlemlediğimiz doğruluğa ve uygunluğa ilişkin değerlendirmelerimiz"*den daha fazlası olmadığı biçimindeki görüşe katılmıyorum. Bkz. Michelman, *Reply*, sh. 730.

Av. Talay ŞENOL (Oturum Başkanı) - Sayın Prof. Dr. Kay'a özellikle kurucu iktidar konusunda verdiği bilgiler nedeniyle teşekkür ediyorum.

Üçüncü konuşmacımız, Prof. Dr. Andre Thomashausen. Andre Thomashausen, Pretoria'da bulunan Güney Afrika Üniversitesinde uluslararası hukuk profesörüdür ve yılda yaklaşık 12 bin öğrencinin sorumluluğunu taşıyarak Kamu Hukuku, Anayasa Hukuku ve Uluslararası Hukuk Bölümü Başkanlığını yürütmektedir. Aynı zamanda adı geçen üniversite bünyesinde faaliyet gösteren Yabancı ve Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsünün Başkanlığını da sürdürmektedir. Hukuk doktoru derecesini merhum Profesör Wilhelm Kewenig'in öğrencisi olarak Almanya'nın Kiel kentinde bulunan Christian Albrechts Üniversitesinde üstün başarıyla *"Summa cum laude"* almıştır. 1951 yılında doğmuş olan Prof. Thomashausen, Almanya'da tanınmış bir uluslararası hukuk avukatı olmanın yanı sıra, Almanca, İngilizce, Fransızca ve Portekizce dillerinde yeminli mahkeme tercümanıdır. Mozambik'te Birleşmiş Milletler tarafından sürdürülen barış görüşmeleri UNOMOZ çerçevesinde 1992'den 1995 yılına kadar Birleşmiş Milletler Genel Sekreterinin özel temsilcisinin özel danışmanı olarak görev yapmıştır. Prof. Thomashausen'in özgeçmişine *"Who's Who in the World"* biyografi derlemesinden ulaşılabilir.

Sayın Thomashausen; söz sizde.

GÜNEY AFRİKA'NIN SİYASÎ EVRİMİNDE ANAYASAL İKTİDAR VE MEŞRULUK

André Thomashausen[*]

I. ANAYASA YAPIM SÜRECİ TİPOLOJİSİ

Anayasa yapım sürecinin, anayasaların gelecekteki başarısı üzerinde büyük bir etki sahibi olduğu konusunda bir fikir birliği bulunmaktadır. Bununla birlikte, modern akıl yürütme biçimi, artık münhasıran şeklî demokratik meşruluk üzerine eğilmekten vazgeçmiş durumdadır. Kurucu ve kurulu iktidarlar arasındaki farkların gerçeklik ve içinde bulunulan durumlardan kaynaklanan gereklilikler tarafından bulanıklaştırıldığı yüzlerce örnek olaya rastlanmakta olup; Montesquieu'nun bu ayrımının artık yalnızca teorik bir değer taşıdığı anlaşılmaktadır. Benzer şekilde, anılan bu sürecin, seçmenlerin iradesi ile yönetenlerin iradesi arasındaki demokratik uyuma dayanan Rousseau'cu kurguya olan bağlılığı da, ancak teoride önem taşıyan bir unsur olarak kalmış görünmektedir.

Verili bir tarihsel ve coğrafî bağlamda bir anayasa yapım sürecinin yerine getirmesi beklenen işlevler, bu konuda üretilen düşüncelerin merkezinde yer almaktadır. Anayasaların kaderini belirleyen unsurlar arasında en önde gelenleri, nicel farklılıklar taşıyan grupları bir araya getirebilmek, onları yönetilebi-

---

* Prof. Dr., Güney Afrika Üniversitesi Kamu Hukuku, Uluslararası Hukuk ve Anayasa Hukuku Bölüm Başkanı, Yabancı ve Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü Müdürü

Çeviren: Dr. Ersoy Kontacı

ANDRÉ THOMASHAUSEN'İN TEBLİĞİ

lir kılmak ve artık kaçınılmaz hale gelmiş olan küreselleşmenin buyrukları karşısında uluslararası sistemin üyeleri olarak tanınabilmelerini sağlamak amacıyla, onlara makul temsil olanakları sağlamaktır.[1] Tüm bunları yapabilmek içinse, anayasaların doğumlarından gelen meşrulukları dolayısıyla insanlar arasında kabul ve destek görmesi gerekmektedir.[2]

Bu kapsamda ifa edilmesi beklenen görev, öncelikle bir devlet ile devlet organları ve kurumlarını oluşturmak vasıtasıyla bütünleşmeyi sağlamak ve bu sürecin sonunda ve biraz da şansın yardımıyla, reddiyelere ve *"diğer kimlikleri"* düşman görmeye dayanmayan bir pozitif ulusal kimlik tanımına ulaşarak bir ulus inşasına giden yolu açmaktır. Modern toplumların refah düzeyinin belirleyicisi olan etmenler; bunların yeniden yapılanma, yenilenme, modernleşme ve geleceğe ilişkin beklentiler konusunda geniş uzlaşmalar ortaya koyabilme konusundaki becerileridir. Bu nedenledir ki, asıl mesele anayasa yapım sürecinin demokratik saflığı değil, anayasanın değiştirilmesi veya yeniden yapılması konusunda benimsenen sürecin sürdürülebilirliğidir.

İdeal olan, benimsenen anayasa yapım sürecinin, ülkedeki farklı siyasî elitleri olduğu kadar, fikir ve beklentilerini mümkün olan tüm yollarla dile getiren temel sosyal, ekonomik, kültürel ve dinsel algı biçimlerini de bir araya getirebilmesidir. Max Weber'in klâsik ayrımında, meşruluğun üç kaynağı bulunmaktadır: karizmatik otorite veya kişiselleştirilmiş liderlik, günümüzde seçimler aracılığı ile oluşturulan ve yenilenen rasyonel ve kurumsallaştırılmış otorite ve son olarak, geleneksel veya tarihsel olarak üstlenilen meşruluk.[3] Tarihsel meşruluk,

---

1 Anayasacılığın Afrika'daki en büyük ismi tarafından konuyla ilgili olarak yapılmış sıradışı bir değerlendirme için bkz. Yash Ghai, *"A Journey around constitutions: reflections on contemporary constitutions"*, 122, *South African Law Journal*, ss. 804-831, s. 830.

2 A. Thomashausen, Verfassung und Verfassungswirklichkeit im modernen Portugal, Berlin 1982, ss. 24-27.

3 Max Weber, *"Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft"*,: J. Winkelmann, Der., *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 4. Basım, Tübingen 1973 içinde, ss. 475-488, s. 485.

yabancı işgalinden veya otoriter yönetimlerden kurtuluş gibi temel bir takım dönüşümler yaşayan ülkelerde hüküm sürme eğilimindedir. Mücadelelerini zafere ulaştırmış ve toplumlarını özgürlüğe kavuşturmuş kişiler, en az bir (fakat pek çok Afrika Ülkesi söz konusu olduğunda genellikle birden fazla) nesil boyunca yönetim ayrıcalığına sahip olmayı talep etme eğilimine girmektedirler. Fakat açık olan şudur ki, meşruluğun üç kaynağı da bağımsız olarak hareket etmekte ve karizmatik veya kişiselleştirilmiş meşruluk, rasyonel meşruluğun kaynağı olarak kabul edilen seçimlerde de büyük bir rol oynamaktadır.

Yönlendirmeye en açık meşruluk üretme yöntemi, gündemdeki taslağın dışlayıcı veya seçkinci bir süreçte tartışıldığı, kabulü veya reddi için referanduma sunulduğu ve hâlihazırda kurulu bulunan parlamento tarafından kabul edilmesi gereken (1958 Fransız Anayasası[4] ve 1983 tarih ve 110 sayılı Güney Afrika Anayasal Kanunu gibi) veya doğrudan doğruya bir plebisit sonucunda seçmenlerin oyuyla kabul edilmesi öngörülen (1958 Fransız Anayasası veya 1980 Şili Anayasası[5] gibi) **referandum anayasasıdır**. Hazırlanan, ancak düzenlenen referandumda çoğunluğun oyunu almayı başaramayan 1999 tarihli yeni Zimbabwe Anayasası, anayasa yapımına referandum yaklaşımının taşıdığı riskleri gözler önüne sermektedir.[6] Bugün itibariyle Zimbabwe'yi yok olma noktasına sürükleyen sorunların kaynağında, ülkede tarihsel meşruluk sahibi olan siyasî seçkinlerin yeni bir anayasayı referandum yoluyla yürürlüğe koyma konusundaki başarısızlıkların yattığı konusunda geniş bir uzlaşmanın var olduğu görülmektedir.

"Demokratik saflık" konusunda ikinci sırayı alan anayasa yapım süreci, anayasanın özel olarak seçilmiş bir *"kurucu meclis"* tarafından tartışıldığı ve kabul edildiği **kurucu meclis ana-**

---

4 Konuya ilişkin basit bir İngilizce kaynak için bkz. D. Pickles, *The Fifth French Republic*, 2. Basım, Londra 1962.

5 Bkz. U. Karpen, *"Die Chilenische Verfassung vom 11, September 1980 aus der Sicht der demokratischen Opposition - Kritik und Änderungsvorschläge"*, 34 (1985) *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, Tübingen 1985 içinde, ss. 703-732.

6 Bkz. Masula Sithole, *"Fighting Authoritarianism in Zimbabwe"*, 12 (1) *Journal of Democracy*, 2001, ss. 160-169.

ANDRÉ THOMASHAUSEN'İN TEBLİĞİ

yasasıdır. Ne var ki bu yöntem, aynı zamanda en hantal ve en ayrıştırıcı yöntem olmaktadır. Bu yöntemin benimsendiği örnekler arasında Amerika'daki 1787 Philadelphia Anayasal Konvansiyonu, 1789 Fransız Anayasası, 1919 Alman Anayasası ve 1976 Portekiz Anayasası[7] sayılabilir.

Anayasa yapımı konusunda üçüncü yaklaşım, yeni bir anayasanın, en başından itibaren *(ab initio)* veya sonradan yapılan özel bir anayasa değişikliği ile yeni bir anayasayı hazırlamak, tartışmak ve kabul etmek için gerekli resmî (kurucu) yetkiler ile donatılmış bir olağan yasama meclis veya meclisleri tarafından tartışıldığı ve kabul edildiği **parlamenter anayasadır**. Bu yaklaşımın en bilinen örnekleri Almanya'daki 1848 Frankfurt Anayasası, bir dereceye kadar 1949 Batı Alman *"Grundgesetz"*[8] veya daha yenilerde, 5 Şubat 2010 tarihli Angola Anayasası'dır.

Parlamenter temsilin dolaylılık derecesine ve anayasa yapım sürecinde takip edilen parlamenter sürecin gerçek niteliğine bağlı olarak, parlamenter anayasa ile **dayatma anayasa** (*oktroiierte Verfassung*) olarak tabir edilebilecek olan metinler arasındaki farkın bulanıklaşması mümkündür. Saf *dayatma anayasalar*, seçmenlerin veya anayasa yapım sürecine katılma konusunda yetkilendirilmiş herhangi bir seçilmiş temsilcinin resmî katılımı olmaksızın, bu yönde etkin bir tasarrufta bulunma gücüne sahip olan hükümetin (veya yabancı bir egemen gücün) zoruyla (herhangi bir kabul olmaksızın) yürürlüğe konulan anayasal metinlerdir. Bu türden uygulamalara 1933 Portekiz Anayasası, 1945 İspanya Anayasası, 1909 Güney Afrika Anayasası, 1946 Japonya Anayasası veya Britanya Hükümeti'nin bir *Order in Council* işlemi ile *"kabul edilen"* 1979 Zimbabwe Anayasası örnek verilebilir.

---

7 A. Thomashausen (1982), *supra* (dipnot 2) ss. 176-211 ve *"Basic Rights, Liberty, and their Protection under the new Portuguese Constitution of 1976"*, 1 (1980), *Human Rights Law Journal - HRLJ*, ss. 182-208, s. 185 *et seq.*

8 Yürürlükteki Batı Alman Anayasası, 1949 yılında, o tarihte halen Müttefiklerin işgali altında bulunan Alman federe devletlerinin *(Länder)* temsilî meclisleri tarafından üçte ikilik bir çoğunlukla kabul edilmiştir. Hâkim görüşe göre bu durum, *Grundgesetz* hükümlerine göre seçilen ilk federal parlamento olan *Bundestag* tarafından da, bu seçim işlemi dolayısıyla zımnen kabul edilmiştir.

Modern anayasalar, özellikle da Afrika Kıtası'ndaki görülen anayasalar, **pakt anayasalar** olarak adlandırabileceğimiz ve belli bir dönem için iktidarı elinde bulunduran otorite ile, taleplerini kısmen veya tamamen kabul ettirme gücüne sahip olan bir veya daha fazla karşıt siyasî gücün seçkinleri arasındaki pazarlıklara veya *"pakt"*a dayanan anayasaları içeren bir grupta toplanabilir. Bu başlık altında akla gelebilecek örnekler arasında, 19 yüzyılda görülen Alman *"pakt anayasaları"*, 1996 Portekiz Anayasası, 1978 İspanyol Anayasası[9] veya 1994 Güney Afrika Geçici Anayasası[10] sayılabilir.

Yukarıda sayılan bu beş türün (referandum, kurucu meclis, parlamenter, dayatma ve pakt anayasalar) tamamı, genellikle anayasa yapım süreçlerinde farklı bileşenler halinde karşımıza çıkar. Bu anlamda, 1976 Portekiz Anayasası örneğinde olduğu gibi, özel olarak seçilmiş bir kurucu meclis tarafından tartışılan bir anayasanın gerçekte tümüyle meclis dışında gerçekleşen bir anayasal anlaşma veya *"pakt"*ın onaylanmasından ibaret bir anayasa yapım sürecinin ürünü olması mümkündür.[11] Bu bileşimin akla gelebilecek bir başka türü ise, eski Sovyet bloğu veya Sovyet müttefiki sosyalist ülkelerde adet olduğu üzere, halen gö-

---

9 *"Paktierte Verfassung"*, örneğin 1850 Prusya Anayasası, 1958 Fransız Anayasası veya 1976 Portekiz Anayasası. Bunlardan sonuncusu, müzakere yoluyla kabul edilen anayasalara veya pakt-anayasaya ilginç bir örnek teşkil etmektedir: Zamanın kurucu meclisinin tüm kurucu iktidar yetkilerine sahip olmasına ve bu sıfatla seçilmiş olmasına rağmen, 1976 Anayasası'nın önemli bir bölümü Kurucu Meclis'te temsil edilen siyasî partiler ile askerî cuntanın hâkimiyetinde bulunan Portekiz *"Devrim Konseyi"* arasındaki resmî bir yazılı anlaşmanın sonucu olarak şekillenmiştir. Bkz. A. Thomashausen, Verfassung, *op cit* (dipnot 2), ss. 115-120, 174-175, 183-211 ve ek olarak *"Constituição e Realidade Constitucional"*, 37 (1977) *Revista da Ordem dos Advogados* No II (Maio - Agosto), Lizbon içinde, ss. 471-491. İspanya Anayasası hakkında bkz. J. M. Prats-Canut, *"Spanien"*, E Grabitz, Der., *Grundrechte in Europa und USA*, vol 1, Strazburg/Arlington 1986 içinde.

10 1994/96 Güney Afrika Anayasası'nın yapım süreci hakkında bkz. Vicki C. Jackson, *"What's in a Name? Reflections on Timing, Naming and Constitution-Making"*, 49 *William and Mary Law Review* (2007/8), ss. 1249-1305; A. Thomashausen, 34 *"Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in Südafrika"*, U. Battis, P. Kunig, I Pernice, A. Randelzhofer, Der., *Das Grundgesetz im Prozess Europäischer und Globaler Verfassungsentwicklung*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 2000 içinde, ss. 163-188.

11 A. Thomashausen, *supra* (dipnot 2 ve 7).

ANDRÉ THOMASHAUSEN'İN TEBLİĞİ

revde bulunan parlamento tarafından kabul edilen anayasaların arkasında, birinci veya ikinci seviyelerde yer alan parlamentolarda yapılmış geniş tartışma ve iyileştirmelerin bulunmasıdır.

Uluslararası hukukun anayasa yapım sürecine müdahalesinin ilginç bir örneği, Namibya Anayasası'nın seksenlerin sonunda gerçekleşen hazırlık ve kabul süreci olmuştur. İlk olarak 1982 yılında zamanın Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Üyesi beş Batılı Ülke tarafından ortaya konulan orijinal Anayasa Taslağı, Namibya kurucu iktidarı tarafından dikkate alınacak genel ilkeler hakkında uluslararası bir fikir birliğinin varlığına işaret ediyordu. *"Bağımsız bir Namibya Kurucu Meclisi ve Anayasası hakkındaki (bu) Prensipler"*, Namibya için öngörülen genel barış ve bağımsızlık plânına temel teşkil etmek üzere, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından da 1989 tarih ve 629 sayılı kararı ile de tasdik edilmişti. Seçilen Kurucu Meclis, yeni bir Anayasa hazırlama görevini yalnızca üç hukuk uzmanından kurulu bir heyete devretti. Sonuçta, hazırlanan yeni anayasa, Kurucu Meclis'in oyu ile kabul edildi.

II. AFRİKA ANAYASACILIĞI VE SANAL ANAYASA

1960'lardan 1990'ların başına kadar devam eden erken bağımsızlık dönemi, dayatma anayasalarca tanımlanmaktadır. Bağımsızlık anayasalarının çoğunluğu, çoğu zaman Doğu Avrupa'da bulunan öncüller ve büyük ölçüde de eski Doğu Alman örneği üzerine modellenmiştir. Örneğin, 11 Kasım 1975 tarihinde Angola'da bir *"Anayasal Kanun"*, M.P.L.A. Bağımsızlık Partisi Merkez Komitesi'nin bir kararı ile kabul edilmiş ve bu durum, yeni Anayasa'nın 60. maddesinde tüm çıplaklığıyla yer almıştı. Bu *"Anayasal Kanun"*un 1. maddesi ile Angola *"insanın insan tarafından sömürülmesinin her türünün"* sona erdiği bir ülke olarak tanımlanıyor; 2. maddede ise M.P.L.A. partisinin, Anayasa'nın 31-52. maddeleri ile bu maddeler ışığında 1976 tarih ve 1 sayılı Kanun olarak yayımlanan Parti kararında değinilen atanmış komiserler eliyle kurulan ve devlet ile tüm devlet organları üzerinde ve her düzeyde mutlak bir kontrol sahibi olan tek yasal parti olduğu ilân ediliyordu.

Afrika'daki post-kolonyal devletler, Sovyet modelini kopya etmeye yönelmedikleri durumlarda dahi, kolonyal güçler tarafından dayatılan otoriter hukuk geleneklerini yeni kurulan meşruiyetler temelinde devam ettirmeyi tercih ettiler. Koloni idarelerinin başvurduğu en önemli hukuksal araçlar, temel ekonomik özgürlüklerin perdelenmesi ve en aşağı seviyelerde yer alan gayrı resmî hizmet ve ticaret sektörleri de dâhil olmak üzere, tüm etkinliklerin katı izin ve lisans koşullarına bağlanmasıydı. Kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin dolaşımına ilişkin özgürlüklerin kısıtlanmasıyla birleştiğinde, kolonyal hukuk geleneği ölçüsüz bir kontrol rejimi kimliğini kazanıyordu. Bu gelenekler, koloni ülkelerin bağımsızlıklarını kazanmalarından sonra da devam ettirildi ve yeni hükümetler, siyasî güvensizlik ve zayıf otoriteleriyle tanımlanır hale geldi.[12]

Nwabueze'nin Afrika anayasacılığı konusundaki ilk ve orijinal kitabında[13] ortaya koyduğu üzere, bağımsızlık anayasaları Afrika'nın dışında hazırlanmış olup; Afrika'da hiçbir zaman kök salmamış olan hukuksal gelenekler, değerler ve ideallerden esinlenilerek kaleme alınmıştı. Bu sürece dâhil edilen az sayıdaki Afrikalı akademisyen ve ilgililer de Batı Avrupa veya alternatif olarak Sovyet-Sosyalist değerlerce *"asimile"* edilmişler ve bunun sonucunda da, öne sürdükleri fikirler ve yazılar Afrika çevresine yabancı ve uzak kalmaya mahkûm olmuştur.

Aynen yeni anti-kolonyal siyasetçiler gibi, bu kişiler de eski kolonyal efendilerini taklit etmeye koşullandırılmışlar; üstelik bu taklitler, giyim-kuşamdan kullanılacak ifadelere, devlet pro-

---

12 Yash Ghai, *supra* (dipnot 1), s. 808; ayrıca bkz. H. K. Prempeh, *"Marbury in Africa: Judicial Review and the Challenge of Constitutionalism in Contemporary Africa"*, 80 *Tulane Law Review* (2005-6), ss. 1239-1323, 1274-78; Ruth Gordon, *"Growing Constitutions"*, 1 (3) *Journal of Constitutional Law* (1998/99), ss. 528-582, 536-542; Julian Go., *"Modelling the State: Postcolonial Constitutions in Asia and Africa"*, 39 (4) *Southeast Asian Studies* (2002), ss. 558-583, 560 *et seq.*; James C. N. Paul, *"Some Observations on Constitutionalism, Judicial Review and Rule of Law in Africa"*, 35 *Ohio State Law Journal*, ss. 851-869, 855-858.

13 Nwabueze, B. O., *Constitutionalism in the emergent states*, Londra: C. Hurst, 1973, s. 23.

ANDRÉ THOMASHAUSEN'İN TEBLİĞİ

tokolüne ilişkin kurallardan Orta Afrika Cumhuriyeti'nde Başkan Bokassa'nın son zamanlarında görüldüğü gibi, Paris'teki hükümet binalarının zayıf kopyalarını inşa etmek gibi saçmalıklara değin uzanmıştı. Bugün dahi, Zimbabwe'de Robert Mogabe'nin öğleden sonraları *high tea* öğününü es geçmediği ve ses tellerini *"Oxbrige"* İngilizcesi'ni taklit etmek amacıyla özellikle ayarlamakta ısrar ettiği bilinmektedir - eski kolonyal efendilerinin kıs kıs gülerek eğlenmelerine yol açan bir durum olsa gerek!

İlk post-kolonyal anayasa yapım dalgasına hâkim olan bu yanlış anlama, parlamentonun üstünlüğü doktrinini tüm değerlendirmelerin merkezine yerleştiren ve böylece de hukuk devletinin, anayasal devletin modern evriminin ve anayasanın üstünlüğü prensibinin gerektiği gibi değerlendirilememesi sonucunu doğuran seçmeli bir anayasal resepsiyonun doğumuna yol açmıştır.[14]

1989 yılında Sovyet Bloğunun çöküşüyle birlikte, Afrika hükümetlerini iki süper güçten birinin aracı veya uydu devleti olmaya iten uluslararası rekabetin de sonuna gelindi. Böylece, 1990'dan başlayarak tüm Afrika Kıtası boyunca hüküm sürecek bir anayasal reform ve değişim dalgasının da önü açılmış oluyordu. Bunu, Avrupa Birliği'nden ve Amerika Birleşik Devletleri'nden gelen hibe şeklindeki yardımlar ile tüm önemli ticaret anlaşmalarının çok partili seçimlerin varlığı şartına bağlanması izledi.

1990 yılına gelinceye kadar, 53 bağımsız Afrika Devleti[15] içinde demokratik olarak seçilmiş hükümetlerce yönetilen yalnızca 9 devlet bulunmaktaydı. 1990'dan 2000'e uzanan süreçteyse, 36 ülke tarihlerinde ilk defa veya askeri veya diktatöryal iktidarların devrilmesinin ardından yeniden çok partili seçimleri

---

[14] Isaak L. Dore, *"Constitutionalism and the post-Colonial State in Africa: A Rawlsian Approach"*, 41 *St Louis University Law Journal* (1996/7), ss. 1301-1317, s. 1305 *et seq.*

[15] Liste için bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_African_countries_and_territories.

tecrübe etti.[16] Bunlara ilaveten 5 ülkede partisiz[17], diğer 8 ülkedeyse *"olağan"* ikinci veya üçüncü dönem seçimler yapıldı.[18] 47 Alt-Sahra Ülkesi'nin tümünde (yani Cezayir, Mısır, Libya, Fas, Tunus ve Batı Sahra dışında kalan tüm Afrika) günümüze kadar sayıları 260'ı bulan düzenli ve tekrarlanan seçimler yapıldı ve bu yolla anılan ülkelerdeki hükümetlerin demokratik meşruluk kanallarından geçmesinin yolu açıldı.[19] Bununla birlikte, en son Bogaards'ın 2009 tarihli çalışmasında da doğrulandığı üzere, Afrika'daki parlamentolar, çoğu durumda, varlıklarını sahip olduğu tarihsel meşruluktan güç alan tek bir hegemonik partinin hâkimiyeti altında sürdürmektedirler.[20]

Doksanlar boyunca ortaya çıkan çok partili siyasî dağılım, tüm ülkelerde bazı anayasal reformlara gidilmesini zorunlu kıldı. 2004 yılı itibariyle Afrika Kıtası'ndaki 54 ulusun tamamı ya yeni bir anayasa yazmış, ya da hâlihazırda geçerli olan anayasalarını değiştirme yoluna gitmiş bulunmaktadır.[21] Bu noktada karşımıza çıkan temel soru, Afrika'da görülen ve 1990'lar sonrasına yayılan bu ikinci dalga anayasa yapım sürecinin, Whitaker'in *"The Politics of Tradition"* başlıklı temel eserinde gündeme getirdiği tabirle, *"ikili otorite"* sorunu ile baş etme konusunda daha iyi bir performans sergileyip sergilemediğidir.[22]

---

16 1990'da Komorlar, Gabon ve Fildişi Sahilleri, 1991'de Benin, Burkina Faso, Kap Verde (Yeşil Burun Adaları), São Tomé ve Principe, Zambiya ve Cezayir, 1992'de Angola, Cibuti, Kamerun, Gana, Kenya, Mali, ve Moritanya, 1993'te Burundi, Ekvator Ginesi, Gine, Madagaskar, Nijer, Orta Afrika Cumhuriyeti, Senegal, Seyşeller ve Togo, 1994'te Gine Bissau, Malavi, Mozambik, Güney Afrika, 1995'te Etiyopya ve Tanzanya, 1996'da Gambiya ve Sierra Leone, 1997'de Çad ve Liberya ve 1999'da Nijerya.

17 Eritre, Libya, Sudan, Swaziland ve Uganda.

18 Botsvana, Mısır, Gabon, Lesoto, Mauritius, Fas, Namibya ve Zimbabve.

19 Staffan I. Lindberg, *Democracy and elections in Africa*, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2006, s. 68 *et seq.*

20 Mathijs Bogaards, *"Counting parties and identifying dominant party systems in Africa"*, 43 *European Journal of Political Research* (2004), ss. 173-197.

21 Afrika'da son 20 yılda gerçekleşen anayasal değişimin önemini yetkin bir biçimde ortaya koyan ve çözümleyen bir çalışma için Bkz. H. Kwasi Prempeh, *"Marybury in Africa: Judicial Review and the Challenge of Constitutionalism in Contemporary Africa"*, 80 *Tulane Law Review* (2006), ss. 1239-1323, s. 1274-1287.

22 C. S. Whitacker, *The Politics of Tradition: Continuity and Change in Northern Nigeria, 1946-1966*, Princeton 1970.

ANDRÉ THOMASHAUSEN'İN TEBLİĞİ

İkili otorite veya hukuki ikilik veya *"Afrika'da iki kamunun varlığı"*[23], Afrika toplumlarında hüküm süren sosyal gerçekliğin ve siyasî kültürün, Batı Avrupa ve Kuzey Amerika kavrayışındaki anayasal devlet ilkesinden farklı olduğunun idrakini yansıtmaktadır. Bu anlamda Portekizce konuşan Afrika, tanınmamış ve gizli kalmış bir *"ikinci kamu"nun varlığına işaret etmekte olup, bu durum "Africa Profunda"* terimi ile karşılanmaya çalışılmaktadır.[24]

Konuya eleştirel gözle bakanlar, Afrika'daki ikinci dalga anayasaların çoğunlukla anayasal propagandadan ibaret kaldığına işaret etmektedir. Dahası, 2001 yılında yayımlanan bir çalışmasında Klug, 1996 Güney Afrika Anayasası'nın bile *"anlamsız bir anayasa"* olma tehlikesi taşıdığını belirtmekte ve buna gerekçe olarak; anayasanın siyasî iktidarı sınırlama ve onu ılımlılığa teşvik etme konusundaki başarısızlığı ile sağlık hakkı başta olmak üzere sosyal-ekonomik haklar konusunda minimum standartları yakalama konusundaki başarısızlığını göstermektedir.[25]

Çoğu yazar, geride kalan 20 yıl boyunca Afrika'da çok partili demokrasi veya *"poliyarşi"* modellerinin tohumlarını ekme konusunda başarısız olunduğundan yakınmaktadır. Emory Üniversitesi Carter Merkezi'nden Richard Joseph, Afrika'da birinci dönüşüm on yılı (1990-2000) boyunca yaşanan demokrasiye geçişlerin çoğunun *"sanal dönüşümler"* olarak sınıflandırması gerektiğini savunmaktadır. Bu kapsamda karşımıza çıkan manzara; seçimlerin, bağımsızlığa geçişten beri siyasî iktidar tekelini elinde tutan ve ülkelerinin gelişmesi ve refahı pahasına tutmaya da devam eden siyasî seçkinlerin alkışlandığı ve yasal araçlarla takdis edildiği birer ayine dönüşmüş olduğu gerçeğidir.

---

[23] Peter P. Ekeh, *"Colonialism and the Two Publics in Africa: A Theoretical Statement"*, 17 *Comparative Studies in Society and History* (1975) içinde, ss. 91-112.

[24] Richard L. Sklar, *"The African Frontier for Political Science"*, Robert H. Bates, V. Y. Mudimbe, Jean F. O'Barr, *Africa and the Disciplines: The Contributions of Research in Africa to the Social Sciences and Humanities*, Chicago 1993 içinde, ss. 83-110, s. 104.

[25] H. Klug, *"Five Years on: How relevant is the Constitution to the New South Africa"*, 26 *Vermont Law Review* (2001/2), ss. 803-819.

III. ANAYASANIN GÜCÜ VE OTORİTESİ

ANDRÉ THOMASHAUSEN'İN TEBLİĞİ

*"Azınlığın bir gün çoğunluk olabileceğine dair yerleşik bir umut taşıması"*nı[26] çok partili bir parlamenter demokrasinin iyi işlemesi için gereken temel bir koşul olarak değerlendiriyorsak, Afrika'daki pek çok hükümet sisteminde bu esaslı unsurun eksik olduğunu da kabul etmemiz gerekmektedir. Gerçekten, Afrika'da muhalefet partileri kural olarak belirgin bir hoşgörüsüzlük iklimi içinde değerlendirilmekte; almış oldukları siyasî destek oranı % 20-25'ler seviyesine ulaştığı andan itibaren *"ulusal barışa karşı tehdit"* olarak algılanmakta ve sıklıkla da şiddetli bir biçimde cezalandırılmaktadırlar.[27] Bunun sonucu olarak da, Afrika'daki muhalefet partileri, sahip olunan seçim sisteminin etkilerinden bağımsız olarak; parçalanmış, ağırlıklı olarak etnik ittifaklarla sınırlı, yetersiz mali kaynaklara sahip, bölünmelere yol açan kişi odaklı liderlik geleneklerinin hâkim olduğu, kısa ömürlü olmaya yatkın ve siyasî alternatifler üretme kabiliyetinden yoksun yapılan görünümü arz etmektedirler.

Bununla birlikte, tüm bu anlatılanlar anayasaların önemsiz metinler olduğu anlamına gelmediği gibi, anayasa yapım sürecinin de tümüyle sonuçsuz bir girişim olduğu biçiminde yorumlanmamalıdır.[28] Aksine, Afrika'daki kurucu ve kurulmuş iktidarlar düşüşe geçmiş olmaktan ziyade gelişme sürecinde olup; bu durum, 1990'dan beri Afrika'da görülen tüm anayasa yapım süreçlerinin son derece tutkulu ve hareketli ulusal olaylar biçimine dönüşmüş olmasından da anlaşılabilmektedir. Gerçekten, 1990 Namibya Anayasası'nın yapımından 1994 Güney Afrika Geçici Anayasası'nın müzakeresine ve en son 5 Şubat 2010 tarihlinde Angola Anayasası'nın ilânına kadar ge-

---

[26] Merhum Werner Kaltefeiter'ın sözlerinden esinlenerek söyleyecek olursak: *"Die institutionalisierte Hoffnung der Unzufriedenen"*, W. Kaltefleiter, *Vorspiel zum Wechsel – Eine Analyse der Bundestagswahl 1976*, Berlin 1977 içinde, s. 246 *et seq.*

[27] W. Teshome, *"Opposition Parties and the Politics of Opposition in Africa: A Critical Analysis"*, 3 (1) *International Journal of Humanities and Social Sciences* (2009), ss. 1-15, s. 2.

[28] Daha fazlası için bkz. André Mangu, *"Constitutional Democracy and Constitutionalism in Africa"*, 2006 *Conflict Trends* içinde, ss. 3-8, s. 7.

ANDRÉ THOMASHAUSEN'İN TEBLİĞİ

çen süre boyunca görülen tüm akademik, siyasî ve kamusal tartışmaların her anlamda yoğun bir nitelik taşıdığı görülebilmektedir.

1990'dan beri Afrika'daki tüm hükümetler, uygulanmakta olan anayasal ilke veya usullerin en uygun yorumu olduğuna inanılan biçimlerde hareket etmeye özen göstermiş ve en genel anlamda ülkelerinin anayasalarına göndermelerde bulunarak hareket etme yolunu seçmişlerdir. Zimbabwe, bu yorumu özellikle doğrulayan bir örnek olarak göze çarpmaktadır. Anılan ülkedeki en yoğun ve yıkıcı siyasî çatışmalar; anayasanın, anayasayı uygulama usullerinin, bazı politikaların anayasayı ihlal ettiği yönündeki suçlamaların ve anayasayı değiştirmenin veya tümüyle yeni bir anayasa hazırlamanın zamanlamasına, sürecine ve nihaî yönüne ilişkin olasılıklar üzerinde şekillenmektedir.

15 Eylül 2008 tarihli Güç Paylaşım Anlaşmasının özü, geçici bir ulusal birlik hükümeti kurulmasına ek olarak, yeni bir anayasanın geniş katılımlı bir süreçte tartışmaya açılması ve hazırlanması idi. 2008 Anlaşmasındaki bilgelik eksikliği ve öngörülen usullerdeki yetersizlikler, bugüne kadar hiçbir ilerleme kaydedilememiş olmasının ve ülkenin bu siyasî tıkanıklığı aşma umuduyla yeniden seçime gitmekte oluşunun ardında yatan gerçek sorunu oluşturmaktadır.

GÜNEY AFRİKA DENEYİMİ

Güney Afrika deneyimi, anayasa yapım sürecinin bir anayasanın son tahlilde sahip olacağı güç ve otorite üzerindeki etkisini gösteren dikkat çekici bir örnektir. Güney Afrika'da 1990 yılının Şubat ayında özgürlük hareketlerinin yasal siyasî partiler olarak tanınmasıyla başlayan ve Nisan 1994'te ülkede yapılan ilk genel ve özgür seçimlerle sonlanan dört yıllık çatışma çözüm süreci, her şeyden evvel umutsuz bir düşmanlıkla baş etmek zorunda kalmıştı. Özgürlük hareketinin önderleri, her fırsatta kendilerinin Birleşmiş Milletler ile uluslararası toplumun diğer tüm organları tarafından daima tanınan ve yaptırımlarla desteklenen bir savaşı kazanmış olduklarını ve bu gerçeğin de

siyasî kimliklerinin temellerini oluşturduğunu ileri sürmüşlerdir. Yıkılmakta olan ayrımcı *(apatheid)* hükümetin iddialarının aksine, bu hükümet ve hükümet görevlileri tarafından özgürlük mücadelesini başarısızlığa uğratmak üzere uygulanan insanlık dışı yaptırımların özgürlük yanlılarınca birer meşru müdafaa hamlesi olarak girişilen eylemlere eşdeğer ve onlarla eşit ölçüde meşru karşı önlemler olarak değerlendirilmesi ise, bu kişiler için tahayyül edilemeyecek bir durumdu.[29]

Güçler arasındaki gerçek ve çeşitli uluslararası çıkarlarca sürdürülen denge ile tüm anahtar oyuncuların başarıya yönelik azmi, bütün dönüşüm çabalarının bir anayasa yapım süreci kalıbına dökülmesini sağlayarak, anılan bu temel uzlaşmazlık noktasının da geride kalmasına yol açtı. Bu durum, barış arayışlarının ve nihai olarak da barışın tesisinin, anayasa yapım sürecinin (veya kurucu sürecin) içinde ve bu süreç sayesinde mümkün olduğu anlamına gelmekteydi. Gerçekten de ülkede barış, dört yıllık anayasa müzakerelerinin ve 28 Ocak 1994 tarihli Güney Afrika Geçici Anayasası[30] ile *Anayasal İlkeler* olarak bilinen ve Anayasa'ya özel olarak eklenmiş olan temel paktın ışığında tesis edilmiş oldu. Bu *"varlığın"* temelleri; ülkenin, henüz gelişmekte olan bir ülke olmasına rağmen modern ve liberal bir model ekseninde biçimleneceği ve her daim tümüyle bağımsız ve profesyonel bir anayasa mahkemesi tarafından korunan (Alman *Rechtsstaat* anlamında) bir anayasal devlet olacağı yönündeki bir oydaşmaya dayanıyordu. Bu oydaşma, geride kalan 15 yıl boyunca yerini ve sağlamlığını muhafaza etmiş ve tüm Afrika Ülkeleri'nde anayasacılığın gelişmesine önemli katkılarda bulunmuştur.

---

29 1994/96 Güney Afrika Anayasası yapım süreci hakkında bkz. Vicki C. Jackson, *"What's in a Name? Reflections on Timing, Naming and Constitution-Making"*, 49 *William and Mary Law Review* (2007/8), ss. 1249-1305; A. Thomashausen, *"Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in Südafrika"*, U. Battis, P. Kunig, I. Pernice, A. Randelzhofer, Der., *Das Grundgesetz im Prozess Europäischer und Globaler Verfassungsentwicklung*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 2000 içinde, ss. 163-188.

30 Resmi Gazete S. 15466, T. 28 Ocak 1994. Anayasa, 251. maddenin 1. fıkrası uyarınca 27 Nisan 1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Tüm anayasal metinler için bkz. http://www.constitution.org.za/zip.html.

ANDRÉ THOMASHAUSEN'İN TEBLİĞİ

Bugün, Afrika'da 11 ülkede[31] tam anlamıyla bağımsız anayasa mahkemeleri, 8 ülkede[32] bağımsız anayasa konseyleri bulunmakta olup, diğer 22 ülkede[33] ise olağan yargı düzenindeki üst mahkemelerin anayasaya uygunluk denetiminin çeşitli biçimlerini de sürdürdükleri görülmektedir. Güney Afrika, 22-24 Ocak 2009 tarihleri arasında Dünya Birinci Anayasal Adalet Konferansı'na Cape Town şehrinde ev sahipliği yapmış ve 93 ülkenin anayasa mahkemesi veya anayasa konseyleri de bu konferansta temsil edilmiştir.

Güney Afrika'nın başarılı anayasa yapım sürecinin merkezinde, tüm süreç boyunca uygulanan ve gelecekte daha büyük anlaşmaların yapıtaşları ve sütunları olacak kısmî ve küçük anlaşmalar veya *"pakt"*lar üzerinde uzlaşmaya varma yöntemi bulunmaktadır. 1994 Anayasası'nın seçilmiş temsilcilerin katılımı olmaksızın hazırlanan bir geçiş dönemi aracı olmasına karşın, 1996 (nihaî) Güney Afrika Anayasası, 1994 yılında seçilen ve özel kurucu yetkilerle (anayasa yapım yetkisiyle) donatılmış olan Parlamento'nun eseri olarak ortaya çıkmıştır.

ALMAN ANAYASASI

Güney Afrika Anayasası, 1949 tarihli Federal Almanya Anayasası'ndan *(Grundgesetz)* esinlenmiştir.[34] *Grundgesetz*, seçilmiş bir kurucu meclisçe hazırlanmayan veya referanduma sunulmayan, ancak buna rağmen son derece başarılı olan anayasaların bir diğer örneğidir. Almanya'nın 1945 yılından teslim olmasının hemen ardından, henüz merkezî hükümetin pek çok işlevinin işgal güçleri tarafından yerine getirildiği bir dönemde, Eyalet Meclisleri *(State Assemblies)* olarak bilinen

---

31 Angola, Benin, Burundi, Güney Afrika Cumhuriyeti, Mısır, Ekvator Ginesi, Gabon, Madagaskar, Mali, Ruanda, Togo.

32 Cezayir, Komorlar, Cibuti, Fildişi Sahilleri, Moritanya, Fas, Mozambik, Senegal.

33 Bu konuda son en iyi bilgileri içeren bir tablo için bkz. http://www.concourts.net/tab/tab1.php?lng=en&stat=1&prt=0&srt=0, Erişim Tarihi: 18 Mart 2010.

34 Yine bkz. A. Thomashausen, Das Grundgesetz im Prozess Europäischer und Globaler Verfassungsentwicklung içinde, *supra* (dipnot 32).

ANDRÉ THOMASHAUSEN'İN TEBLİĞİ

bölgesel meclislerin seçimi tamamlanabilmiştir. 1948 yılında, üç büyük Batılı devlet tarafından kontrol edilen 11 Eyaletin hükümetleri, sonradan 13 günlük sıra dışı bir zaman zarfında bir anayasa taslağı hazırlamayı başaracak uzmanlardan kurulu bir *"Anayasal Konvansiyon"* oluşturmuşlardır. Taslak, 11 Eyaletinin yasama meclisleri tarafından dolaylı olarak seçilen 65 temsilciden kurulu bir meclise sunulmuştur. Bu meclis, halen egemenlik yetkilerini elinde bulunduran üç Müttefik Güç ile yakın ilişki içinde ve hatta zaman zaman onların direkt yönlendirmeleri ışığında, yeni anayasa üzerindeki tartışmalarını 7 ayda tamamlamıştır. Nihai taslak, onaylanması için 11 Eyaletin yasama meclislerine sunulmuş ve İttifak Güçlerinin nihaiî kabulünün ardından yürürlüğe girmiştir.[35]

Alman anayasa yapım süreci, demokratik yöntemlerle seçilmiş meclisler ile pakt-anayasa yapım süreçlerinin bir bileşkesi olarak kabul edilmektedir. Anayasa yapım sürecinde sorumluluk üstlenen kişilerin demokratik meşruluğu, anayasanın nihaî olarak hazırlanmasıyla görevli meclis tarafından seçilmiş olmalarının ve hazırlanan metnin daha sonradan Eyalet Meclislerince onaylanacak olmasının sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Alman anayasa yapım sürecinin *"pakt yönelimli"* veya *"pazarlıkçı"* yönü, orijinal taslağın çeşitli Eyalet hükümetleri tarafından atanan ve yönlendirilen uzmanlar tarafından hazırlanmış olmasına karşılık, nihai taslağın üç Müttefik güç ile işbirliği içinde hazırlanmış olmasından anlaşılabilmektedir. Çeşitli yorumcular, bu anayasa yapım sürecinde demokratik meşruluk kaygılarının olağan koşullar altında kabul edilebilecek olanın altında kaldığı konusunda görüş birliğine varmaktadırlar. Bununla birlikte, sonuçta ortaya çıkan Anayasa'nın zamanın testinde de başarılı olarak çıktığı konusunda herhangi bir şüpheye yer bulunmamaktadır. *Grundgesetz*, yürürlüğe girmesinin ardından henüz 40 yıl kadar bir zaman geçmişken, 1990 yılında iki Almanya'nın birleşmesiyle yeniden tek bir ülke halini alan Almanya'nın da temellerini oluşturmuştur.

---

[35] Genel olarak bkz. Maunz, in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, *Grundgesetz-Kommentar*, München (loose-leaf), vol 1, *"Präambel"*.

ANDRÉ THOMASHAUSEN'İN TEBLİĞİ

PORTEKİZ MODELİ

Birleşik kurucu meclis ve pakt-anayasa anayasa yapım süreçlerinin daha az muhafazakâr bir uygulamasına ise Portekiz'de rastlanmaktadır. Portekiz modeli, herhangi bir işgalci gücün veya yabancı gücün müdahalesi olmaksızın, 1974 yılında bir grup asi asker ve subayın ülkede 40 yıldır hüküm süren otoriter ve tümüyle antidemokratik rejimi devirmesiyle başladı.[36]

Askerî bir konseyin vücut verdiği geçici hükümet, daha en başından itibaren, yeni bir anayasa hazırlamakla görevli bir kurucu meclis için yapılacak genel seçimler yoluyla insan haklarının ve demokrasinin korunduğu bir rejime geçişin taahhüdünü vermişti. Bununla birlikte, eski rejimin devrilmesini takip eden aylarda gittikçe şiddetlenen genel siyasî ve özelikle de ideolojik çatışmaların sonucu olarak, ülke neredeyse bir iç savaşın eşiğine geldi. Çeşitli sol ve komünist partilerle aynı siyasî düzlemde buluşan askerî konsey, ülkenin geleceğini, genel seçimler neticesinde kurulacak olan ve birbirlerine düşmanca hisler besleyen ve kutuplaşmaya meyilli siyasetçilerin hâkim olacağından korkulan bir meclise teslim etmeye gönüllü olmadığını belli eden işaretler vermeye başladı. Benzer şekilde, daha muhafazakâr partiler de, kurulacak olan mecliste temel bireysel özgürlükler ve temel hakların korunması konusunda yeterli düzeyde bir oydaşma sağlanamayacağından endişeliydiler.

Tam bir çıkmaza dönüşen bu durumun çözümü, 1975 yılının Mart ayında (o dönemde artık *"Devrim Konseyi"* adını almış bulunan) askerî konsey tarafından atanan 8 kişilik bir uzmanlar komitesinin hazırladığı ve Konsey'e ilaveten, kurucu meclis seçimlerine girmeyi amaçlayan 12 siyasî parti tarafından da imzalanan *"Anayasal Pakt"* ile bulunabildi. Pakt, bir uzlaşmaya varabilme umuduyla ve aksi durumda ortaya çıkabilecek seçim sonucu risklerini de kontrol edebilmek amacıyla, hazırlanacak olan anayasaya ilişkin bazı satır başlarını da içeriyordu.

---

[36] A Thomashausen, *supra* (dipnot 7).

ANDRÉ THOMASHAUSEN'İN TEBLİĞİ

Böylece, çeşitli partilerin 25 Nisan 1975 tarihinde düzenlenmesi plânlanan seçimler üzerinde uzlaşması da mümkün hale geldi.

Seçim sonuçları, beklentileri karşılamaktan uzaktı. Kurucu Meclis'in 250 sandalyesi, hiçbir partinin mutlak bir çoğunluk elde edemediği ve hiçbir koalisyon ihtimaline de yeşil ışık yakmayan bir biçimde 6 parti arasında paylaşılmıştı. Meclis, 2 Haziran 1975'ten 2 Haziran 1976'ya kadar 132 kez toplandı ve toplamda 500 saati aşan bir çalışma sergiledi. Birleşimlerin ilk altı haftası boyunca, Meclis'te temsil edilen partilerin her biri, seçim öncesi anayasa paktı ışığında hazırladıkları kendi taslak anayasa metinlerini sundular. Kısım ve bölümlerin düzenlenmesi konusunda anlaşmaya varılması, bu dönemi takip eden dört hafta içinde tamamlandı. Aralık 1976'ya kadar, daha çekişmeli konularda ulaşılabilen anlaşmalar ise, ancak belli bazı satır başlarına ilişkindi. Aralık 1976'da, Meclis'te yaşanan tıkanıklıkları aşabilmek amacıyla ve yine Meclis'te sürdürülen anayasa yapım çalışmalarının dışında ve bunlardan tümüyle bağımsız olarak, orijinal anayasa paktının gözden geçirilmesi yönünde bir pazarlık süreci başlatıldı. Devrim Konseyi, sonradan ikinci anayasa paktı halini alacak olan ve 26 Şubat 1976'da Konsey ile Meclis'te temsil edilen partiler tarafından imzalanan bir uzlaşma taslağı hazırlamak üzere, teknik bir komitenin görevlendirilmesine karar verdi. Bu yeni pakt, dört yıl boyunca yürürlükte kalacağı ve siyasî partilerin de bu paktın hükümlerini Kurucu Meclis'te kabul ettirme yükümlülüğünü üstlenecekleri esasını getiriyordu. Paktın imzalanma tarihinden yeni anayasanın kabul tarihi olan 2 Haziran 1976'ya kadar geçen süre (üç ay) içinde, pakt hükümleri ayrıca tartışılmaksızın Meclis'te kabul edildi. Bütün bu gözlemlerin ışığında, *"pakt anlaşmaları"* ile sonuçlanan bu paralel müzakere süreçleri olmaksızın, yeni anayasanın Meclis'teki görüşmelerin sonucu olarak asla kabul edilemeyeceğini ileri sürmek mümkün görünmektedir. Bunun da ötesinde, yeni anayasa hükümlerinin kalitesi, orijinalliği ve dengeli niteliği de, Devrim Konseyi tarafından atanan teknik müzakere komitesinin kolaylaştırıcı rolüne çok şey borçludur.

ANDRÉ THOMASHAUSEN'İN TEBLİĞİ

1976 Portekiz Anayasası, seçmenlerin kurucu iktidarını yansıtan demokratik temsil sürecinin olduğu kadar, Kurucu Meclis dışında ulaşılan siyasî ödünleşme ve uzlaşmaların da etkisiyle şekillendi. Bu anayasa, ülkede ortaya çıkan devrim-sonrası kutuplaşmanın azaltılmasına katkı sağladığı gibi, geride kalan 34 yıl boyunca zamanın testinden başarı ile geçen yeni bir demokratik siyasî kültürün ve toplumsal barışın da temellerini oluşturdu.

ANGOLA

"Kontrollü" anayasa yapım süreçlerinin en son örneği, 5 Şubat 2010 tarihli yeni Angola Anayasası'nın yapım sürecinde karşımıza çıkmaktadır. Bu Anayasa, içinde yaşadığımız modern zamanların en uzlaşmacı ve en karmaşık anayasa yapım mücadelelerinden birinin sonucu olarak şekillenmiştir. 1992 yılında (başkanlık seçimi için gerekli olan ikinci tur oylamanın, sürüncemede kalan bir iç savaşın yeniden canlanması sebebiyle yapılamaması yüzünden) tamamlanamayan seçimlerin ardından, yürürlükte olan geçici anayasa hükümleri uyarınca parlamento seçimleri aynı yıl içinde yine de tamamlanmış ve parlamento, tasarlanan nihaî anayasayı tartışmak üzere 1998 yılında toplanmıştı. 16 Şubat 2000 tarihine gelindiğinde, anayasa yapım sürecine rehberlik etmesi plânlanan 27 adet Anayasal Prensip üzerinde uzlaşmaya varıldı. 4 yıl sonra, Ocak 2004'te yayımlanana nihaî taslak, 2008 yılında *"taptaze"* bir kurucu iradî temsile ulaşmak üzere parlamento genel seçimlerinin yenilenmesi kararı alınmasıyla birlikte gündemden düşmüş oldu.[37]

Yeni seçilen parlamento, 45 üyelik bir Kurucu Komisyon oluşturan ve parlamenter bir anayasa yapım sürecinin kapılarını açan 6 Şubat 209 tarih ve 2/09 numaralı yasayı kabul etti.[38]

---

37 A. Thomashausen, *"Constitutional Law in Extreme Emergencies"*, Bröhmer ve diğerleri, Der., *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte - Festschrift für Georg Ress*, Heymanns - Köln, Berlin, Münih 2005 içinde, ss. 1295-1304.

38 Metne Anayasal Komisyon'un internet sitesinden ulaşılabilir: http://www.comissaoconstitucional.ao/leis.php.

Anayasa Komisyonu özerk bir yapıya sahip kılındı ve kendi sekretaryası ile 5 Milyon Amerikan Dolarını aşan bir bütçeye sahip olması sağlandı.

Anayasa Komisyonu'nun iki önemli özelliği, bu Komisyon bünyesinde yürütülen tartışmalar çerçevesinde herhangi bir karara varabilmek için kural olarak oybirliğinin şart olması; oybirliğine ulaşılamayan kimi durumlarda ise, ancak üye tamsayısının salt çoğunluğu ile karar alınabilmesiydi. Oybirliği ilkesi ve oybirliği sağlanamadığı durumlarda devreye giren çoğunluk uygulaması, 1993-1994 yılları arasında Güney Afrika anayasa yapım sürecinde başarıyla uygulanmıştı.[39] Bu yöntem, katılımcıların çoğunluk uygulamasına başvurmadan önce kapsayıcı çözümler aramalarını teşvik eden doğası itibariyle, katı ve hızlı çoğunluk uygulamasından ince bir farkla ayrılmaktadır. Son tahlilde, işlerin beklendiği şekilde gitmesi durumunda söz konusu olan şey, sürecin, ana katılımcıları arasında karşılıklı uzlaşmaya ve ödünleşmeye dayanan anlaşmalar çerçevesinde alınan kararlarla şekillenmesi olmaktadır.

Angola Kurucu Komisyonu'nun çalışmaları konusunda büyük önem taşıyan diğer bir kural, siyasî olarak etkin bir kişi olarak bilinen ve akademik olarak da büyük saygınlığa sahip olan Angola'lı Profesör Carlos Feijó başkanlığında kurulan 19 üyelik bir *"Teknik Destek Komitesi"*nin bir araya getirdiği taslaklar ve harekete geçirdiği hukukî uzmanlık katkısıydı.

Komite'nin çalışmaları, önceden belirlenen çeşitli tarihleri ve son günleri *(deadlines)* içeren ve süresi 8 ayı aşan karmaşık bir sadeleştirme süreci öngörüyordu. Mayıs ortalarında, Komite'de temsil edilen çeşitli parlamenter gruplar tarafında sunulan toplam 7 adet taslak bulunmaktaydı. Bir yandan, sunulan bu 7 taslak üzerinde yapacağı çalışmalarla bunları 3 farklı alternatif anayasa metnine dönüştürme işlevi Teknik Komite'ye havale edilirken, diğer yandan da Anayasa Komisyonu ülke çapında danışma ve görüşme faaliyetleri ile halka

---

[39] A. Thomashausen, *"Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in Südafrika"*, *supra* (dipnot 29), ss. 163-188, 164-166.

ANDRÉ THOMASHAUSEN'İN TEBLİĞİ

açık tanıtım çalışmalarına girişti. Üzerinde çalışılmış bu üç metin 1 Kasım 2009 tarihinde Anayasa Komisyonu tarafında yayımlandı ve hemen ardından, oybirliği ilkesine büyük bir sadakatle bağlı kalınan ve ancak bunun hiçbir şekilde mümkün olmaması durumunda oyçokluğu uygulamasına başvurulan günlük toplantılar çerçevesinde bunlardan tek bir metne ulaşma yönündeki görüşme ve çalışmalara başlandı. Komisyon tarafından 17 Aralık 2009 tarihinde Parlamento'ya sunulan nihaî metin, bundan bir ay sonra, 21 Ocak 2010 tarihinde, anamuhalefeti temsil eden UNITA partisinin bilinçli olarak katılmadığı bir birleşimde, 0 ret oyuna karşılık 186 kabul ve 2 çekimser oyla kabul edildi.

Angola Anayasa Mahkemesi'ni kuran 2008 tarihli anayasal kanunda belirtildiği üzere, taslak anayasa, daha önceden plânlandığı şekilde 25 Ocak 2005 tarihinde anayasaya uygunluk açısından değerlendirilmek üzere Anayasa Mahkemesi'ne sunuldu. Bu değerlendirmenin, esas olarak 1992 tarihli geçici anayasada yer alan ve o tarih itibariyle de halen yürürlükte bulunan esaslı ve *"ebedî"* ilkeler üzerinden yürütülmesi öngörülmüştü. 1 Şubat 2010 tarihinde 1'e karşı 6 oy çokluğuyla verdiği kararında[40] Anayasa Mahkemesi, bir yandan metnin değerlendirmeden başarıyla geçtiğine hükmederken; diğer yandan da gelecekteki Başkan Yardımcısının atanması konusu ile (seçimlerde çoğunluğu elde eden listenin başında yer alan kişinin otomatik olarak Başkanlık makamına oturacak olmasını da dikkate alarak) aday listelerinde birinci sırada yer alan adayların kimler olacağı konusunda bazı iyileştirmeler yapılması gerektiğine işaret etti.

Başkanlık hükümet sisteminin benimsendiği bir çerçeve içinde başkanın dolaylı yoldan seçilmesini öngören bu düzenleme biçimi, günümüzde de tartışmalı bir karar olmaya devam etmektedir. Bununla birlikte, Angola örneğinde karşımıza çıkan daha genel ve esaslı mesele, olağan bir parlamentonun

40 Acórdão nº 111/2010, www.tribunalconstitucional.ao/.../72318018-4009-436c-9930-47aaaa92632a_2_2_2010.pdf.

sağlayacağı meşruiyete dayanan, yapısal ve sistematik bir pakt anayasa yapım sürecinin başarısıdır. Muhalefetin, vermiş olduğu desteği parlamentoda yapılan nihaî oylamaya katılmayarak son dakikada geri çekmesi, o an itibariyle artık yeniden tartışılma olanağı kalmayan, başkanın doğrudan yapılacak seçimlerle belirleneceği bir sisteme yönelik açık talebiyle alâkalıydı. Başkanın seçim yöntemi konusu bir yana bırakılırsa, muhalefetin *"toptan"* ve ilgili tüm siyasî güçleri kapsayıcı şekilde tasarlanan bu anayasa yapım sürecinin sonuçlarına dair herhangi bir itirazı bulunmamaktadır.

Angola'nın başkanlık seçimleri için benimsediği ve Carlos Feijo tarafından *"parlamenter başkanlık" (parliamentarian presidentialism)* olarak adlandırılan yöntem, tek bir oylama ile hem parlamentodaki sandalye dağılımının belirlenmesini, hem de başkanın kim olacağının tespit edilmesini öngörmektedir. 109. madde, parlamento seçimlerini kazanan listenin en başında yer alan ismin, devlet başkanı ve başkan olarak seçilmiş sayılacağını hükme bağlamaktadır. Bu çerçevede, parlamentoda ayrıca bir oylama yapılmasına gerek kalmamaktadır. Bu bağlamda, Güney Afrika'nın da aralarında bulunduğu bir grup örnek ülke üzerine yapılan gözlemlerin de ortaya koyduğu üzere; tüm ülkenin tek bir seçim çevresi olarak kabul edildiği bir nispî temsil sisteminde seçimi kazanan listenin liderinin başkanlık makamına seçilmesi için parlamentoda yapılan oylamaların ayinsel bir formaliteden ibaret kaldığını belirten anayasa yazarlarına hak vermemek mümkün değildir. Bununla beraber, Angola'da karşımıza çıkan (parlamento üyeleri ve başkan için) *"zorunlu müşterek oy"* uygulaması, seçmenleri bir siyasî partinin listesini desteklerken bir yandan da başka bir partinin başkan adayını veya Mozambik örneğinde olduğu gibi bağımsız bir adayı destekleme imkânından mahrum bırakmaktadır. Mozambik'te parlamento seçimleri ile başkanlık seçimleri aynı zamanda yapılmakta; ancak her iki seçim için ayrı oy pusulaları ve sandıklar kullanılmaktadır. Bununla birlikte, konuya gerçekçi bir gözle bakıldığında, demokratik seçimlerin başlamasından bu yana geçen süre

ANDRÉ THOMASHAUSEN'İN TEBLİĞİ

zarfında bağımsız bir başkan adayının seçilmesinin veya bir siyasî parti lehinde olan seçmen çoğunluğunun başka bir partinin başkan adayını desteklemesinin hemen hiçbir zaman gerçekleşemeyen olasılıklara denk düştüğünü de kabul etmek gerekmektedir. Bu ihtimaller, aynen istikrarlı parlamento çoğunlukları elde etmeyi kolaylaştıran d'Hondt sistemini uygularken seçim sonuçlarına belli ölçüde müdahalede bulunulduğunu bilinçli olarak kabul ettiğimiz gibi, daha iyi işleyen bir demokratik sistem kurma yolunda kabul edilebilir kayıplar olarak değerlendirilebilecektir.

Parlamentolar ve başkanlar arasındaki ilişkilerin niteliği, son tahlilde ve her durumda birbirlerinin hukukî varlıklarını son erdirme yetkilerinin dağılımına göre belirlenmektedir.[41] 128. madde uyarınca, seçilecek olan Angola Devlet Başkanı'nın parlamentoyu feshetmesi, ancak kendi görevine son vermesi *(self-dismissal/auto-demissão)* durumunda mümkün olabilmektedir. Bu durum, başkanın yapılacak olan seçimlerde yeniden aday olmasına ve seçilmesine engel oluşturmamakla birlikte, 128. maddede belirtilen *"Başkan ve Parlamento arasındaki ilişkilerin düzeltilemeyecek şekilde kopması"* durumunda, böyle bir çatışmanın aktörü olan kişinin gelecek seçimlerde herhangi bir siyasî partinin listesinde baş aday olarak yer almasının güçlüğü sebebiyle, böyle bir uygulamanın ancak uzak bir ihtimal olarak değerlendirilebileceğinin de altını çizmek gerekmektedir. Diğer yandan, parlamentonun başkanı görevden alma konusundaki yetkisi ancak dolaylı bir *"harekete geçirme"* yetkisi olup; suçlandırma *(impeachment)* sürecinin başlatılmasından ibarettir. Başkanlık seçimindeki asıl karar yetkisinin seçmenlerin elinden alınıp çoğunluk partisinin karar organlarının eline verildiği gerçeği dikkate alındığında, başkan ve parlamento arasında çatışma yaşanması ihtimalinin ve dolayısıyla da geleneksel başkanlık ve yarı başkanlık sistemlerinde görülen büyük sarsıntı ve istikrarsızlıkların yaşanması ihtimalinin ortadan kalkmış olduğu görülmektedir.

---

41 Maurice Duverger, *Echec au Roi*, Paris 1978, ss. 27-30.

IV. AFRİKA'DA ANAYASACILIĞIN GELECEĞİ

ANDRÉ THOMASHAUSEN'İN TEBLİĞİ

Afrika'da Devletler ve İktidar (States and Power in Africa)[42] başlıklı çalışmasında Jeffrey Herbst tarafından haklı olarak savunulduğu ve gösterildiği üzere, Afrika devletlerinin karakteristik eksiği, güç ve iktidarlarını ülke topraklarının büyük kısmında ve kendi içinde büyük çeşitlilikler gösteren halklarının önemli bir kesimi üzerinde uygulayamaması, veya Herbst'in kullandığı tabirle, gücünü buralara *"aktaramaması"*dır (*project*). Bu bağlamda akıldan çıkarılmaması gereken bir husus, Afrika'nın coğrafi büyüklüğüdür. Gerçekten de Kıta o kadar büyüktür ki; 30 milyon kilometrekarelik bu alanın içine Amerika Birleşik Devletleri, Hindistan, Batı Avrupa, Çin ve Arjantin'in sığdırılması mümkündür.

Bu sorunun büyüklüğünü anlatabilmek için Mozambik örneğine bakılabilir. 1994 yılında ülkede Birleşmiş Milletler gözetiminde yapılan ilk genel seçimler öncesinde, en yüksek satış rakamlarına sahip haftalık gazetenin baskı sayısı yalnızca 20.000 adetle sınırlı olup; basılan bu gazetelerin % 98'i de 16 milyonluk bu ülkenin yalnızca başkentinde dağıtılabilmekteydi. Resmî hükümet gazetesi yoluyla duyurulan kararların, ülkedeki 128 idarî birimin yöneticileri tarafından öğrenilmesi ise, bunlardan pek çoğunun elektrik, telefon veya radyo iletişiminden dahi yoksun yaşadıkları düşünüldüğünde, yalnızca şans eseri olarak gerçekleşebilmekteydi.

3 ülke dışında kalan tüm Afrika ülkelerinde görülen büyük etnik, dilsel, kültürel, dinî ve tarihî farklılıklar, buralarda modern idarî işlevlerin icrasının maliyet ve zorlukları ile erken dönem Prusya'lı anayasa hukukçularının *"Daseinsvorsorge"* dedikleri en basit insanî ihtiyaçların tedarikinin büyük birer sorun olarak kesiştiği kavşak noktasını temsil etmektedir. Zaten içsel zayıflıklar gösteren devletlerin dağılması ve *"çökmüş devletler" (failed states)* olarak bilinen ve az çok bir anarşi durumuna tekabül eden yapıların ortaya çıkışının, liberalizmi güç-

[42] *States and Power in Africa: Comparative Lessons in Authority and Control*, Princeton University Press 2000, s. 12 *et seq.*

ANDRÉ THOMASHAUSEN'İN TEBLİĞİ

lendirmeyi ya da muhalif politikaları bilinçli olarak desteklemeyi oldukça güçleştirdiği açıktır.

Angola anayasası, olağanüstü yoksulluk ve az gelişmişlik problemleri karşısında, Afrikalı siyasî seçkinlerin devletlerin dağılması tehdidine karşı geliştirdikleri cevapların bir örneğini temsil etmektedir. Bu bağlamda, ortaya konulan model, aslında Çin Halk Cumhuriyeti'nde görülen siyasî yönetim sisteminin kısmen benimsenmiş olduğunu göstermektedir. Çin'de karşımıza çıkan model, devleti öncü Komünist Partisi'nin bir aracı olarak gören eski Sovyet anlayışının evrim geçirmiş bir türü olarak belirmektedir. 40 milyona yaklaşan üyesiyle Çin Komünist Partisi, siyasî yetenek ve liderlik vasıflarının ortaya çıkarıldığı etkin bir eleme sistemini temsil etmektedir. Burada, kurumsallaşmış siyasî mücadelenin yerini piramit şeklinde bir hiyerarşi almakta; ancak adem-i merkezileşme ve sınırlı özerklikler, bu türden hiyerarşik yapılanmalarda ortaya çıkması kuvvetle muhtemel muhalif gerilimleri kontrol etmenin aracı olarak işlev görmektedirler. Hunan Eyaleti'nde yer alan ve aynı zamanda Mao Üniversitesi olarak da bilinen (zira Mao'nun onuruna ve onun doğum yerinde açılmıştır) Xiangtan Üniversitesi'nden bir meslektaşın belirttiği üzere:

"Büyük seçim süreçlerinin neden olduğu acayiplikler ve kazalar arasından bir başkan seçmek üzere her beş yılda bir tekrarlanan multi-milyar dolarlık meydan savaşları ve teşhir süreçleri yerine; aynı zamanda ülkenin en bilge, en esnek düşünebilen ve en disiplinli liderleri olan ve gelecekte Başbakanlık ve Devlet Başkanlığı makamını doldurabilecek en elverişli adayları seçen 25 kişilik bir Politbüro'ya sahibiz".

Sovyet modelinden esinlenen bütün anayasalarda olduğu gibi, burada da çiftçiler, Hıristiyanlar veya liberal meslek grupları gibi belli başlı çıkarları temsil etme işlerini yerine getiren küçük ölçekli siyasî oluşumlar için önceden belirlenmiş bir alan bırakılmaktadır. Ulusal Halk Kongesi'nde, yani Çin Parlamentosu'nda temsil edilen 8 siyasî parti bulunmakta olup; resmî statüleri *"Çin Komünist Partisi'nin güdümündeki kayıtlı küçük partiler"* olarak belirlenmiş bulunmaktadır.

Güney Afrika Cumhuriyeti de dâhil olmak üzere Afrika Kıtası'nın güneyinde ve genel olarak Afrika'nın büyük kısmında, muhalefet partileri parlamentoda % 20 civarlarında bir temsil eşiğinde tutulmakta ve *"büyük koalisyonlar"* ile *"birlik hükümetleri"*, son derece yaygın ve yerleşik uygulamalar olarak göze çarpmaktadır. Sistemdeki hâkim partiler, Güney Afrika'da eski *apartheid* rejiminin iktidar partisi olan Ulusal Parti'nin 2005 yılında Afrika Kongre Partisi ile birleşmesi veya onun tarafından *"yutulması"* örneğinde olduğu gibi, muhalefet partilerinin ya *"stratejik ittifak ortakları" (strategic alliance partners)* ya da basitçe birleşilen varlıklar olarak kendileriyle bütünleşmesi eğilimini teşvik etmektedirler.

Çin modelinin son zamanlarda bu kadar çekim merkezi haline gelmiş olması, büyük ölçüde son zamanlarda Çin'in Afrika Kıtası'nda gösterdiği etkinlikle ve özellikle de büyük ve yoksul ülke topraklarında eğitim, sağlık, beslenme, güvenlik, elektrik ve ulaşım altyapısı inşa etme konusunda kaydettiği kalkınma hamlelerinin etkileyici bir biçimde sergilenmesiyle ilişkilidir. Afrika ve Çin arasındaki ticaret hacmi, 2009 yılında 120 milyar Amerikan Doları mertebesini aşmış olup, ticaret dengesinin büyük ölçüde Çin lehine geliştiği görülmektedir. Çin'in 12 gözde Afrika Ülkesi'ndeki kredi bağlantıları (büyüklük sırasına göre: Angola, Güney Afrika, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Nijerya, Sudan, Zambia, Mozambik, Namibya, Etiyopya, Botsvana, Zimbabwe ve Moritus), 2009 yılı itibariyle 50 milyar Amerikan Doları'nın biraz altında gerçekleşmiş olup; bu miktar, Afrika'nın Kalkınmasında Yeni Ortaklıklar *(New Partnership on Africa's Development)* olarak bilinen ve Güney Afrika tarafından endüstrileşmiş ülkelere sunulan (ve kabul yönünde bir çabaya bile konu olamayan) on yıllık altyapı kurtarma planı bütçesinin yalnızca 10 milyar Dolar altındadır.

Bir yandan Fransa, Portekiz, İngiltere ve AB tarafından 2000 yılından itibaren Afrika Hükümetleri ile düzenli işbirliği forumları oluşturmak için başlatılan çeşitli girişimler bir kez daha unutulmuşluğa terk edilirken, diğer yandan Çin-Afrika Forumu Ekim 2000'den beri üç yılda bir düzenli olarak toplanmakta

ANDRÉ THOMASHAUSEN'İN TEBLİĞİ

ve çeşitli çalışma grupları ile alt grupların faaliyetleri de düzenli olarak sürdürülmektedir. Bu alt gruplar arasında diplomatik yönden en başarılı ve orijinal olanlarından biri, Brezilya da dâhil olmak üzere Portekizce konuşan tüm ülkeleri Macau üzerinden Çin'le irtibatlandıran ve Portekizce'nin resmî dil olarak kabul edildiği Macau'da toplanan Çin-Afrika Girişimleri İşbirliği Forumu'dur. Hukukî işbirliği, bu işbirliği çerçevesinde en önde gelen alanları arasında olup, Macau'da Çince'ye çevrilen 1966 tarihli Portekiz Medenî Kanunu, bütünüyle yeni bir Çin Medeni Kanunu hazırlamakla görevlendirilen Çinli çalışma grupları üzerinde önemli etki bırakmıştır. Bütün bunlardan da önemlisi, yukarıda bahsedilen Angola Anayasası'nın hazırlayıcılarının, Çinli anayasa hukuku akademisyenleri ve uygulayıcıları ile fikir alış-verişlinde bulunabilmek üzere, geçtiğimiz yıllar boyunca Çin'e çok sayıda ziyarette bulunmuş olmalarıdır.[43]

Yalnızca Angola'da değil, ama daha yenilerde Gana ve Kenya'da gözlemlediğimiz anayasa yapım süreçlerinin de ortaya koyduğu üzere, daha sınırlı bir siyasî çoğulculuğa ve daha kontrollü bir anayasal demokrasi uygulamasına dayanan modeller, Afrika'daki bütün ülkelerin karşı karşıya bulunduğu kalkınma sorunlarına daha iyi cevap veriyor görünmektedir. Bu yeni gelişmenin büyüleyici yönü, anayasaların hükümetin ve otoritenin tek meşru kaynağı olduğu yönündeki anlayışı destekleyen ve güçlendiren bir süreçle iç içe gitmekte oluşudur. Afrika Birliği Kurucu Antlaşması'nın dikkatlerden kaçan ancak üzerinde çokça tartışılan ve gerçekte tümüyle yeni bir içeriğe sahip olan 30. maddesi, demokratik olmayan yollardan iktidara gelen hükümetlerin Birlik faaliyetlerine katılımını yasaklamaktadır. İlgili ülkelerin anayasal rejimlerini yıkma pahasına iktidara gelmeyi yasaklayan bölgesel dinamikler, Afrika devletleri açısından anayasa olgusunun har daim güçlenen rolünün altını çizmektedir.

---

43 Bkz. *"Chinese, African jurists discuss cooperation in first FOCAC legal forum"*, *Xinhua*, 21 Aralık 2009 ve *"Fresh achievements in China, Portuguese-Speaking countries Cooperation in past three years"*, *Xinhua*, 23 Eylül 2006, www.chinaview.cn; Loro Horta & Ian Storey, *"China grooms a strategic relationship with the Community of Portuguese Language Countries"*, *YaleGlobal*, 22 Haziran 2006, http://yaleglobal.yale.edu/display.article?id=7634.

Demokratik temsil ve katılımda çok kutuplu bir mimariden piramit şeklindeki bir mimariye geçiş eğilimi; insan haklarının, temel haklara ilişkin garantilerin ve bunlara ilişkin anayasaya uygunluk denetiminin gittikçe güçlenmesi şeklinde görülebilecek olan bir başka eğilim tarafından dengelenmektedir. Bu noktada bir kez daha 5 Şubat 2010 tarihli Angola Anayasası'nı hatırlamakta fayda bulunmaktadır. Anılan metin, tüm bireysel temel hakları, bütün içerik ve kapsamlarıyla güvence altına almakta; dahası, bunu, önünde duran Güney Afrika örneğinden bile daha âlicenap ve geniş kapsamlı olarak yapmaktadır. Bu bağlamda, Anayasa'nın 57. maddesinde yer alan sınırlama hükmü, Anayasa'nın kaleme alınışında benimsenen stil ve nitelik konusunda fikir verici görünmektedir:

"Haklar, özgürlükler ve güvencelerin yasayla sınırlanması, ancak bu sınırlamaya Anayasa'da açıkça izin verilmesi halinde; durumun gerektiği ölçüde, orantılı biçimde ve özgür ve demokratik bir toplumda başkalarının haklarını veya anayasa tarafından tanınan çıkarlarını korumak açısından kabul edilebilir olması koşuluyla mümkün olabilir".

Afrika'da anayasa yapım sürecinin yönü değişmiş bulunmaktadır. İktidarı kurmaya çabalamaktan onu kurma ve pekiştirme aşamasına geçen anayasalar, günümüzde uzun vadeli kalkınma plânlaması ve gelişme[44] ile anayasal devlet ilkesinin güçlenmesi ve tüm Kıta'ya mâlolması arasındaki dengeyi bulmaya soyunmuş bulunmaktadırlar - ki bu da, ortak idealimiz olan *hukukun hâkimiyetinin insanların hâkimiyetinin yerini almasının* en önemli adımı olarak görülmektedir.

* * *

[44] N. Mahao, *"The Constitutional state in the developing world in the age of globalisation: from limited government to minimum democracy"*, 12 *Law, Democracy & Development*, (2008), ss. 1-19, s. 17.

TARTIŞMA

Av. Talay ŞENOL (Oturum Başkanı)- Sayın Thomashausen'e de son derece ilginç konuşması için teşekkür ediyorum. Özellikle Afrika örneğinde anayasa yapımının bazen nasıl bir zorlu süreç geçirdiğini de bize çok iyi anlattı.

Efendim, önümüzde yarım saatten daha fazla bir süre var, tartışma diyoruz. Burada soru sorulabilir, korsan tebliğ olmamak koşuluyla küçük bir katkı olabilir. Söz almak isteyen varsa, kendilerine söz vereceğim.

Buyurun.

Dr. Larry D. WHITE (TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Adım Larry White, TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden katılıyorum. Türkiye'de Amerikalı bir avukat olarak bulunmamın yanı sıra, Amerikan Barosu ile Türkiye Barolar Birliği arasında irtibat sağlamakla da görevliyim.

Sorum esasen Prof. Dr. Kay'e yönelik, ama diğer konuşmacılar da arzu ederlerse yanıtlayabilirler.

İlk olarak; halk oylamasını, yeni bir anayasanın siyasi destek veya halk desteği görmesinde kilit bir nokta olarak görüyor musunuz?

İkinci olarak; halk oylamalarının esasen ya kabul ya da ret oyu verilebilmesi şeklindeki kısıtlamalarıyla ilgili, benim de doğru bulduğum yorumunuzu da göz önünde bulundurarak; halk oylamalarının, esas tasarının ikinci bir turu bakımından doğrultu kazanmaları için, ilk turda belki akademisyenlerin veya başkalarının halka bazı sorular yönelttiği bir anayasal süreci ihtimal dâhilinde görür müsünüz?

Çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. Richard S. KAY- Bu sorulara bakışımda vurguladığım bir şey varsa, o da—ki umarım birkaç kere dile getirmişimdir—bunun tümüyle değişken olduğudur. Bir anayasanın, bir çeşit halk oylaması olmadan hemen tutunmasının bile tam anlamıyla imkânsız olduğu durumlar veya tarihi gelenekler olabilir. Ama bunun anayasal gelenek olmadığı ve halk oylaması kampanyası gibi bir aracın olumsuz yönünün baskın olabilece-

ği başka yerler, başka yönetimler de olabilir. Yine meslektaşım benden iyi bilecektir, ama şunu biliyorum ki Güney Afrika süreci, sonucunda bir halk oylamasının olmadığı bir süreçti. Ama sanırım insanlar bir halk oylaması konusunda endişeliydiler ve sonunda ortaya koyulan süreç, belirli sayıda başarısızlıktan sonra bir halk oylamasının olabileceği bir süreçti ve bu da taraflardan birkaçının bir uzlaşmaya varmasında bir teşvik unsuru oldu. Yani bu bakımdan yararlı bir araç olmuş olabilir.

Halk oylamasının çeşitlemeleri konusuna gelince, yine bu konuda vurguladığım şeylerden biri, bütün bu muhtemel düzenek grupları için sonsuz sayıda çeşitleme olduğu idi. Halk oylaması, neresinden bakılırsa bakılsın, küt bir araç olacaktır. Ama bu demek değildir ki devam etmenin mümkün olan tek yolu tümden bir evet ya da hayır oyudur; yine—belki meslektaşlarımdan biri bu vakayı hatırlayabilecektir— oy pusulasına iki farklı anayasal şeklin; örneğin meclise dayalı bir yönetim biçiminin veya başkanlık yönetiminin koyulduğu ve ancak bu halk oylamasından sonra bunun bir anayasa taslağına girdiği halk oylamaları kuşkusuz olmuştur. Yani benim vurguladığım nokta yine hep şudur: ihtimaller sonsuzdur ve gerekli olan şey; bu sürecin, anayasanın uzun vadede kabulünü nasıl sağlayacağını veya engelleyeceğini de tabii ki geleceğe dönük biçimde dikkate alarak, her şeyden önce, ilgili toplumun tarihsel geleneklerine ve mevcut siyasi duruma karşı bir hassasiyettir.

Mehmet GÜLERMAN- İzin verirseniz benim sorum kişisel olarak ilgilendiğim bir konuyla ilgili olacak.

Biliyorsunuz, seçilmiş yasama organı, meclisteki çoğunluk, genellikle davranışlarını halkın iradesine dayandırdığını iddia ediyor. Ama yanlış hatırlamıyorsam, halkın iradesinin gerçek bir şey olmadığını öne sürdünüz. Bu yüzden anayasanın, halkın gerçek iradesini; anayasa konusundaki, ülkelerinin geleceği konusundaki ve benzeri konulardaki hislerini yansıtmaması gibi önemli bir risk söz konusu. Şunu merak ediyorum, bir anayasal değişimin, bir ülkenin temel değerlerini ve ilkelerini ne ölçüde değiştirmesine izin verilmeli? Ve eğer bir ülkedeki bu temel değerlerin ve ilkelerin bir koruyucusu olacaksa bu ne olmalı? Bu açıdan şu klasik sava atıfta bulunulabilir; Anayasa'da

TARTIŞMA değiştirilemez hükümler var, fakat bu hükümlerin değiştirilemez olduğunu belirten hüküm, değiştirilemez değil. Ben bu konudaki düşüncelerinizi merak ediyorum.

Prof. Dr. Richard S. KAY- Birçok farklı şey sordunuz, umarım hepsini hatırlarım.

Değiştirilemezlik hükmünün değiştirilmesiyle ilgili olan son sorunuzu yanıtlayayım; değiştirilemez olan şeyler listesine, değiştirilemezlik hükmünü de ekleyebilirsiniz, bu kolay bir teknik çözüm olur. Ancak tabii ki bu bir fark yaratmaz. Sonuçta, içinde yazılı olan kurallar ne kadar katı olursa olsun, hiçbir anayasa, toplumun uzun vadeli, geniş çapta duyulan ihtiyaçlarına uyum sağlamayı sürdüremezse, ayakta kalamaz. O zaman da soru sadece, değişimin şeklinin, anayasal değişimin üstüne bir yasallık örtüsü örttüğü için bazı durumlarda belirli bir faydası olabilen önceki yasayı yürürlüğe koyabilen veya basitçe yasayı dikkate almayan bir şekil olup olmadığıdır. Şunu da söylemeliyim ki, bunun tam tersi olan, ve tarihimizde yeni bir bölüm açtığımızı göstermek istediğimiz için, eski yasanın hükmünü yürürlüğe koymaya çalışmaktansa bu yasayı yıkmanın, tercih edilmesi daha iyi olacak olan siyasi rota olduğu kimi durumlar da vardır.

"Bir anayasa, toplumun temel değerlerini ve inançlarını çiğnemeli mi?" sorunuz ise, hukuki bir soru değil. Bu siyasi ve sosyal bir soru; "çiğnemeli mi, çiğneyebilir mi, çiğner mi..."nin cevabı ise, "çiğneyemez"dir. Nihayetinde öncelik, altta yatan toplumsal etmenlerdir. Yasa bunun bir yansıması olmak zorundadır. Fakat bunu tanımlayabilirim, çünkü bu, bazen yasallığın ve yasal düzenlemenin değerinin önemli bir toplumsal değer olması açısından, daha karmaşıktır. Değil mi? O zaman bu da, bunları hesaba katmanız gereken bir çeşit sonsuz geri dönüş olmak durumunda oluyor. Umarım bu, konuya bir nebze ışık tutmuştur.

Av. Özdemir SÖKMEN (İzmir Barosu Başkanı)- Ben Sayın Thomashausen'e bir soru sormak istiyorum müsaade ederseniz.

Efendim, kendisi anayasaların 4 şekilde meydana getirilebileceğini söyledi, referandumun da bunlardan bir tanesi olduğunu ileri sürdü. Türkiye'de yakın zamanda bir anayasa değişik-

liği yapılacak ve hükümet de böyle bir yol izlemeyi düşünüyor, yani referandum yolunu izlemeyi düşünüyor. Kendisi şimdiye kadar bu konuda çok tecrübeli, az evvel özgeçmişini dinledik, bu referandumlar yeterli bir anayasa için uygun mu acaba, kendisi nasıl düşünüyor veyahut da bir anayasanın en iyi ne şekilde meydana getirilebileceği konusunda bize ne söyleyebilir?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Andre THOMASHAUSEN- Teşekkür ederim. Sanırım fark edilmiştir, halk oylaması yönteminin bir taraftarı değilim. Ben halk oylamasını hep biraz balyoz yöntemi olarak görmüşümdür. Halk oylamasını, muhaliflerin sesini kesmek, kararsız kalmış veya destek vermek için bir yol bulamamış olanları susturmak için kullanabilirsiniz ve onlara, hükümetin önerdiği çözüme %80 oranında bir destek olduğunu gösterdiğinizde, hemen hemen hiç kimse %80'e itiraz edemeyecektir. Fakat bu, yaralara da tuz biber ekecektir, tamamen mutlu olmayan insanların desteğine kapıyı kapatacaktır. Carl Schmitt'in de kitaplarında gayet ustalıkla gösterdiği gibi, bir halk oylamasında gerçekten, ilgi çekici olan tek şey soruyu kimin sorduğu ve kimin formüle ettiğidir, çünkü bu, halk oylamasının sonucunu belirler. Ama bu böyle olsa da, bir ülkedeki üst düzey insanların, seçkinlerin, siyasi seçkinlerin; tek yapılması gerekenin, belli bir meselenin bir halk oylamasına götürülmesi olduğunu ve bu sayede, bu meselenin nihai bir sonuca ulaştırılacağını ve toplumdaki fikir ayrılıklarının nerelerde olduğunun kati olarak belirleneceğini söylemek için pekâlâ iyi gerekçeleri olabilir.

Bu geri tepebilir de. 1999 yılında Zimbabwe'deki ZANU-PF partisi, halk oylamasından yeni anayasaları lehine muazzam bir çoğunluğun çıkacağından kesinlikle emindi, ama bunun tersi gerçekleşti. Halk, ezici bir çoğunlukla dedi ki, "Hayır. Bağımsızlık sonrasında kurulan kamufle edilmiş tek parti diktatörlüğünün ömrünü uzatmaktan başka bir işe yaramayacak bir anayasamız olmayacak". Yani bu gerçekten bunu nasıl engellediğinize bağlı ve tabii ki anayasal denetim süreçleriniz veya müdahale de edebilecek bir anayasa mahkemeniz varsa o zaman muhtemelen bir halk oylamasında ortaya çıkacak kötüye kullanımlara karşı da koruma sağlayabilirsiniz.

TARTIŞMA

Sorunun ikinci kısmı, buna en iyi yaklaşımın ne olduğunu düşündüğüm idi ve ben de müzakere etmenin ve çok farklı düzeylerde çalışmanın gerekli olduğunu düşünüyorum. Bir ülkedeki kilit aktörlerin, çok büyük görüş kitlelerini dile getiren insan gruplarının, birliklerin, kültürün, dinin, geleceğe ilişkin görüşlerin karşılıklı katılımını sağlamalısınız ve bunlar öncelikle en genel şeyler hakkında anlaşma sağlamaya çalışmalılar. "Hepimiz ne konuda anlaşabiliriz? Hepimiz, Türkiye'nin bir ülke ve bir devlet olması gerektiği gerçeği üzerinde anlaşabiliriz". Böylece bir ön anlaşmanız olur. Buradan hareket ederek, bunu ayrıntılandırmaya başlarsınız ve üzerinde anlaşamadığınız şeylere gelirsiniz ve bunları müzakere etmek, bir antlaşma oluşturmak için yöntemler icat etmeniz gerekir. Biz avukatların, özellikle şirket avukatlarının yaptığı da budur. İnsanların, yollarını ayırmak ve anlaşmalarını sona erdirmek yerine, anlaşmaya varmalarını nasıl sağlayacağımızı biliriz. Çünkü mutsuz müşterilerden değil, mutlu müşterilerden para kazanırız. Bu yüzden bence bu çok doğal bir yaklaşım ve bu yaklaşım da şu halde meşruluk kazanmak zorundadır. Anayasal meşruluk kazanmak zorundadır, bu yüzden ya anayasayı değiştirme yetkisi olan bir parlamentodan veya gerekirse bir kurucu meclisten geçmek, ya da daha az tercih edilebilir bir seçenek olarak bir halk oylamasına gitmek zorundadır.

Av. Talay ŞENOL (Oturum Başkanı) -Teşekkürler Sayın Thomashausen.

Buyurun.

Av. Ömür DEDEOĞLU (İstanbul Barosu)- Sayın Sadurski'ye bir sorum olacak.

Başarılı anayasalardan bahsetti kendisi. Hangi ülke anayasalarını başarılı buluyorlar ve neden başarılı bulduklarını kısaca özetlerlerse sevinirim.

Teşekkürler.

Prof. Dr. Wojciech SADURSKI- Bu, bir yere kadar, benden önceki konuşmacıların, en uygun anayasal süreç konusunda verdikleri yanıtlarla bağlantılı. Yine de belirtmeliyim ki soyut tabirlerle ifade edildiğinde en uygun anayasal süreç diye bir

şey muhtemelen yoktur. Bütün bunlara, belirli bir bağlamda bakılmalıdır. Bu nedenle bir çeşit en uygun veya en iyi anayasa olduğunu söyleyemem.

Açık ki, çok ihtilaflı veya bölünmüş olan toplumları bir araya getirme sınavını geçmiş ve ortak temel kurallara bir derece meşruluk kazandırmış anayasalar anlamında, iyi anayasadan bahsedebilirim. Benim ülkem olan Polonya da buna bir örnektir. Orada Anayasa, komünizmin çöküşünden neredeyse 80 yıl sonra, çok uzayan bir süreçten sonra kabul edildi. Yine de bu, benden önce söz alan Prof. Dr. Thomashausen'in biraz önce antlaşmalı anayasa diye adlandırdığı şeyin bir bileşimiydi. Açık ki en önemli meseleler, çeşitli görüş kitlelerinin, büyük oranda kendilerinin görevlendirdiği temsilcileri tarafından perde arkasında yapılan müzakerelerde karara bağlanmıştı, bu meseleler bundan sonra anayasal meclis rolüyle hareket eden bir meclise konu oldu ve ondan sonra halk oylamasına sunuldu.

Yani aslında burada üç tane anayasal süreç modelinin bir bileşimi vardı ve bence bu da iyi bir karışım meydana getirdi. Hem Tanrı'ya atıf, Polonya'da çok hassas bir mesele olan din ve devletin ayrılması modeli, vesaire gibi temel ideolojik meselelere hem de tabii ki erklerin ayrılığı, başkanlık sistemine karşı meclis modeli, vesaire gibi meselelere ilişkin belirli hükümler çok çekişmeli idiyse de, anayasa bir halk oylamasına götürüldü ve bundan da nihai sonuca yönelik olarak epey güçlü bir "Evet" çıktı. Ve çok çabuk bir şekilde, geçmişte bu projeye şiddetle karşı çıkanlar, bununla yaşamanın çeşitli yollarını buldular ve siyasi stratejilerini anayasanın kurumsal çerçevesine uydurdular.

Bu yüzden bence bu anayasa, sizin teriminizi kullanırsak, "başarılı" oldu. En uygunu olmasa da, bütün muhtemel anlaşmazlıkları, örneğin çoğunlukla kaçınılmaz olan, cumhurbaşkanı, meclis ve hükümet arasındaki anlaşmazlıkları çözmese de, bence halk oylamasının da sayesinde, yüksek oranda bir meşruluk kazandığı için böyle oldu. Bu yüzden halk oylaması hakkında olumlu bir söz söylemek istiyorum; tabii ki halk oylaması, anayasa yapmanın tek yöntemi olamaz, ama ona fazladan meşruluk eklemenin ve anayasa sonrası sürece, her şeye rağmen bu anayasanın, halkın tasdikini taşıdığı şeklinde bir sav

TARTIŞMA kazandırmanın bir yolu olarak, iyi bir yöntem olduğunu düşünüyorum. Bu yüzden benim görüşüm; bütün bu çeşitli yöntemlerin bileşimine, ana siyasi aktörlerin iyi niyeti eklenince ortaya iyi bir anayasa çıkacağıdır.

Av. Talay ŞENOL (Oturum Başkanı) - Teşekkürler Sayın Sadurski.

Buyurun.

Hasan DURSUN (Planlama Uzmanı)- Benim de sorum Thomashausen'e olacak: 1919 yılında Weimar Almanya Anayasası kurucu bir meclis tarafından yapıldı ve bu anayasaya katkı sağlayan da dünyaca ünlü bir sosyalbilimci Max Weber vardı, fakat bu anayasa çöktü. Böyle çok başarılı bir anayasanın çökmemesi için ne yapmamız gerekiyor?

Prof. Dr. Andre THOMASHAUSEN- Teşekkür ederim. Bu çok zorlu ve çok güzel bir soru. Eğer bir soruyu başka bir soruyla yanıtlamaya izin verilseydi soruyu Prof. Dr. Kay'e aktarır ve derdim ki, "Bu acayip yaratık, yani Amerikan Anayasası, neden bu kadar başarılı?". Çünkü sağduyumuzla tamamen çelişiyor, bin bir çeşit küçük değişiklikten meydana gelmiş ve gerçek dışı olacak kadar çağdışı kalmış durumda ama muhtemelen en başarılı anayasa. Belki 1919'da yapılan Weimar Anayasası'nın çöküşüne neden olan şey tam da budur. Tipik bir Alman sanat eseri olması ve tamamen mükemmel olması, ve tamamen yetersiz olup, hiç gerçekçi olmaması ve pragmatizmden büsbütün yoksun olması. Ayrıca esnek de değildi. Tarih kitaplarında da okuyabileceğimiz gibi, seçim sisteminin de faydası olmadı. Bir anayasayı ayakta tutmada siyasi partilere düşen role önem verilmemesi, son derece olağanüstü durumlarda anayasa yapılmak zorunda kalındığında ortaya çıkan bazı tarihi sonuçlarla beraber, muhtemelen bu anayasanın çöküşünü hazırladı. Almanya da I. Dünya Savaşı sonrasında son derece olağanüstü bir durum içinde olan bir ülkeydi. Ekonomik bakımdan yaşaması imkânsız hale gelmişti. Barışın şartları öyle bir şekildeydi ki Alman ekonomisi ayakta kalamadı, bu da bugün tartışmasızdır.

Bu yüzden son derece olağanüstü bir durum içindeki bir ülke için anayasa yapmaya çalışırsanız, mükemmel liberal anayasayı tasarlayamazsınız. Muhtemelen Angola'lı anayasa yapıcıları da,

büyük bir sağduyuyla davranarak, istikrarlı bir hükümeti garantileyecek; devasa bir siyasi çatışmanın ve dramatik olayların kurbanı olmadan yönetime fırsat verecek yöntemleri tercih etmeye sevk eden de buydu. Bir ülke olağanüstü bir durum içinde olduğunda orada dramatik olaylar olacaktır, orada yalnızca çok mutlakıyetçi ve çok kızgın olmaya değil, aynı zamanda amaçlarına ulaşmak için şiddet kullanmaya da hazır insan grupları olacaktır ve eğer bu durumda meclisteki yöntemler, bunun bir idareciyi güçsüz kılabileceği biçimdeyse, o zaman tabii ki bütün sistem iflas etmeye hazır bir haldedir. Yani bana göre Weimar Anayasası gibi bir lüks, 1919 yılında karşılanamazdı.

Av. Talay ŞENOL (Oturum Başkanı) - Efendim, birkaç dakikamız kaldı. İki söz alma isteği var. Müsaade ederseniz, son söz her zamanki gibi hanımların olsun. Önce siz sorun, sonra Ece Hanıma son sözü vereyim.

Buyurun.

Araş. Gör. Ersoy KONTACI (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi). Teşekkür ederim.

Ben de Sayın Başkanın nezaketine katılarak kısa bir soru soracağım. Böylece son ve uzun tutulacak bir söz bırakmaya çalışacağım hanımefendiye.

Benim sorum Sayın Sadurski'ye: Referandumun özellikle Polonya'da çok önemli bir işlev gördüğünden bahsetti Sayın Sadurski. Ben de Türkiye'deki geçmiş uygulamalardan hareketle şöyle bir görüş ortaya koyacağım ve buna katılır mı, onu merak ediyorum: Referandumlar öyle sanıyorum ki bir anayasanın bütünüyle kabulü veya reddi veya tek bir maddenin kabulü veya reddi söz konusu olduğunda anlam taşıyor. Ama, örneğin 8, 12, 25 maddelik ve pek çoğu da teknik düzenlemelere ilişkin maddelerin, bir paketin referanduma sunulmasında halkın vereceği cevabın siyasal iktidara duyulan sempatilerin oylamasının dışına çıkamayacağını düşünüyorum, teknik sebeplerle. Dolayısıyla, bir anayasa yapım yöntemi olarak referandumun ancak bu iki ihtimali, yani tek veya bütün anayasanın oylanması ihtimallerine ilişkin olarak saklı tutulması gerektiğini düşünürüm. Buna ne derler?

Teşekkür ederim.

TARTIŞMA

Prof. Dr. Wojciech SADURSKI- Belirli bir paket halka sunulduğunda tepkinin her zaman tutarsız olacağı, çünkü paketin çeşitli farklı maddelerden oluşabilmesine rağmen oyun her zaman paketin bütününe verileceği savı yalnızca anayasal halk oylamaları konusunda değil, normal meclis seçimlerinde de geçerlidir. Yani hangi partiye oy vereceğimize karar veriyoruz ama çeşitli partileri ayrılığa düşüren 10 değişik madde olabilir; dış politika, ekonomi politikası, sosyal politika, vesaire ve biz yine de oyumuzu paketin tümü üzerinden vermek zorundayız. "Dış politika konusunda A Partisi'ne, iç politika konusunda da B Partisi'ne katılıyorum" gibi bir şey diyemeyiz. Bazen oy akıl dışıdır çünkü liderin imajını veya giyiniş tarzını beğeniriz, bazen de çok daha akılcıdır çünkü belirli bir partinin genel programını ideolojik olarak uygun buluruz. Diyebilirim ki anayasal halk oylamalarında da durum budur. Anayasa, açıkça çok sayıda maddeden oluşmasına rağmen, ideal olarak, bu konuda oy kullanacak insanlara anlamlı ve ilgili gelecek bir şekilde özetlenebilecek bir bütünlüğe sahiptir.

Aslında benim görüşümün sizin söylediklerinize neredeyse zıt olduğunu söyleyebilirim. Çok özel bir konuda bir anayasal değişiklik olacağı zaman, bir halk oylaması için özel bir neden görmüyorum. Bu durumda bence bütün gereken, salt meclis usulü veya bir değişiklik için özel bir nitelikli çoğunluğun arandığı bir çeşit geliştirilmiş meclis usulüdür. Örneğin, önce her iki meclisin de basit çoğunluğunun sağlanmasının gerektiği, daha sonra bu destek sağlandığında her iki meclisin de birlikte toplanıp beşte üç çoğunluğun arandığı Fransa gibi.

Polonya'da iki yıl önce özel bir anayasal değişiklik oldu. Hemen hemen hiç kimse bunu fark etmedi. Avrupa Tutuklama Emri'ndeki, suçlunun ülkesine iadesiyle ilgili maddenin düzenlenmesiyle ilgiliydi. Fakat bence bu durumda tek bir madde üzerinde halk oylaması yapmak muhtemelen faydasızdır. Çünkü halk oylaması anayasanın tümüne, anayasa kabul edildikten sonra buna boyun eğmek istemeyecek olanlara karşı bir sav olarak kullanılabilecek bir meşruluk itibarını verecektir. Demek istiyorum ki bu önemlidir, belirgin ve nihai bir kazanç değildir ama buna rağmen bir kazançtır, bir savdır. Bu yüzden,

tabii bana katılırsanız, anayasal süreci, ulusal halk oylaması olan bu nihai adımla sona erdirmenin, asil ideolojik nedenlerden ötürü değil, fakat siyasi pragmatik nedenlerden ötürü yararlı olduğunu düşünüyorum.

Doç. Dr. Ece GÖZTEPE- Sorum Sayın Prof. Sadurski'ye: Kendisi anayasa mahkemelerinin aktivist olması halinde, anayasanın tek yorumcusu olma tehlikesinin mevcut olduğunu söylediler. Aslında bu saptama, Türkiye için de sürekli ateş altında olan Anayasa Mahkemesi için geçerli. Türkiye'de de Anayasa Mahkemesinin meşruluğu, ana tartışma konularından bir tanesi, her anayasa değişikliğinde. Burada biraz da bütün bağlamı görmek gerekmiyor mu diye sormak istiyorum. Çünkü, Roma hukukunun bugün de geçerli olan ilkesi, davacının olmadığı yerde dava olmaz. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin önüne bir dava gelmesini engelleyecek bir şekilde diğer siyasal-toplumsal aktörler bir uzlaşma sağlama yetisine sahip iseler, bu durumda Anayasa Mahkemesinin anayasayı yorum tekeline de ihtiyaç kalmayacaktır. Acaba bu paradoksun optimal bir çözümü konusunda bir fikri var mı?

Teşekkürler.

Prof. Dr. Wojciech SADURSKI- Türkiye'deki Anayasa Mahkemesi hakkında hiçbir şey söylemek istemiyorum çünkü buradaki durumu bilmiyorum ve yorumlarımın, tamamen cahil olduğum bir konuda akıl öğrettiğim şeklinde anlaşılmasını istemiyorum. Ne var ki, bahsettiğiniz şey, otoriterlikten çıkmış çeşitli devletlerin anayasa mahkemeleri ve bence özellikle komünizmden çıkmış devletler bakımından çok çok büyük bir mesele. Aktivist bir mahkeme fikrine mutlaka karşı çıkmıyorum. Bence mahkemeler aktivist olmalı, yani yasama organının getirdiği yorumla çelişkili olsa da, anayasayı kendileri yorumlamak konusunda cesur olmalı ve çekingen olmamalılar.

Benim; anayasal denetimin Kelsen modelinin, otoriterlikten çıkmış devletlere uygulanan biçimi konusunda endişe duyduğum ve karşı çıktığım şey; bunun, aktivist modelle ilgili olmasından çok; aslen bir tekele ve bir anayasa hükmü ayrıcalığına yol açıp böylece sıradan yargıçları, benim de öyle yapmaları

gerektiğini düşündüğüm gibi, anayasaya aykırı buldukları kanunları dikkate almayıp iptal etmekten mahrum bırakacak kadar merkezileştirilmiş bir anayasa hükmü modeli olmasıdır. Bu yüzden kurumsal "anayasal sağduyu"yu bir şekilde, anayasanın gerçek anlamı konusunda karar verecek sağduyuya, meşruluğa, yeterliliğe, vesaire ye sahip insanlardan oluştuğu mutlak olmayan tek bir organda yoğunlaştırır ve aynı zamanda diğer yargısal ve siyasal aktörleri, özellikle de sıradan yargıçları, yasaların anayasaya uygunluğu konusunda kendi kararlarını vermekten mahrum bırakır ki bence bunun anayasal kültürün tamamına olumsuz bir etkisi vardır.

Bu yüzden buna çare olarak; hem anayasa mahkemelerinin bulunduğu ve meclis üyeleri, cumhurbaşkanı, hükümet, vesaire gibi siyasi aktörler tarafından harekete geçirilebildiği, ve hem de sıradan yargıçların, yalnızca bir davaya bakarken dikkate aldıkları kanun hakkındaki saygılı sorularını anayasa mahkemesine sormakla kalmayıp, anayasaya aykırı buldukları kanunları iptal etme gücüne sahip oldukları, anayasal denetimin çok kuvvetli bir biçimde merkezsizleştirildiği bir karma modeli görüyorum.

Av. Talay ŞENOL (Oturum Başkanı) - Teşekkür ederiz Sayın Sadurski.

Oturumu açış konuşmamda, oturum sonrası pek çok yeni ve değerli bilgilerle donatılmış ve böylece Bacon'un deyimiyle kendimizi yüceltilmiş hissederek toplantıdan ayrılacağımıza olan inancımı sizlerle paylaşmıştım. Bu beklentimin fazlasıyla gerçekleşmiş olduğunu söylersem, sanırım sizler de bana katılırsınız. Bizleri bugünlerde ülkemiz için son derece önem taşıyan konularda aydınlatan konuşmacılarımıza; Sayın Sadurski'ye, Kay ve Thomashausen'e kendim ve izninizle sizlerin adına, bizleri dikkatle dinleyen ve sorularıyla değerli katkıda bulunan siz konuklarımıza da yine kendim ve izinleriyle konuşmacılar adına teşekkür ediyor, hepinize esenlikler dileyerek oturumu kapatıyorum.

ANAYASALARI DEĞİŞTİRMEK

II. OTURUM

Oturum Başkanı
Av. Vedat Ahsen COŞAR
Ankara Barosu Başkanı

Av. Vedat Ahsen COŞAR (Ankara Barosu Başkanı - Oturum Başkanı)- Değerli konuklar, sevgili meslektaşlarım; sizleri kendi adıma, bu oturumda birlikte görev yapacağımız çok değerli konuşmacılar adına sevgi ve saygıyla selamlıyor, böylesine önemli bir etkinlikte bu oturumun başkanı olarak görevlendirmekle beni ve benim şahsımda Ankara Barosunu onurlandırdıkları için Türkiye Barolar Birliğinin değerli yöneticilerine kendi adıma, Ankara Barosuna adına teşekkür ediyorum.

Sevgili Ergun Özbudun Hocamızın dilimize kazandırdığı çok önemli ve değerli eserler var. Bu eserlerden bir tanesi de anayasa ve anayasacılık ile siyaset bilimi konularıyla ilgilenen herkesin tanıdığı Giovanni Sartori'nin *"Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği, Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme"* isimli kitabıdır. Sartori, 1994 yılında yazdığı bu kitabın önsözünde 50 yıllık bir siyasal donmuşluktan sonra, değişim dönemine, aceleyle yürütülen bir değişim çağına girmekte olduğumuzu, kurumsal değişimin seyrinin bu kadar hızlı ve kapsamlı olacağını kendisinin de hiç beklemediğini, ama mevcut değişim hızının kitabını mümkün olduğu kadar çabuk tamamlamak konusunda kendisini zorladığını, kitabını yazmaya başladıktan sonra anayasaları nasıl değiştireceğimizi ve nelerin değişmesi gerektiğini düşündükçe hayal kırıklığına uğradığını keşfettiğini yazar. Kitabının önsözünü şu tespitlerle sonlandırır: *"Reform oluşumları, pek yeteneksiz reformcuların damgasını taşımaktadır. Belki bu çok acımasız bir hükümdür. Öyle bile olsa, soru yine şudur: Kurumsal konularda neyin nasıl ıslah edileceğini acaba biliyor muyuz?"* Hocam, hatırladınız herhalde.

Evet, soru ve sorun budur. Kurumsal konularda neyi nasıl ıslah edeceğimizi, değiştireceğimizi acaba biliyor muyuz? Soruyu daha somutlaştırarak ve sizleri tenzih ederek sorayım: Özelde oturumumuzun konusunu, genelde Türkiye'nin gündemini oluşturan anayasa değişikliği konusunda neyi nasıl ıslah edeceğimizi ve değiştireceğimizi biliyor muyuz? Yapılması gereken düşünülen değişikliklerin sonuçlarını bu aşamada öngörebiliyor muyuz? Bu soruların yanıtlarını bilenler var veya vardır diyelim, ama şu hususları da herhalde görmezlikten gelmeyelim: Elbette anayasalar, değişmez nitelikte siyasi ve hukuki üst normlar değil. Değiştirilebilmelerine gereksinim var ise, ülke ve dünya koşulları değiştirilmelerini gerektiriyor ise, değiştirilirler. Bu yönden bakıldığında, ülkemizin anayasa değişikliğine gereksinimi olduğunu, dahası, bu konuda toplumda genel bir mutabakat bulunduğunu söyleyebiliriz.

Peki, sadece anayasa değişikliğine mi gereksinimimiz var? Yeni bir Siyasi Partiler Yasasına, yeni bir Seçim Yasasına gereksinmemiz yok mu? Sadece anayasayı değiştirmekle mi Türkiye'yi demokratikleştireceğiz? Venedik Kriterleri çerçevesinde siyasi partilerin kapatılmasıyla ilgili yeni anayasal düzenlemeleri yaptık. Anayasa Mahkemesiyle Yüksek Hâkimler ve Savcılar Kurulunun yapısını demokratik meşruiyeti sağlayacak biçimde değiştirdik diyelim. Siyasi partilerdeki tek adam egemenliğini sağlayan düzenlemeleri değiştirmeden, yani siyasi partilerin yapısını demokratikleştirmeden, temsilde adaletsizlik yaratan seçim barajını düşürmeden, sadece anayasayı değiştirmek suretiyle Türkiye demokratikleşecek mi? Elbette hayır. Onun için, kendimizi kandırmayalım, kimsenin de bizi kandırmasına izin vermeyelim.

Bir başka husus şu: Biz kimin için anayasa değişikliği yapıyoruz veya yapacağız; siyasal iktidar için mi, yoksa Türkiye için mi? Türkiye gereksinimi için ise, o zaman uzlaşma sağlamamız gerekir. Yok eğer siyasi iktidar için ise, o zaman demek gerekir ki, biz daha çok anayasa değişikliği yaparız; zira hiçbir iktidar kalıcı değildir. Bugünün iktidarı da bir gün gider, yenisi gelir, yenisi de yeni bir anayasa yapar; o da bir gider,

sonra gelen de yeni bir anayasa yapar, bu böyle sürer gider. Yani, biz hep rövanşları oynarız. Eğer bunu istiyorsak, hemen hiç beklemeden, hiç zaman yitirmeden anayasayı değiştirelim, ama yeni rövanşlara da hazır olalım ve unutmayalım; anayasa yapmak, anayasa değiştirmek, rövanş almak için değil, ülkenin gereksinimini karşılamak için yapılır.

İktidar partisi, "Seçimlerde milli irade beni işaret etti, beni seçti, ben milli iradeyi temsil ediyorum. O halde anayasa değiştirmek de dahil, istediğim her türlü değişikliği yaparım" diyor. Bu anlayış, bizi çoğunluğun diktasına götürür. Oysa çağdaş demokrasilerde, anayasal demokrasilerde korunması gereken, güvence altına alınması gereken çoğunluk değil, azınlıktır, azınlığın haklarıdır. Esasen anayasalar da bunu güvence altına almak için yapılır. Bu birincisi.

İkincisi, milli irade bölünmez, bölünemez. Bu bağlamda milli irade, parlamentoda çoğunluğu olan partiyi değil, parlamentonun tamamını ifade eder. Eğer öyleyse, ki öyledir, o zaman anayasa gibi temel ve üst bir norm değişikliği yapmak için hem parlamentoda, hem de toplumda bir uzlaşma aramak, bunu tesis etmek, yapılacak veya yapılması düşünülen değişiklikleri aceleye getirmemek, bir tartışma sürecini başlatmak, bu tartışma sürecinin geri beslemelerini aldıktan sonra yapılacak değişikliklere nihai bir şekil vermek gerekir.

Konuşmama Sartori'nin kitabının önsözüyle başlamıştım; şimdi kitabın daha sonraki bölümleriyle ve hatta bu oturumdaki değerli konuşmacı, ama ne yazık ki kendileri gelemediler, Sayın Elster'le ilgili bölümüyle devam edeyim. Keşke burada olsalardı, çünkü benim kendilerine de soracak bazı sorularım vardı. Herhalde Sayın Hocam Hanımefendi onları yanıtlayabilirler, çünkü onların uzmanlık alanları içerisinde. *"Anayasalar adalet aracı mıdır?"* diye soruyor Sartori ve önce Sayın Elster'in bu konudaki görüşüne yer veriyor: *"Büyük anayasal değişimlerin sonuçlarını kesinlikle, hatta nicelendirilmiş bir olasılıkla tahmin etmek mümkün değildir. Dolayısıyla, anayasal değişim, sonuçlara ilişkin iddialarla değil, ancak adalet gerekçeleriyle haklı gösterilebilir."*

Sartori'nin de işaret ettiği üzere, Sayın Elster'in görüşü iki önermeye dayanıyor. Bunlardan birincisi, büyük kurumsal değişimlerin uzun vadeli küresel net denge etkilerini tahmin edemeyeceğimizi önermesi. İkincisi ise, perakende sosyal mühendisliğin bu teorik boşluğu doldurmada pek yararlı olamayacağı önermesi. Sartori, Sayın Elster'in bu muhakeme tarzını, anayasaların ne yaptığı ve ne yapması gerektiği üzerinde herhangi bir etkisinin olmadığını eleştiriyor. Eğer Sayın Elster olsaydı, demin de söylediğim gibi, kendisine bu soruları sorup yanıtlarını kendisinden almayı sağlayacaktık, ama o mümkün olmadı. Ancak, demin de söylediğim gibi, ben soruyu sizler de dahil olmak üzere, değerli konuşmacılara yönelik olarak sorayım. Şimdilerde Türkiye, büyük anayasal değişimleri yapma eşiğinde olduğuna göre, bunun Türkiye yönünden uzun vadeli küresel net denge etkileri hususunda bir değerlendirme yapmak mümkün müdür, mümkün değil midir? Eğer mümkünse, nelerdir? Türkiye olarak gündemimizde bulunan anayasa değişikliklerinin sonuçlarını eğer kestiremiyor isek, anayasa değişikliklerini yapmak için ülkemizde haklı adalet gerekçeleri var mıdır, yok mudur?

Sayın Ergun Özbudun'a ilk sözü vereceğiz. Ben izninizle, siz hepiniz Ergun Hocayı tanıyorsunuz, ama ben Ergun Hocayla ilgili sizlere bir bilgi de vermek istiyorum.

Hocamız, akademik dereceleri; Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi kamu hukuku doktorası, 1967 yılında doçentlik, 1975 yılında profesörlük. Bulunduğu görevler; Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Anayasa Hukuku Asistanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Anayasa Hukuku Doçenti, yine aynı fakültede Anayasa Hukuku Profesörü ve Kürsüsü Ana Bilim Dalı Başkanı, Bilkent Üniversitesinde Siyaset Bilimi ve Anayasa Hukuku Profesörlüğü, Harvard Üniversitesi Siyaset Bilimi Bölümünde misafir öğretim üyesi, Harvard Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Merkezinde araştırmacı, Harvard Üniversitesi Ortadoğu Araştırmaları Merkezinde araştırmacı, Chicago Üniversitesi Siyaset Bilimi Bölümünde misafir profesör, Kudüs İbrani Üniversitesi Araştırma Enstitüsünde araştırmacı, Paris

Siyasal Araştırmalar Enstitüsünde misafir profesör, Columbia Üniversitesi Siyaset Bilimi Bölümünde misafir profesör, Princeton Üniversitesi Woodrow Wilson School'da misafir profesör, Georgetown Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Okulunda misafir öğretim üyeliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Ortadoğu Hukuk Araştırmaları Merkezi direktörlüğü, Atatürk Araştırma Merkezi ve Yürütme Kurulu üyeliği, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı Hukuk Danışmanlığı, Türk Siyasi İlimler Derneği Başkanı, Türk Demokrasi Vakfı Başkan Vekili, Milletlerarası Siyaset Bilimi Derneği Yönetim Kurulu Üyesi, Milletlerarası Siyaset Bilimi Derneği Program Komitesi Üyesi, Türkiye Bilimler Akademisi Üyesi, Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi Üyesi, Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu üyesi ve International Journal of Middle Eastern Studies'te Editörler Kurulu Üyesi, Journal of Democracy'de Editörler Kurulu Üyesi. Her faniye nasip olmayacak kadar zengin bir özgeçmiş.

Buyurun Hocam.

ANAYASA YAPIMINDA YÖNTEM SORUNLARI

*Ergun Özbudun**

Anayasa yapımı veya anayasa değişiklikleri, anayasa teorisinin ve pratiğinin en tartışmalı konularından birini oluşturur. Açıktır ki, anayasalar, insan eseri olmak itibariyle kusursuzluk ve ebedilik iddiasında bulunamazlar. Üstelik zamanında mümkün olan en mükemmel şekilde ve en geniş bir uzlaşmayla yapılmış anayasalar bile, bir süre sonra değişen sosyal şartlar ve değişen siyasal değerler nedeniyle, değişiklik ihtiyacı gösterebilirler. Bu ihtiyaç, 1995 yılında Sanford Levinson'un editörlüğünde yayınlanmış bir kitabın başlığında veciz şekilde ifade edilmektedir: *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (Kusurluluğa Cevap: Anayasa Değişikliklerinin Teori ve Pratiği). Kitabın ilk sayfasında George Washington'un yeğeni Bushrod Washington'a yazdığı mektuptan şu alıntıya yer verilmektedir: *"Anayasanın en sıcak dostları ve en iyi destekçileri, onun kusurlardan âri olduğunu iddia etmemekte, ancak bunları kaçınılmaz görmektedirler; bunlardan bir kötü sonuç doğduğu takdirde, sonradan çarenin bulun-*

* Prof. Dr., Bilkent Üniversitesi

ERGUN ÖZBUDUN'UN TEBLİĞİ

ması hususunda da hassastırlar." Memnun olmak gerekir ki, bu tür çareler için *"açık bir Anayasal kapı vardır. Halk (ki, bu konuda karar verme yetkisi onundur), tecrübelerden yararlanarak en uygun şekilde gerekli değişikliklere karar verecektir... Bizden sonra geleceklerden daha ilham dolu, daha akıllı ve daha faziletli olduğumuzu sanmıyorum."*[1]

Anayasal değişimin iki yolu, tümüyle yeni bir anayasanın yapılması ve yürürlükteki anayasanın koyduğu değiştirme kuralları içinde kısmen değiştirilmesidir. Bu ayrımın kökleri, Fransız devrimi düşünürlerinin aslî kurucu iktidar ile tâli kurucu iktidar arasında yaptıkları ayrıma dayanmaktadır. Ancak konuya daha yakından bakıldığında, bu iki yol arasındaki çizginin çok net olmadığı görülmektedir. Çünkü mevcut anayasanın değiştirilmesi hakkındaki hükümlerine uymak suretiyle, o anayasanın bütün maddeleri veya maddelerinin pek çoğu değiştirilebilir. Ortaya çıkan ürün, biçimsel olarak tâli kurucu iktidarın eseridir; ancak pratikte bunun yeni bir anayasa olacağında kuşku yoktur. Tek sorun, mevcut anayasanın bazı değiştirilemez hükümler içermesidir ki, bu konu aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Anayasanın tâli kurucu iktidar tarafından, yani yürürlükteki değiştirme kurallarına uygun olarak değiştirilmesi, çok tartışmalı bir konu değildir. Hemen hemen bütün anayasalar, değiştirilme kurallarını belirlerler. Bu kurallar, mutlak esneklikle mutlak katılık arasında geniş bir yelpazede yer alır ve ülkeden ülkeye farklılıklar gösterirler. Mutlak esneklik, yani anayasaların tıpkı âdî kanunlar gibi kolaylıkla değiştirilebilmesi, hiçbir çağdaş demokrasinin benimsediği bir yöntem değildir. Bunun da iki temel nedeni vardır. Birincisi, devletin temel yapısını düzenleyen kurallar bütünü olan anayasanın, günlük konjonktüre, gelip geçici duygu ve heyecanlara bağlı olarak kolaylıkla ve sık sık değiştirilebilmesi, siyasal ve sosyal istikrar açısından istenebilecek bir durum değildir. İkincisi,

---

1 Sanford Levinson, ed., *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1995), s. 3.

anayasa değişikliğinin güçleştirilmesi, mutlak çoğunluk iktidarına karşı azınlıkların temel hak ve hürriyetlerini koruyan bir güvencedir. Öte yandan, mutlak katılık ve değişmezlik kuralı da, anayasaların değişen sosyal ihtiyaçlara uyarlanmasını önlemek açısından sakıncalıdır. Üstelik anayasayı yapan kuşağın, gelecek kuşakların iradesini bağlama hususunda siyasî, hukuki ve ahlaki bir hakkı olmadığı açıktır. George Washington'ın dediği gibi, gelecek kuşakların bizden daha az akıllı veya faziletli olacaklarını varsaymak için hiçbir sebep yoktur. Dolayısıyla bütün çağdaş demokrasilerde benimsenen formül, bu iki uç nokta arasında yer alan ortalama bir formüldür. Bunlar arasında, yasama meclisinde veya meclislerinde nitelikli çoğunluk, çoğu zaman buna ek olarak halkoylaması, değişikliklerin birbirini izleyen iki yasama meclisi tarafından kabul edilmesi, bazı hükümlerin değiştirilebilmesi için normal yasama meclisi yerine özel bir kurucu meclisin kurulması gibi yöntemler yer almaktadır.

Halkoylamasının anayasa değişikliklerinde uygun bir araç olup olmadığı konusunda özellikle Türkiye'deki güncel tartışmalar sırasında kuşkular ileri sürülmektedir. Halkoylaması eğer bir temel hak veya hürriyetin daraltılması sonucunu doğurabilecekse, elbette demokratik bir araç sayılamaz. Müzakere ve uzlaşmaya yer bırakmayan niteliği itibariyle, diğer anayasa değişikliklerinde de tek araç olarak kullanılması sakıncalıdır. Ancak diğer güçleştirici şartlara, meselâ yasama meclislerinde nitelikli çoğunluk şartına ek olarak kullanılması, son sözün aslî kurucu iktidarın sahibi olan halka bırakılması açısından elbette demokratik ve meşru bir yöntemdir ve pek çok Avrupa ülkesinde kullanılmaktadır.[2]

Anayasa değişikliklerine oranla, tümüyle yeni bir anayasa yapımının daha tartışmalı sorunlara yol açması beklenebilir. Bu konuda dört sorunun cevaplandırılması gerekir: Ne zaman, kimin tarafından, nasıl ve hangi sınırlar içerisinde?

---

2 Venice Commission, *Report on Constitutional Amendment*, 11-12 December 2009, CDL-AD (2010)001, s. 11-12.

Ne Zaman?

Bu konuda Türkiye'de zaman zaman ifade edilen bir yanılgı, yeni bir anayasa yapımının ancak anayasal hayatta bir kopma veya kesintiden, başka bir deyimle gerçek bir hukuk boşluğunun doğmasından sonra yapılabileceğidir. Bu kesintiler, bir ihtilâl, darbe, iç savaş, yabancı işgal gibi durumlarda ortaya çıkar ve bu durumlarda ortaya çıkan aslî kurucu iktidar, hiçbir ön hukuk kuralıyla bağlı olmaksızın, anayasayı tümüyle kendi iradesiyle yapar. Anılan durumlarda aslî bir kurucu iktidarın ortaya çıkması, elbette o durumların doğası gereğidir; çünkü ortada ne bir anayasa, ne onun yetkilendirdiği bir organ, ne de o organın anayasayı yaparken izlemesi gereken kurallar vardır. Ancak yeni bir anayasa yapımını bu gibi kopma veya kesintilere hasretmek, ne demokratik ilkelere, ne mantığa, ne siyasal gerçekliğe uygundur. Maalesef Türk Anayasa Mahkemesi de, Anayasanın 10 ve 42'nci maddelerine ilişkin anayasa değişikliğini iptal ettiği kararında, aslî kurucu iktidarı *"ülkenin siyasal rejiminde çeşitli etkenlere dayalı olarak ortaya çıkan kesintilerin ürettiği ve ortaya çıkış biçimi itibarıyla hukuksal çerçeve dışında yer alan... irade"* olarak tanımlamak suretiyle, aynı yanılgıya düşmüştür. Mahkeme, bir sonraki cümlesinde *"katılımcı, müzakereci ve uzlaşıyı esas alan demokratik ülkelerde aslî kurucu iktidarın sahibi halktır"* demek suretiyle, kendisiyle de çelişkiye düşmüştür.[3]

Gerçekten de, eğer demokratik ülkelerde aslî kurucu iktidarın sahibi halksa (ki, aksinin düşünülmesi mümkün değildir) onun bu iktidarını istediği her zaman, rejimlerde bir kopma veya kesinti olmaksızın da kullanabileceğinde tereddüt edilemez. Geçtiğimiz onyıllarda Avrupa'nın en istikrarlı iki demokrasisi, İsveç (1975) ve Finlandiya (2000) çok barışçı şartlar altında tümüyle yeni anayasalar yapmışlardır. Halen üçüncü bir istikrarlı Avrupa demokrasisi Lüksemburg, yeni bir anayasa yapma sürecindedir. Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin

---

3 Anayasa Mahkemesi kararı, E. 2008/16, K. 2008/116, 5.6.2008, *Resmî Gazete*, 22 Ekim 2008, sayı 27032.

çoğunda ve İspanya'da demokrasiye geçiş bir hukuk boşluğu sonucu değil, normal yasama meclislerinin yerleşik hükümler uyarınca kabul ettikleri anayasalarla gerçekleştirilmiştir.[4] Konuya Türk pozitif hukuku açısından bakıldığında da, 1982 Anayasasında kurucu organın yeni bir anayasa yapmasına engel hiçbir hüküm yoktur; olsaydı da, bunun hukuki bir değerinin olmayacağı açıktır.

Kimin Tarafından?

Bir ülke halkının dilediği zaman kendisine yeni bir anayasa yapmasının onun vazgeçilmez hakkı olduğunu kabul ettiğimize göre, burada tartışılması gereken, bunun ne tür bir kurucu organ tarafından yapılması gerektiğidir. Bu konuda başlıca iki alternatif ortaya çıkmaktadır: Anayasayı yapmak üzere özel olarak kurulmuş bir kurucu meclis, ya da normal bir şekilde seçilmiş yasama meclisi. Andrew Arato, Hannah Arendt, Carl Schmitt ve Bruce Ackerman gibi diğer önemli yazarların eserlerinden de esinlenerek beşli bir tipoloji önermektedir: ABD tipi bir anayasa konvansiyonu, egemen kurucu meclis, normal şekilde seçilmiş yasama meclisi, yürütme organının inisiyatifi ile anayasa yapımı ve evrim süreci. Bunlardan, biçimsel anlamda bir anayasa yapımını içermeyen ve İngiltere ve İsrail gibi yazılı bir anayasaya sahip olmayan ülkelere özgü olan evrim süreci ile, özü itibariyle demokratik bir yöntem sayılamayacak olan yürütme girişimiyle anayasa yapımı yöntemi (en tipik çağdaş örneği General de Gaulle'ün etkisi altında Fransa Adalet Bakanlığınca hazırlanmış olan 1958 Fransız Anayasası) bir yana bırakılırsa, Arato'ya göre geriye üç model kalmaktadır. Gerçekten, ABD Anayasa Konvansiyonu da geniş anlamda kurucu meclis türünün bir alt-tipi olmakla beraber, Konvansiyon, öteden beri mevcut ve anayasa yapımı sürecinde de varlıklarını koruyan eyalet (aslında, İngilizce'deki ifadesiyle *"devlet"*)

---

[4] Ergun Özbudun, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı* (Ankara, Bilgi Yayınevi, 1993); Sovyet İmparatorluğunun çöküşünden sonra, Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri, özellikle Macaristan ve Polonya'daki anayasa yapımı süreçleri için, bk. Andrew Arato, *Civil Society, Constitution, and Legitimacy* (Lanham: Rowman and Littlefield, 2000), özellikle bölüm 4, 5, 6.

temsilcilerinden oluşması yönünden *"egemen kurucu meclis"* modelinden ayırt edilebilir. Federe devletler (*länder*) temsilcilerinden oluşan 1948 Alman Parlâmento Konseyi de, belki konvansiyon modeline benzetilebilir. Ancak bu modelin de daha yakın zamanlara ait bir örneği yoktur.[5]

Görülüyor ki, günümüzde tercih, esas itibariyle, normal yasama meclisi ile özel olark seçilmiş bir kurucu meclis modelleri arasındadır. Venedik Komisyonunun, 11-12 Aralık 2009 tarihli *"Anayasa Değişiklikleri Hakkında Rapor"*unda (para. 35) belirtildiği gibi, *"pek çok ülkede Parlâmento, hem normal yasayıcı, hem anayasal yasayıcı olarak görev yapar."* İstisnai olarak bazı ülkelerde (Bulgaristan, Rusya Federasyonu) yeni bir anayasa yapımı veya mevcut anayasanın kendilerine özel önem atfedilen bazı bölümlerinin değiştirilmesi için, özel bir Kurucu Meclis kurulması öngörülmüştür. Anayasayı değiştirme yetkisinin normal yasama meclisinde olduğu durumlarda da, birden çok kere görüşme, görüşmeler arasında belli bir süre geçmesi zorunluluğu ve en önemlisi nitelikli çoğunluk gibi güçleştirici yöntemler kullanılmaktadır. T.C. Anayasasının 175'inci maddesi de bu tür yöntemleri benimsemiş, ayrıca bazı hallerde değişikliğin zorunlu veya seçimlik olarak referanduma sunulmasını öngörmüştür. T.C. Anayasasında, meselâ Bulgaristan ve Rusya anayasalarının aksine, yeni bir anayasanın yapılması ya da yürürlükteki anayasanın bazı bölümlerinin değiştirilebilmesi için, özel bir kurucu meclis kurulması gerektiği hakkında hiçbir hüküm yoktur.

Buna rağmen, 2007 yazında tümüyle yeni bir anayasa yapma projesi ortaya atıldığında, bazı çevrelerin, bunun normal yasama meclisi değil, ancak özel bir kurucu meclis tarafından yapılabileceğini ısrarla savunmalarını anlamak mümkün değildir. 1990'lardan itibaren yeni bir anayasa fikri, çeşitli siyasi partiler ve önde gelen sivil toplum kuruluşları tarafından ortaya atıldığında, böyle bir zorunluluktan söz edilmemiştir. Meselâ 1992 yılında Prof. Erdoğan Teziç'in başkanlığında saygın anayasa

---

5 Arato, *a.g.e*, bölüm 7.

ve kamu hukukçularından oluşan bir bilim kurulu tarafından TÜSİAD için hazırlanan anayasa taslağında bu konuda şöyle denilmektedir: *"Anayasada değişiklikler yapmaya yetkili bir organın yeni bir anayasa yapma konusunda da yetkili olduğu hususunda kuşku yoktur... Kısacası bugünkü TBMM bir Kurucu Meclis sıfatıyla seçilmiş olmadığı halde, yeni bir anayasa yapmaya yetkili bir 'asli kurucu organ' yetkisi kullanabilir. Zaten bunun aksini düşünmek, anayasa yapıcılığı yetkisini yalnız kurucu meclislere, ya da ihtilâl sonrasının olağanüstü iktidarlarına tanımak olur ki, bu tarihsel gerçeklerle uzlaşmadığı gibi, şiddet yolunu önermek anlamına dahi gelir. Oysa pek çok ülkede yeni anayasalar, normal zamanlarda ve olağan yasama meclisleri tarafından hazırlanabilmiştir."*[66] Venedik Komisyonunun yukarıda anılan raporuna göre de, *"aslında tümüyle yeni anayasalar olan yeni siyasal düzenlerin, eski anayasalardaki değişiklik hükümlerine uyularak anayasal süreklilik yoluyla kabul edildiği birçok örnek vardır. 1990'larda Orta ve Doğu Avrupa'daki yeni demokrasilerin hemen hepsinde anayasal değişim bu yoldan gerçekleşmiştir"* (para. 21). Bu örneklere, ilk oturumunda kurucu meclis olarak çalışmaya karar veren ve 1978 Anayasasını yapan İspanyol Cortes'i ile, gene olağan yasama meclisi olarak seçilip de 1924 Anayasasını vücuda getiren ikinci dönem TBMM'ni ekleyebiliriz.

Bütün bu örneklere rağmen, 2007 yılındaki sivil anayasa girişimini takiben ısrarla ileri sürülen kurucu meclis modelini, hukukî olmaktan çok, siyasî, ideolojik ve psikolojik gerekçelerle açıklamak mümkün görünmektedir. Türkiye'nin halen de devam etmekte olan aşırı kutuplaşmış siyasi ortamında, lâikliğin katı bir yorumuna taraftar olan kurumlar ve çevreler, Meclisteki AK Parti çoğunluğunun hâkim rol oynayacağı bir anayasa yapımı sürecinin Türkiye'yi İslâmi bir otokrasiye götüreceği endişesiyle, bu partinin anayasa yapımındaki rolünü asgarîye indirecek formüller üretmişlerdir. Bu tür söylemler günümüzde de, bazen mizah sınırlarını zorlayan, *"kediye ciğer-*

---

6 TÜSİAD komisyonu görüşü için, bk. Serap Yazıcı, *Yeni bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine* (İstanbul : İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009), s. 46-47.

ci dükkânı emanet edilmez" ya da *"irticaî faaliyetlerin odağı olduğu Anayasa Mahkemesince belirlenmiş bir partinin çoğunlukta olduğu bir TBMM anayasa yapamaz"* gibi ifadelerle dile getirilmektedir.

Bu görüşte olanların savundukları kurucu meclisin niteliğine ilişkin görüşler çeşitlidir. Bazıları, halen görevde olan TBMM'nin yanında ayrıca bir kurucu meclis, ya da *"anayasa konvansiyonu"* kurulmasını, bunda sivil toplum kuruluşlarının, uzmanların ve toplumdaki güçleri ne olursa olsun bütün siyasi partilerin temsil edilmesini, hattâ bu mecliste görev alanların daha sonra hiçbir siyasi faaliyete katılmayacaklarına dair taahhütte bulunmalarını önermektedirler. Bu önerilerin en ilginçlerinden biri, 19 Haziran 2008'de TÜSİAD tarafından kamuoyuna açıklanan *"anayasa konvansiyonu"* önerisidir. Bunda, konvansiyonun, toplam 50 kişiden oluşması, bu üyeliklerden 3/5'ünün TBMM'nde temsil edilen siyasi partilere tahsis edilmesi, diğer üyeliklerin de yargı organları ve sivil toplum kuruluşları temsilcileri ile anayasa hukukçuları arasında paylaştırılması, konvansiyonun hazırladığı metnin TBMM'ne sunulması ve üye tamsayısının üçte birinin imzasıyla bir anayasa değişikliği teklifine dönüştürüldükten sonra, TBMM'nde yürürlükteki kurallar çerçevesinde görüşülmesi öngörülmektedir.[7]

Bu ve benzeri *"kurucu meclis"* önerileri, birçok soruyu cevapsız bırakmaktadır. Bu meclis, TBMM'nin yerine geçecek, yani hem kurucu iktidarı, hem yasama iktidarını birlikte kullanacak tek bir meclis mi olacaktır, yoksa olağan TBMM'nin yanında sadece danışma fonksiyonu ifa edecek bir ön-hazırlık komisyonu mu olacaktır? İkinci durumda TBMM ile ilişkileri ne olacaktır? Hazırladığı taslağın TBMM'nce kabul edilmesinin garantisi nedir? Eğer son söz, olması gerektiği gibi, TBMM'de olacaksa, böyle gösterişli adlarla bir danışma kurulunun oluşturulmasının gerekçesi nedir? Bu kurul, genel oya mı dayana-

---

[7] *A.g.e.*, s. 47-49. TÜSİAD bildirisinin tam metni için, bk. *"Anayasa Konvansiyonu Nedir, Neden Gereklidir?"* 19 Haziran 2008, TS/BAS/08-61. Macar asıllı Amerikalı siyasal bilimci Andrew Arato'nun, bazı yönlerden TÜSİAD önerisine benzeyen, bazı yönlerden de ondan ayrılan görüşleri için, bk. *a.g.e.*, s. 50-51.

caktır, yoksa TÜSİAD'ın önerdiği gibi, korporatif bir yapıya mı sahip olacaktır? Eğer ikinci yol izlenecekse, bu kurulun demokratik meşruluğu neye dayanacaktır? Kurulda hangi siyasi partilerin ve hangi sivil toplum kuruluşlarının hangi kriterlere dayanılarak temsil edileceğini kim ve nasıl belirleyecektir? Eğer ihtiyaç, anayasanın geniş tabanlı bir müzakere süreciyle hazırlanması ise, bu, daha önce de yapıldığı gibi, bir partilerarası uyum komisyonu kurulması ve bu komisyonun, gerekli gördüğü takdirde sivil toplum kuruluşları temsilcileri ve uzmanları dinlemesi yoluyla, çok daha pratik bir biçimde karşılanamaz mı? Nihayet, yürürlükteki Anayasaya göre, TBMM'nin anayasayı değiştirme yetkisinin bir bölümünü, Anayasada hiç yeri olmayan böyle bir kuruluşa devretme yetkisi var mıdır?

Bütün bu sorunlar, yeni bir anayasa yapımı sürecinde tek gerçekçi yolun, bu yetkinin olağan yasama meclisince kullanılması olduğu sonucuna götürmektedir. Ancak bu meclisin daha geniş bir temsil tabanına oturtulabilmesi için, eğer yüzde onluk ülke barajının bütün seçimler için indirilmesi istenmiyorsa, anayasayı yapacak meclise özgü olarak, yüzde 3-5'lik bir düzeye indirilmesi düşünülebilir. Böylece, ülkedeki bütün bellibaşlı siyasal eğilimlerin, anayasa yapımı sürecine katkıda bulunması sağlanmış olacaktır.

Nasıl ve Hangi Sınırlar İçinde?

Yukarıda değinildiği gibi, aslî ve talî kurucu iktidar arasındaki temel fark, bunlardan ikincisinin anayasayı ancak o anayasada mevcut yöntem ve kurallar çerçevesinde değiştirebileceğidir. Burada karşılaşılan en önemli teorik ve pratik sorun, olağan yasama meclisinin, yürürlükteki anayasanın değiştirilemez olarak kabul ettiği hükümlerle bağlı olup olmadığıdır. Bu sorun, Türkiye bakımından özel bir önem taşımaktadır; çünkü değiştirilemezliği sadece cumhuriyetçi hükûmet şekline hasretmiş olan 1924 ve 1961 Anayasalarının aksine, 1982 Anayasası, ilk üç maddeyi değiştirilemez ilan etmiştir. Üstelik, Anayasa Mahkemesi, 2008 yılında Anayasanın 10 ve 42'nci maddelerine ilişkin anayasa değişikliğini iptal ederken, daha

ERGUN ÖZBUDUN'UN TEBLİĞİ

önce yetkisiz olduğunu ifade ettiği, değiştirilemez maddelere uygunluk denetimi yapmış, hattâ bu maddeleri doğrudan doğruya değiştiren değil, onları dolaylı yoldan zayıflatan anayasa değişikliklerini dahi denetleyebileceğini ileri sürmüştür.[8] Jüristokrasi, ya da hâkimler hükûmetinin doruk noktasını oluşturan bu karar, yeni bir anayasa yapacak veya onu radikal bir biçimde değiştirecek olağan bir yasama meclisi açısından ciddi sorunlar yaratmaktadır.

1982 Anayasasının, değiştirilme yasağını genişleterek ilk üç maddeye teşmil etmesi, birçok anayasa hukukçumuzca haklı eleştiri konusu olmuştur. Meselâ rahmetli Profesör Bülent Tanör'e göre:

"Anayasanın 2'nci maddesiyle Başlangıç bölümündeki temel ilkelerin de değiştirilemez hale gelmesi son derece ciddi bir sorundur. Bu nitelikteki bir ilkeler topluluğuyla bir ülkenin yakın ve uzak geleceğinin dondurulmak ve ipotek altına konulmak istenmesi, gelişme ve insan haklarına saygı gibi kavramlar açısından da haksız ve zoraki bir dayatmadır. Herhalde kimsenin, Türkiye Cumhuriyetinin ebediyete kadar 1982 Anayasasının 2'nci maddesiyle 'Başlangıç' bölümünde yer alan temel ilkelerle yönetilebileceğini ve yönetilmesi gerektiğini söyleyebilme hakkı yoktur; herhangi bir anayasa koyucunun kendini bu kadar basiretli ve ileriyi görür sayabilmesi mümkün değildir. Anayasalar, devletin dayandığı temel ilkeler sürekli değişirler. 'İdeal'in artık bulunduğunu sanmak bu gelişmeyi tökezletir. 'Devletin bütünlüğü, resmî dili, bayrağı, millî marşı ve başkenti'yle ilgili 3. maddenin de değiştirilmez kılınması ise fuzulidir. Bu konular başka ülkelerin anayasalarında da düzenlenmektedir; ancak bunların bir de 'değiştirilemez' sayılmalarına hiçbir gerek yoktur. 1982 Anayasakoyucusu, bu noktada da gereksiz ve aşırı bir duyarlılık göstermiştir."[9]

Anayasalardaki değişmez hükümlerin hukukî statüsü, anayasa hukuku doktrininde çok tartışmalı bir konudur. Her

---

8 Anayasa Mahkemesi kararı, bk. n. 3. Bu kararın bir eleştirisi için, bk. Ergun Özbudun, *Türkiye'nin Anayasa Krizi* (Ankara: Liberte Yayınları, 2009), s. 185-190.

9 Bülent Tanör, *İki Anayasa, 1961-1982* (İstanbul: Beta, 1986), s. 167.

şeyden önce, bazı Batı demokrasilerinin anayasalarında değiştirilemez hükümler olduğu doğru olmakla birlikte, bunun Avrupa demokrasilerinde neredeyse genel kural olduğu iddiası abartmalıdır. Mutlak değişmezlik kuralı, Avrupa demokrasilerinde kural değil, istisnadır. Bazı ülkelerde mutlak değişmezlik kuralı sadece devlet şeklinin cumhuriyet oluşuyla sınırlıdır (Fransa, m. 89; İtalya, m. 139). Bazı Avrupa devletlerinin anayasalarında sadece demokrasinin özünü veya temel değerlerini koruyan hükümlere değişmezlik niteliği tanınmıştır. Meselâ Çek Cumhuriyeti Anayasasına göre (m. 9, f. 2) *"hukuk devletiyle yönetilen demokratik devletin temel gerekleri"*ne ilişkin değişiklik yapılamaz. İsviçre Anayasasına göre (m. 193, 194) tümüyle yeni bir anayasanın veya kısmî bir anayasa değişikliğinin, *"milletlerarası hukukun uyulması zorunlu kuralları"*nı ihlâl etmemesi gerekir. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının 79'uncu maddesine göre, 1'inci ve 20'nci maddelerdeki ilkelere ve federal devlet şekline aykırı anayasa değişiklikleri yapılamaz. Burada sözü geçen 1'inci ve 20'nci maddeler, insan onurunun dokunulmazlığı, insan haklarının dokunulmazlığı ve vazgeçilmezliği, zulme karşı direnme hakkı, bütün kamusal iktidarların halktan kaynaklandığı, Federal Almanya Cumhuriyetinin demokratik ve sosyal bir federal devlet olduğu gibi, demokrasinin özünü oluşturan temel değerlere atıfta bulunmaktadır.

Avrupa ülkeleri arasında, değişmezlik kuralının kapsamını daha geniş tutan, Romanya (m. 152) ve Portekiz gibi ülkeler de vardır. Bu konuda en ileri giden, değiştirilemez hükümleri 15 kalem halinde sayan 1976 Portekiz Anayasasıdır (m. 290). Solcu Silahlı Kuvvetler Birliği'nin tehdit ve baskıları altında yapılmış olan bu anayasa, *"temel üretim araçları ile toprak ve doğal kaynakların kollektifleştirilmesi, tekellerin ve büyük toprak mülkiyetinin ilgası"* gibi birtakım ideolojik ilkelere değişmezlik tanımıştır. Silâhlı kuvvetlerin anayasa yapımındaki belirleyici rolü dolayısıyla bir bakıma Türkiye'deki 1982 Anayasasının yapımı sürecine benzetilebilecek olan Portekiz deneyiminde de silâhlı kuvvetler, kendi ideal toplum düşüncelerini, değiştirilemez anayasa kuralları biçiminde kurumsallaştırmaya çalışmışlardır. Bununla birlikte Portekiz'de eski 290'ıncı madde

ERGUN ÖZBUDUN'UN TEBLİĞİ

(yeni metinde m. 288) anayasa değişikliği ile değiştirilmiş ve bu ideolojik ilkelerden arındırılarak daha demokratik bir içeriğe kavuşturulmuştur.

Avrupa ülkelerinin bir bölümünde ise, mutlak bir değişmezlik kuralının kabulü yerine, anayasa koyucunun özel bir değer atfettiği hükümlerin değiştirilmesinde, diğer anayasa değişikliklerine oranla daha özel ve daha güçleştirici yöntemler öngörülmüştür. Meselâ Rusya Federasyonu Anayasasına göre (m. 135), anayasanın 1,2, ve 9'uncu bölümleri, olağan yasama organı tarafından değil, kurulacak Kurucu Meclis tarafından değiştirilebilir. Bulgaristan Anayasasına göre (m. 153, 158), yeni bir anayasa yapmaya veya yürürlükteki anayasanın bazı temel hükümlerini değiştirmeye, olağan yasama organı (Millet Meclisi) değil, kurucu meclis (Büyük Millet Meclisi) yetkilidir. İspanya Anayasasına göre (m. 168), giriş başlığını, birinci başlığın birinci bölümünü (temel haklar, kamu hürriyetleri) ve ikinci başlığı (Tac) etkileyebilecek kısmî bir anayasa değişikliği veya tümüyle yeni bir anayasa teklif edildiğinde, bu değişiklik ilke olarak her iki meclisin üçte iki çoğunluğuyla kabul edildikten sonra, parlamento otomatik olarak feshedilir ve yeni seçilen meclisler de değişikliği üçte iki çoğunlukla onayladıkları takdirde, metin onay için halkoylamasına sunulur.[10]

Venedik Komisyonu, 11-12 Aralık 2009 tarihli anayasa değişikliklerine ilişkin raporunda, değiştirilemez hükümler hakkında şu genel gözlemlerde bulunmaktadır: Anayasaların bazı hükümlerinin veya ilkelerinin değiştirilmez kılınması, kesinlikle hâkim yöntem değildir. Avrupa anayasalarının büyük bölümünde değiştirilmezlikle ilgili kurallar yoktur; olanların çoğu da, bunu anayasanın çok küçük bir bölümüyle, ya da pratikte gerçek bir sınırlama oluşturmayacak derecede muğlak ve genel ilkelerle sınırlandırmışlardır. Değişmezlik konusundaki kuralları incelerken, hükümlerle ilkeler arasında ayrım yapmak gerekir. Nisbeten az sayıda anayasada, belli *hükümlerin* değiştirilemeyeceğini -yani hükmün kelimelerinin değiştiril-

[10] Ergun Özbudun, *Türkiye'nin Anayasa Krizi*, s. 204-207.

mesi yönündeki tekliflerin kabul edilemeyeceğini- ifade eden kurallar vardır [Rapor, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasını bunun başlıca örneği olarak göstermektedir]. Daha yaygın yöntem ise, anayasadaki bazı *ilkelerin* değiştirilemeyeceğini ilân etmektir. Bu, korunan ilkelerin çekirdek unsurları muhafaza edildiği sürece, belli ölçüde bir değişikliğe imkân veren, çok daha esnek bir yaklaşımdır... Komisyon, belli bir milli sistemin değiştirilmezlik konusunda hükümlere yer verip vermemesine ilişkin olarak genel bir görüşe sahip değildir. Bir yandan, birçok anayasal sistem, bunlar olmadan da çok iyi işlediğine göre, bu, anayasacılığın zorunlu bir unsuru değildir. Öte yandan bu tür hükümlere yer veren sistemlerde bu, çoğu zaman, meşru tarihsel sebeplerle açıklanabilir ve normal olarak milli anayasal sistemin aslî bir unsurunu oluşturur. Bununla beraber Komisyon, değiştirilmezliğin, dikkatle uygulanması ve sadece demokratik düzenin temel ilkelerine hasredilmesi gereken, karmaşık ve tartışmalara yol açması muhtemel bir anayasal araç olduğu kanısındadır. Anayasal bir demokrasi, ilke olarak, devlet yönetiminin en temel ilkeleri ve yapılarında dahi değişiklik yapılması hususunda açık bir tartışmaya imkân vermelidir. Üstelik, anayasa, değişiklik konusunda katı kurallara sahipse, bu, normal olarak, kötüye kullanmaya karşı yeterli bir güvence oluşturur; eğer gerekli çoğunluk, belirlenen usûlleri izlemek suretiyle, değişikliği kabul etmek istiyorsa, o zaman bu, genel olarak sınırlandırılmaması gereken demokratik bir karardır... Bu esaslara göre Venedik Komisyonu, genel bir ilke olarak, 'değiştirilemez' hükümlerin yorumlanması ve uygulanmasında sınırlayıcı ve dikkatli bir yaklaşımı savunmaktadır."[11]

1982 Anayasasının, Avrupa anayasaları arasında bu konuda en tipik örneklerinden biri olduğuna kuşku yoktur. 1924 ve 1961 Anayasalarının sadece cumhuriyet ilkesiyle sınırlı tuttuğu değişme yasağı, Milli Güvenlik Konseyinin (Danışma Meclisinin önerisinde de bu yasak, cumhuriyet ilkesiyle sınırlı tutulmuştu) iradesiyle, ilk üç maddeyi, hattâ bazı yorumlara göre onları koruyan 4'üncü maddeyi ve 2'nci maddenin

[11] Venice Commission (bk. n. 2), s. 40-44, para. 206-224.

atıfta bulunduğu *"başlangıçta belirtilen temel ilkeler"*i de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Konsey üyelerinin zihnindeki ideal toplumun temel unsurlarının böylece değişmez kılınması, yukarıda değinilen Portekiz örneğindeki duruma çok benzemektedir.

1982 Anayasasının 4'üncü maddesine göre, *"Anayasanın 1'inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2'nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3'üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez."* Bu maddeden hareketle, Venedik Komisyonu raporundakine benzer şekilde, *"hükümler"* ve *"ilkeler"* arasında ayrım yapılabileceği düşülebilir. Gerçekten 4'üncü madde, 1'inci ve 3'üncü madde *"hükümleri"*nden, 2'nci maddeye ilişkin olarak da *"nitelikler"*den (bunu *"ilkeler"* olarak anlamak gerekir) söz etmektedir. *"Nitelikler"*in esnek şekilde yorumlanmasıyla Venedik Komisyonunun işaret ettiği bu katılığın bir ölçüde yumuşatılabileceği düşünülebilirse de, Anayasa Mahkemesinin şu ana kadarki tutumu, bu konuda fazla iyimser olmaya imkân vermemektedir. Gerçekten Anayasa Mahkemesi, özellikle parti kapatma dâvalarında, 2'inci maddedeki lâiklik ve Atatürk milliyetçiliğine bağlılık ilkeleriyle, 3'üncü maddedeki devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü hükmünü aşırı bir katılıkla yorumlamış ve uygulamıştır.[12]

1982 Anayasasının yarattığı sistemin sorunları bunlarla da bitmemektedir. İkinci maddede değinilen *"toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet"* kavramlarıyla *"başlangıçta belirtilen temel ilkeler"*in de değişiklik yasağının kapsamı içinde, dolayısıyla anayasa yargısı denetiminde birer ölçü norm olup olmadıkları belirsizdir. Böyle oldukları kabul edilirse, son derece

---

12 Ergun Özbudun, *"Party Prohibition Cases: Different Approaches by the Turkish Constitutional Court and the European Court of Human Rights,"* *Democratization*, Vol. 17, No. 1 (February 2010), s. 125-142; Zühtü Arslan, *"Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court,"* *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, Vol. 11, No. 1 (2002), s. 9-25; Fazıl Hüsnü Erdem, *"Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Siyasal Partilerin Kapatılması,"* *Hukuk ve Adalet*, No. 4 (2004), s. 252-301.

muğlak, soyut ve çeşitli yorumlara açık olan bu gibi kavramların anayasa değişikliklerinde önemli bir engel teşkil edeceği ve Anayasa Mahkemesini anayasa değişikliği sürecinin tek ve nihai hakemi ve hâkimi haline getireceği kuşkusuzdur. Türkiye bakımından durumun vehametini arttıran özgül bir faktör de, bu değişmezlik kuralının, demokratik şekilde seçilmiş bir kurucu meclis veya yasama meclisinin iradesiyle değil, askerî müdahaleyi gerçekleştiren beş generalin iradesiyle konulmuş ve demokratik meşruluktan tümüyle yoksun bir halkoylamasıyla onaylanmış bulunmasıdır. Kanımca, değil böyle olağanüstü şartlar altında ve demokratik yöntemlerden en uzak biçimde hazırlanmış bir anayasanın, mümkün olan en demokratik şekilde ve tüm toplumun oydaşması ile kabul edilmiş bir anayasanın bile, gelecek kuşakları ebediyen bağlamaya hiçbir hukuki, siyasi ve ahlaki hakkı yoktur.

Bir anayasa değiştirilemez hükümler ihtiva ettiği takdirde, anayasa değişikliklerinin bu hükümlere uygunluğunun anayasa yargısınca denetlenip denetlenemeyeceği ayrı bir konudur. Bu konuda, Venedik Komisyonunun yukarıda anılan 2009 tarihli raporunda (bkz. n. 2) şu ifadeler yer almaktadır:

"Bir anayasanın değiştirilemez hükümler veya ilkeler ihtiva etmesi bir şeydir. Bu değiştirilemezliğin hukuken uygulanabilir olması, yani mahkemeler veya özel bir anayasa mahkemesince esas yönünden denetime tâbi olması, başka bir sorundur. Bu ikisi arasında otomatik bir bağlantı, ya da zorunlu bir mantıkî korelasyon yoktur. Değiştirilemezlik üzerinde bir yargısal denetim olmasa bile, bu hükümler gene de, sınırlandırıcı etkilere sahip deklarasyonlar olarak siyasal ve pratik bir fonksiyon görebilirler. Başka bir deyişle, değiştirilemezlik hükümleri, çoğu zaman "katı hukuk" değillerdir. Dolayısıyla bunlara uyulup uyulmaması, uyuşmazlıkların çözümü için biçimsel yöntemlere başvurmanın mümkün olmadığı birçok siyasal sorunda olduğu gibi, uygulamaya bırakılmıştır. Avrupa anayasal geleneğinde temel model, birçok anayasada değiştirilemez hükümlerin veya ilkelerin bulunmaması, bulunanlarda da bunların çoğunun hukuken uygulanabilir nitelik taşımamasıdır. Ancak, böyle oldukları ülkeler de vardır... Bazı ülkelerde yargısal denetim, mahkemelerin kendilerini anayasa

koyucunun üzerine çıkaramayacakları gerekçesiyle reddedilmiştir. Diğer bazı ülkelerde anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi teorik olarak mümkün olmakla birlikte, pratikte hiç uygulanmamıştır. Zaman zaman anayasa değişiklikleri üzerinde yargısal denetim gerçekleştiren ülkelerde dahi, anayasa değişiklikleri hiçbir zaman olmasa da çok ender olarak değiştirilemez ilkeleri veya hükümleri ihlal gerekçesiyle iptal edilmektedir" (para. 225-228).

Bu konuda Avrupa'dan verilebilecek iki örnek, ilk bakışta karşıt gibi görünmekle birlikte, Fransa ve Almanya örnekleridir. Fransız Anayasa Konseyi, çeşitli kararlarında, gerek Fransız Anayasasında kendisine böyle bir yetki veren bir hükmün olmayışı, gerek kurucu iktidarın egemen oluşu gerekçesiyle, böyle bir denetim yapmayı reddetmiştir: *"Kurucu iktidarın egemen olduğu nazara alındığında, anayasal değerdeki hükümleri dilediği gibi kaldırmak, değiştirmek veya tamamlamak yetkisi ona aittir."*[13] Macaristan, Slovenya ve İrlanda anayasa mahkemeleri de benzer kararlar vermiştir.[14] Alman Anayasa Mahkemesi ise, anayasa değişikliklerini değiştirilemez hükümlere uygunluk açısından denetleyebileceği görüşünde olmakla birlikte, şu ana kadar herhangi bir anayasa değişikliğini iptal etmiş değildir. Avusturya Anayasa Mahkemesi bazı iptal kararları vermiş olmakla birlikte bunlar, esas değil, şekil denetimi kapsamındadır.[15]

Venedik Komisyonu, anılan raporunda atipik olarak gördüğü Türkiye'ye uzun bir yer ayırarak, şu gözlemlerde bulunmaktadır:

"Komisyona göre Türkiye örneği, bir mahkemenin, anayasa koyucu tarafından açıklıkla belirlenmiş demokratik yöntemler izlenerek kabul edilmiş anayasa değişikliklerini iptal etmek için, değiştirilemez hükümleri fiilen uygulamasından doğabilecek potansiyel sorunları

---

13 Fransız Anayasa Konseyi kararı, No. 92-312, 2 Eylül 1992, para. 34 (not 2'de değinilen Venedik Komisyonu raporundan naklen, para. 229).

14 Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study* (Bursa: Ekin Press, 2008), s. 12-19.

15 *A.g.e.*, s. 34-40.

göstermektedir. Komisyon, bir anayasa değişikliğinin yargısal denetiminin, olağan kanunların yargısal denetimi ile karıştırılmaması gerektiğini de vurgulamaktadır. Bunlar, gerek ilke düzeyinde, gerek uygulamada çok farklı iki şeydir. Birincisi, bazı ülkelerde kabul edilen ilke, anayasa koyucunun, anayasanın efendisi olduğu ve aynı anayasanın kurduğu diğer devlet organlarının denetimine tâbi olmaması ilkesidir. İkincisi, hemen hemen bütün ülkelerde, anayasayı değiştirme usûllerinin, tipik olarak nitelikli bir demokratik çoğunluk, zaman aralıkları, bazen yeni seçimler veya bir halk oylaması gibi, olağan kanunlardan çok daha sıkı olmalarıdır. Bu gibi zorunluluklar, normal olarak, kötüye kullanmaya karşı güçlü bir güvence oluşturur. Bu tür usûller izlenerek kabul edilmiş anayasal kararlar, genellikle çok yüksek bir demokratik meşruluk derecesine sahiptirler; bir mahkemenin bunları iptal etmekte son derece isteksiz olması gerekir. Bu gerekçeyle Komisyon, anayasa değişikliklerinin esas yönünden yargısal denetiminin, yalnızca bunun açık ve yerleşik bir doktrine dayandığı ülkelerde ve orada dahi anayasa koyucuya bir takdir hakkı tanıyarak dikkatle gerçekleştirilmesi gereken, sorunlu bir araç olduğu kanaatindedir" (para. 234, 235; keza, 250, 251).

Bu düşünceler ışığında, Türkiye'de anayasal değişikliklerin yargısal denetimi sorununun, Türk demokrasisinin halen karşı karşıya bulunduğu en ciddi sorunlardan birini oluşturduğunda kuşku yoktur. 1961 Anayasası döneminden itibaren tartışma konusu olan bu sorun, Anayasa Mahkemesinin 2008 yılında Anayasanın 10 ve 42'nci maddelerinin iptaline karar vermesiyle, daha da ciddi boyutlara ulaşmıştır. 1961 Anayasasının ilk metninde Anayasa Mahkemesinin bu konuda bir denetim yetkisine sahip olup olmadığı hakkında bir hüküm bulunmamasına rağmen, Mahkeme 1970 yılında verdiği bir kararda, anayasa değişikliklerini *"gerek biçim, gerekse esas yönünden"* denetleyebileceğini ileri sürerek, anılan anayasa değişikliğini iptal etmiştir.[16] 1961 Anayasasının 1971 yılında 1488 sayılı Kanunla gerçekleştirilen geniş kapsamlı değişikliğinde, muhtemelen Anayasa Mahkemesinin bu kararına karşı tepki

[16] Anayasa Mahkemesi kararı, E. 1970/1, K. 1970/31, 16.6.1970, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi* (AMKD), Sayı 8, s. 323.

ERGUN ÖZBUDUN'UN TEBLİĞİ

olarak, Anayasanın 147'nci maddesi, anayasa değişikliklerinin denetimini, *"Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğu"*nun denetlenmesiyle sınırlandırmıştır. Bu değişikliğin gerekçesinde, *"Anayasanın sadece kanunlara ve içtüzüklere hasrettiği bir denetleme yetkisinin, Anayasa Mahkemesince, Anayasa değişikliklerine teşmil edilemeyeceği tabiîdir... Bu denetim yetkisinin, Anayasa değişikliğinin, sadece teklif, müzakere ve kabul edilmesine ait Anayasa hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunup bulunmadığı noktasına münhasır olduğu, esasa teşmil edilemeyeceği... tesbit olunmuştur"* denilmektedir.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, 1971 Anayasa değişikliğinden sonra da, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu denetlemeye devam etmiş ve 1970'li yıllarda dört anayasa değişikliğini daha iptal etmiştir. Burada Mahkemenin dayandığı gerekçe, 1961 Anayasasının tek değiştirilemez hükmü olan Cumhuriyet ilkesinin, sadece Cumhuriyet kelimesini değil, Anayasada nitelikleri belirlenmiş Cumhuriyet rejimini ifade ettiği, bu değiştirilemez hükme aykırılığın da aynı zamanda bir şekil sorunu olduğudur.

1982 Anayasa koyucusu, gene muhtemelen bu kararlara karşı tepki olarak, şekil yönünden denetimin kapsamını daha da açıkça tanımlama yoluna gitmiştir. Anayasanın halen yürürlükte olan 148'inci maddesine göre, anayasa değişikliklerinde şekil yönünden denetim, *"teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır."*

Anayasa Mahkemesi, 2008 yılına gelinceye kadar Anayasanın bu hükmüne uygun davranmış ve anayasa değişikliklerinin iptaline ilişkin üç başvuruyu, bunların 148'inci maddede sayılan şekil bozuklukları ile ilişkili olmadıkları gerekçesiyle reddetmiştir. Meselâ Mahkemenin 5.7.2007 tarihli kararında bu husus, çok açık olarak ifade edilmiştir: *"Anayasa'nın 148'inci maddesinde, Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisi, teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlandırılmıştır. Esas yönünden denetime olanak tanınmadığı gibi, 148. maddede tüketici biçimde sayılan koşulların*

dışında şekil yönünden denetim yapılması olanaksızdır."[17] Ancak Mahkeme, 2008 yılında bu içtihadını anlaşılmaz bir şekilde değiştirmiş ve Anayasanın 10 ve 42'nci maddelerini değiştiren 5735 sayılı Kanunu iptal etmiştir. Bu kararıyla Anayasa Mahkemesi, 1970'li yıllardaki muhakeme tarzına geri dönmüş ve değiştirilemez maddelere aykırılığı bir şekil sorunu olarak görmüştür.[18]

Anayasa Mahkemesinin gerek 1961, gerek 1982 Anayasaları döneminde gösterdiği bu yargısal aktivizm, Türk anayasa hukuku doktrininde sert eleştirilere konu olmuştur. Meselâ Prof. Mümtaz Soysal, Mahkemenin 1970'li yıllardaki kararları hakkında şunları söylemektedir: *"Bu çok tehlikeli bir gerekçe. Sonunda toplumu 'yargıçlar devleti' denen bir anlayışa götürmesi, halkın oylarıyla kurulmuş bir parlamentonun elindeki değiştirme yetkisini hiçe indirmesi mümkün. Anayasa Mahkemesindeki yargıçlar, Cumhuriyetin temel niteliklerini belirli bir yönde yorumluyorlar diye, o tutuma aykırı düşen bütün değişiklikler iptal edilecek ve dolayısıyla ulus bu alandaki yetkisini kendi temsilcileri aracılığıyla da olsa kullanamaz duruma mı gelecektir? Anayasa Mahkemesi üyeleri, 'cumhuriyet' sözüne Anayasanın başka ilkelerini ekleyerek o ilkelere de değişmezlik kazandırma yetkisini nereden almaktadırlar?"* Bu durumda Anayasa Mahkemesi, *"devlet sistemi içinde kendisine tanınan yeri aşıyor demektir."*[19]

---

17 Anayasa Mahkemesi kararları, E. 1987/79, K. 1987/15, 18.6.1987, *Resmî Gazete*, 4 Eylül 1987, Sayı 19564, s. 22-26; E. 2007/72, K. 2007/68, 5.7.2007, *Resmî Gazete*, 7 Ağustos 2007, Sayı 26606; E. 2007/99, K. 2007/86, 27 Kasım 2007, *Resmî Gazete*, 16 Şubat 2008, Sayı 26792.

18 Anayasa Mahkemesi kararı, bk. n. 3. Türk Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklikleri üzerindeki denetimi sorunu hakkında, bk. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 10. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), s. 169-177; Ergun Özbudun, *"Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi," Ankara Üniversitesi SBF Dergisi: Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan*, No. 62 (3) (Temmuz-Ağustos 2007), s. 258-268; Ergun Özbudun, *"Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey," European Public Law*, Vol. 15, Issue 4 (December 2009), s. 533-538; Kemal Gözler, *a.g.e.*, s. 40-49; Osman Can, *"Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu," Ankara Üniversitesi SBF Dergisi: Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan*, s. 101-139; Serap Yazıcı, *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine*, s. 199-213.

19 Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı* (İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1976), s. 218-219.

ERGUN ÖZBUDUN'UN TEBLİĞİ

Prof. Erdoğan Teziç de, 1961 Anayasası dönemine ilişkin olarak aynı görüşleri dile getirmektedir:

"Yasama organının, Anayasanın 155. maddesine göre Anayasayı değiştirme yetkisini kullanırken, muhtevaca sınırlandırıldığı 9. madde (Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez) dışında, mutlak bir takdir yetkisi vardır... Kendi içinde değişebilirliğini öngören bir Anayasanın açıkça yasakladığı istisna dışında, bazı hükümlerin dondurulmuş ve mutlak nitelikte olduğu görüşü, her şeyden önce pozitif bir temele dayanmamaktadır. Kurucu iktidar, Anayasanın değiştirilebileceği kuralını açık ve seçik bir şekilde koymuş, bunun dışında, istisnai olarak, Anayasanın değiştirilemeyen maddesini de belirtmiştir. Bu istisnanın genişletilmesine, pozitif hukuk açısından hiçbir imkan yoktur. Anayasanın 155. Maddesindeki usullere uyulmak şartıyla, değiştirilemeyecek bir hüküm yoktur. Anayasa Mahkemesinin, yapılacak bir değişiklikten sonra, bunu Anayasanın ruhuna aykırı görerek iptal etmesi halinde, asıl büyük tehlike, Mahkemenin, kurucu iktidarın da üstünde bir güç haline gelmesidir."[20]

1961 Anayasası dönemine ilişkin bu eleştirilerin, 1982 Anayasası bakımından da geçerli olduğunda kuşku yoktur. Gerçi 1982 Anayasası, sadece Cumhuriyet ilkesine değişmezlik tanıyan 1961 Anayasasından farklı olarak, ilk üç maddesini değiştirilemez olarak ilân etmişse de, öte yandan şekil yönünden denetimin kapsamını selefinden daha açık şekilde tanımlamış ve sınırlandırmıştır. Gerçekten, 1971 yılında değiştirilen 147'nci madde, sadece *"Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygun"*luktan söz ettiği halde, 1982 Anayasasının 148'inci maddesi hangi şekil bozukluklarının denetlenebileceğini *"teklif ve oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı"* tutmuştur. Anayasa metnindeki *"sınırlıdır"* kelimesinin, bu denetimin başka hususlara teşmil edilemeyeceğini ifade ettiği açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, yukarıda alıntıladığımız 5.7.2007 tarihli kararında de-

---

[20] Erdoğan Teziç, *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972), s. 133-134.

netime konu olabilecek şekil bozukluklarının Anayasada *"tüketici biçimde"* sayılmış olduğunu kabul etmiştir. Dolayısıyla, 1961 Anayasası döneminde *"şekil"* deyiminin, çok tartışmalı ve bizce kabul edilemez bir yorumu yoluyla, Cumhuriyetin niteliklerine uygunluğu da kapsayabileceği bir an için varsayılsa dahi, 1982 Anayasasının 148'inci maddesinin açık hükmü karşısında buna da imkan yoktur.

Lâfzî yorumun ulaştırdığı bu sonuçların ötesinde ve ondan da önemli olarak, Anayasa Mahkemesinin her iki Anayasa dönemindeki aktivizminin, özü, niteliği ve sonuçları açısından aynı olduğunda kuşku yoktur. Her iki dönemde de, Anayasa Mahkemesi, pozitif hukuk kurallarını aşırı ölçüde zorlayarak bir yetki aşımı, ya da yetki gasbında bulunmuş, halka ve onun seçilmiş temsilcilerine ait olan kurucu iktidarı sahiplenmiştir. 1961 Anayasasının 2'nci maddesinde sayılan Cumhuriyetin nitelikleri ve 1982 Anayasasının 2'nci ve 3'üncü madde hükümleri, o kadar genel, soyut ve farklı yorumlara elverişli kavramları içermektedir ki, bunlardan herhangi biriyle ilişkilendirilemeyecek bir anayasa değişikliği tasavvur etmek çok güçtür. Böyle bir yorum kabul edilirse, artık Anayasa Mahkemesinin onaylamadığı hiçbir anayasa değişikliği yapılamayacak, diğer bir deyimle kurucu iktidar, tümüyle Anayasa Mahkemesine geçmiş olacaktır. Milletlerarası literatürde bunun adı, anayasal veya çoğulcu demokrasi değil, jüristokrasi ya da hâkimler hükûmetidir.

* * *

Av. Vedat Ahsen COŞAR (Oturum Başkanı) - Değerli Hocamıza biz de çok teşekkür ediyoruz.

Sayın Sigrid Boysen; kendileri Berlin Freie Üniversitesinde yardımcı doçent unvanına sahip. Sayın Boysan, adı geçen üniversitede Avrupa hukuku, uluslararası hukuk ve Alman hukuku alanlarında dersler vermektedir. Hukuk doktoru unvanını Hamburg Üniversitesinden almış olan Sayın Boysen, Almanya'da avukat olarak çalışma ruhsatına sahiptir. İlgi alanları arasında Avrupa hukuku, uluslararası hukuk ve çevre hukuku sayılabilir.

Buyurun Sayın Boysen.

ANAYASANIN DEĞİŞTİRİLMESİ

Sigrid Boysen[*]

I. GİRİŞ

Dünyamızda devlet sayısı kadar anayasa vardır ve hemen hemen hepsi belli bir formda hukuki olarak yazılı bir anayasa metninde yer alır. Bu yüzden bütün anayasal düzenlerin temel bir problemi var: Anayasanın değiştirilmesi.

Her anayasa içinde, istikrar ve değişen şartlara uyum gösterme, sabitlik ve esneklik arasındaki temel gerilimi barındırır.[1] Her anayasa sürekliliğe dayanır, aksi takdirde herhangi bir yasadan farkı kalmazdı. Ama her anayasa aynı zamanda, değiştirilmesinde izlenecek yöntemi ve değiştirilmesinin sınırlarını da düzenler. Bu düzenlemeler çok farklıdır. Anayasanın değiştirilmesinin pratiği de farklılık gösterir: Alman anayasası, das Grundgesetz, var olduğu 60 yıl içerisinde çok sık, tam olarak söylemek gerekirse 57 kez, değiştirilmiştir. Yani, ortalama olarak her yıl bir kez değiştirilmiştir; ancak yapılan değişikliklerin çoğu, çok sayıda normun değiştirilmesini içermektedir. Aynı zaman dilimi içinde Japonya'nın anayasası, benzer şekil-

---

* Doç. Dr., Berlin Freie Üniversitesi
Çeviren: Deniz Dursun

1 *G.F. Schuppert*, Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht, AöR 120 (1995), S. 32 ff.

SIGRID BOYSEN'İN TEBLİĞİ

de savaş sonrası ürünü olması ve devletin ve toplumun köklü gelişmelere uğradığı dönemlerden geçmesine rağmen, bir kez bile değişikliğe uğramamıştır. Amerika Birleşik Devletleri'nin anayasası 200 yaşını geçmiş olmasına rağmen sadece 27 kez değiştirilmiştir. (İlk on değişiklik ilk dört yıl içinde Bill of Rights sebebiyle gerçekleşmiştir.)

II. KENDİLİĞİNDEN ANLAŞILAMAYAN, BİR YETKİ OLARAK ANAYASAYI DEĞİŞTİRME

Anayasaların değiştirilmesine ilişkin sorun, diğer yasaların değiştirilmesine ilişkin sorundan çok daha problemlidir: Anayasalar özel bir doğruluk iddiası, özel bir sonsuzluk pathosu içerirler. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi buna sadece bir örnektir. Bu bildirge, *"tüm zamanlar ve tüm ülkeler için doğruları,"* taşıdığı iddiasi ile ortaya çıkmıştır.[2] Doğrular, bilindiği gibi zaman aşımına uğramazlar, tekrarlanabilirler ama geride bırakılamazlar.[3] Hukuk normları için bu geçerli değildir. Yeni tarihli çıkan kanun, eskisinin yerine geçer. Anayasa, sair yasaların üzerindedir ve bu nedenle yasa koyucuyu bağlayan yasadır. Anayasanın önceliği demek, yasa koyucunun, demokrasi ile seçilmiş olanının da, alt sırada kalması demektir. Bu çerçeveden bakıldığında anayasanın değiştirilmesi *"kendiliğinden anlaşılamayan"*[4] bir yetkidir: Asıl norm koyucunun kendisi değil, bir başkası, alt sıradaki yasa koyucu bu değiştirme yetkisine sahiptir. Anayasayı değiştirme gücünün bu bağlamda, anayasayı düzenleyen güç ile diğer yasa koyucu güç arasında kalan, özel bir yeri vardır.[5] Bu, anayasanın devrim niteliği ve onun devrim yapıldıktan sonra rutinleşmesi arasında sağlanan bir uzlaşmadır.

---

2 Ulusal mecliste milletvekili *Duport*'un insan hakları bildirgesi ile ilgili görüşmeler sırasında 18.8.1789 tarihinde yaptığı konuşmadan, *J. Mavidal/E. Laurent/E. Clavel* (Editörler), Archives Parlementaires de 1787 à 1860, Bd. VIII, 1875, S. 451'den alıntı yapılmıştır.

3 *H. Dreier*, Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat, 2009, S. 15.

4 *C. Schmitt*, Verfassungslehre (1928), 8. Auflage, 1993, S. 102.

5 *J. Masing*, Zwischen Kontinuität und Diskontinuität: Die Verfassungsänderung, Der Staat 44 (2005), S. 1 (4).

Anayasayı değiştiren gücün bu özel karakteri, pek çok anayasal düzende, anayasa değişikliği yöntemi, diğer yasa yapma yönteminden belirgin bir şekilde ayrı tutularak, hatta anayasa değişikliği yöntemi anayasa koyma yöntemine yaklaştırılarak, göz önünde tutulur. Bu bağlamda anayasayı değiştirme yönteminin klasikleşmiş bazı yapı taşları vardır:[6]

- Öncelikle genelde yaygın bir uzlaşma aranır, yani anayasa değişikliği için yapılan oylamada üçte iki ya da beşte üç gibi özel çoğunluklar gereklidir.[7]

- Anayasanın değiştirilmesi uygulamada hiç bir zaman, bu halk tarafından seçilmiş parlamento olsa bile, tek bir organın yetkisi dahilinde değildir. Genelde, iki meclisin ya da parlamento ve cumhurbaşkanının veya parlamento ve halkın beraber hareket etmesi gereklidir.

- Buna ek olarak, anayasa değişikliğinin önemine vurgu yapan, belirli, yinelenen şekil ve yöntem düzenlemeleri vardır. Örneğin, oylamaların tekrarlanması emri[8], belirli süreler veya metin güvencesini sağlayan şartlar, yani anayasada değişiklik yapıldığının anayasa metninde de görülmesini sağlayan düzenlemeler. Bu tür bir metin güvencesini sağlayan düzenleme Almanya Anayasası'nın 79. maddesi 1. paragrafında mevcuttur.

- Federal devletlerde ayrıca anayasa değişiklikleri sıklıkla farklı eyaletlerin onayına bağlıdır. Bu özellikle ABD Anayasası için geçerlidir.

- Çoğunlukla anayasa değişikliği halk oylamasına bağlanır

---

6 *B.-O. Bryde*, Verfassungsentwicklung: Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1982, S. 51 ff.; *K. Loewenstein*, Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung, 1961, S. 27 ff.; *J. Masing*, Zwischen Kontinuität und Diskontinuität: Die Verfassungsänderung, Der Staat 44 (2005), S. 1 (4 ff.).

7 Örneğin: Almanya Anayasası 79. madde 2 . paragraf, Avusturya Anayasası'nda 44. madde 1. paragraf, Fransız Anayasası'nda 89. madde 3. paragraf.

8 Örneğin: Danimarka Anayasası 88. maddesi, Yunanistan Anayasası 110. madde 2. ve 4. paragrafları, Hollanda Anayasası 137. madde, 3. ve 4. paragrafları

SIGRID BOYSEN'İN TEBLİĞİ

ve bu şekilde (devlet gücünün gerçek taşıyıcısı olan) halkın, anayasa değişikliğine direkt katılımı talep edilir.

Sonuç olarak bazı anayasal düzenlerde, diğer yasa yapım yöntemleri ile anayasa değişikliğinin niteliksel olarak çok açık bir şekilde farklılık gösterdiği söylenebilir. Türkiye'deki düzenleme de buna bir örnektir: Türkiye Anayasası'nın 175. maddesi anayasa değişikliğine nitelikli çoğunluk ile izin verir, Cumhurbaşkanı için belirli hareket seçenekleri içerir ve belirli şartlar altında da halk oylamasını öngörür. Diğer bazı devletlerde ise normal yasa çıkarma usulü ile anayasa değişikliği arasındaki fark, neredeyse fark edilemeyecek kadar azdır. Anayasa değişikliği bu devletlerde sadece yasa çıkarma usulündeki ufak değişiklikler ile gerçekleşir. Örneğin Almanya'da Federal Meclis ve Federal Temsilciler Meclisi'nde üçte iki çoğunluk gereklidir.[9] Bunun yüksek bir çıta olmadığını 60 yıl içinde yapılan 57 değişiklik göstermeye yeter. Üçte iki çoğunluğun ayrıca problemli bir yan etkisi vardir: Genelde iki büyük siyasi tarafın işbirliği sayesinde bu sayıya ulaşılabileceği için, anayasa değişiklikleri büyük ölçüde uzlaşmacı şekilde sonuçlanırlar. Çözümlenmeyi bekleyen problemler sıklıkla, sadece farklı taraflara çekilebilecek bir anayasal uzlaşma şeklinde çözümlenir ve Federal Anayasa Mahkemesi'nin yorumuna emanet edilir.[10]

Farklı düzenlemeler içeren usüllerin sonuçları, şematik olarak gözlemlemeye uygun değildir: Fransa'da ihtilalden sonra anayasayı değiştirmenin çıtası o kadar yukarıya çekilmişti ki, pratikte böyle bir değişikliğin gerçekleşmesi imkansızdı. Bunun sonuçları, tekrarlanan devrimlerle mevcut düzenin yıkılması ve 50 yıl içinde sekiz yeni anayasanın gelmesi oldu: 1791, 1793, 1795, 1799, 1814, 1830, 1848, 1852. Anayasa değişikliği için yüksek çıtaların konulmasının değişikliklerin sayısını azalttığı, ama bunun illa da

---

9 Bununla ilgili eleştiriler için bkz.: *B.-O. Bryde*, Verfassungsentwicklung: Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1982, S. 54; *D. Grimm*, Verfassungsreform in falscher Hand?, in: ders., Die Verfassung und die Politik, 2001, S. 58 ff.; *H. Dreier*, Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat, Juristenzeitung 1994, S. 741 (744 ff.); *J. Masing*, Zwischen Kontinuität und Diskontinuität: Die Verfassungsänderung, Der Staat 44 (2005), S. 1 (10 ff.).

10 Ph. Kunig, Kontinuität und Veränderung im Verfassungsrecht, 2009.

yaşam süresinin de kısalması anlamına gelmediğini, ABD Anayasası örneği gösteriyor: Burada anayasayı geliştirmenin başka bir yolu olarak Yüksek Mahkeme'nin (Supreme Court) yargı yetkisi kullanıldı.

III. DEVRİM YERİNE ANAYASANIN DEĞİŞTİRİLMESİ

Temel düzen hakkındaki kararı yansıtan, siyasi topluluğun yapı planını oluşturan anayasa, aslında neden değiştirilsin? Anayasa metnini el değmemiş halinde bırakmak için çok fazla neden yok mu? İlk bakışta değiştirilebilmesi olanağı, anayasanın istikrarlılık iddiasını sarsıyor. Öte yandan anayasa değişen yaşam dünyasına ayak uydurmalı, yeni gelişen kriz ve çatışmalara cevap verebilmeli. Bu bağlamda, biraz önce sorulan sorunun cevabı çıkıyor: Anayasa değişikliği, kimlik değişimine gerek kalmadan, hukuk kurallarının değişimini sağlıyor. Yasal döküman değiştiriliyor, ama yeniden yapılandırılmıyor. Anayasa değişikliği bu şekilde bir devrimin yerine geçiyor.[11] Temelde anayasa en az iki bölüme ayrılabilir: Anayasanın esası, yani anayasada hep aynı kalan ve anayasanın istikrarını emniyet altına alan şey ve değişebilen diğer düzenlemeler.

ABD'de 27 düzeltmeye, yorum yoluyla yapılan kökten değişimlere rağmen, halen 1787 anayasası yürürlüktedir ve bu yüzden de bir kült olarak el üstünde tutulmaktadır. Almanya anayasası bu güne kadar yapılan, pek çok kısmını kökten değiştiren, çoğunluğun bir bozulma olarak nitelendireceği 57 değişikliğe rağmen, hala 1949'un anayasasıdır. Bu anlamda değiştirme mekanizması, anayasanın süregelen geçerliliğini garanti altına alandır. Anayasa bu şekilde öğrenebilen bir sisteme dönüşür.[12]

Anayasa değiştiren güç, yapıtın aslını ne derecede değiştirebilir? *"Devrim yerine anayasanın değiştirilmesi"* fikri, anayasanın değişimi, içeriğin tamamen değişmesi, çekirdeğinin çıkarılma-

---

11 Buna ilişkin *W. Dellinger*, The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process, Harvard Law Review 97 (1983/84), S. 386 (431): *"domestication of the right to revolution"* olarak anayasa değişikliği.

12 *H. Dreier*, Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat, 2009, S. 47; *N. Luhmann*, Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems, Der Staat 12 (1973), S. 1 ff. und 165 ff.

sı, temel meşruiyet ilkelerinin değişimine yol açması anlamına gelebilir mi? Bu soruyu cevaplamak göründüğü kadar kolay değil. Bunu Alman tarihine bir bakışla, özellikle birinci ve ikinci dünya savaşı arasındaki, ilk tam demokratik Alman anayasası olan Weimar Anayasasının geçerli olduğu zamana bakarak görmek de mümkündür.

Weimar Anayasasi döneminde özellikle cumhuriyet ve onun demokratik temellerinin taraftarları, anayasanın değiştirilmesinin kısıtlanmasına karşı çıkanlardı. Neden karşı çıkmasınlardı ki? Anayasanın kendisi sonuçta, yasa koyucunun öngörülen çoğunluk ile anayasayı değiştirebileceğini öngörüyordu. Sınır çizgisi böyle bir durumda nerede çizilmeliydi? Bu durumda denilebilir ki, sistemin kendi istikrar kuvvetlerine güvendiler. Bunun dışında, anayasal düzenin, eğer değiştirme yetkisi çok kısıtlanırsa, değişim baskısı yüzünden çökebileceğinden korkuyorlardı.[13] Çelişkili bir biçimde, siyasi açıdan cumhuriyete karşı olan yazarlar, anayasa değişikliğinin sınırlandırılması gerektiğini savunuyorlardı. Bu problem hiçbir zaman gerçekten önemli bir hale gelmedi: Weimar Anayasası, nasyonal sosyalistler tarafından radikal bir şekilde değiştirildiğinde, 76. maddeyi öne sürerek onlara bu değişikliği yasaklamak isteyecek kimse ortaya çıkmadı.

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, *"das Grundgesetz"*, bu tarihi tecrübeye 79. madde 3. paragraftaki sonsuzluk garantisi ile cevap veriyor. Bu madde anayasa değişikliğinin içerik olarak sınırlarını belirliyor. İnsan onuru ve böylece insan haklarının çekirdeği, yapısal anayasal tercihler, demokrasi, sosyal devlet ilkesi, cumhuriyet prensibi, federal devlet özelliği ve hukuk devletini oluşturan temel ilkeler bu madde ile anayasal değişiklikten muaf tutuluyorlar. Yani, anayasa koyucunun sistemin siyasi çekirdeği olarak belirlediği hiçbir şey değiştirilemez. Bu, siyasi bir felaketten henüz çıkıldığında son derece tipik bir düzenlemedir: Politikaya güven sıfır noktasında, çare doğal hukukta veya diğer sonsuza dek var olacak genel kurallarda aranıyor ve bunlar anayasaya yazılıyor.

---

[13] *R. Thoma*, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen (1929), in: ders., Rechtsstaat - Demokratie - Grundrechte, hrsg. von H. Dreier, 2008, S. 173 (213 f.).

Türkiye'nin de aralarında bulunduğu başka devletlerde de[14] anayasa değişikliklerinin içerik olarak sınırlarını belirleyen düzenlemeler bulunmaktadır. Anayasanın değiştirilebileceği temelde kabul ediliyor, ama bu değişiklikler içerik yönünden sınırsız değil. Alman Anayasası'nı yapanlar tabii ki bu tip bir *"kendini ebedileştirme"*[15] sayesinde, devrimle gelen darbelere karşı kesin bir bariyer oluşturulmamış olduğunun farkındaydılar. Görünüşte hukuka uygun olan bir diktatörlüğe geçişi engellemek amaçlanmıştı.[16] Temel Yasa (Grundgesetz) ile oluşturulmuş anayasal düzene karşı yapılan her totaliter-devrimci müdahalenin 'hukuka uygunluk maskesi'[17] yırtılmalıydı.

Anayasayı değiştiren yasa koyucuya, içerik açısından konulan bu tür sınırlamanın da, tabii ki bir bedeli var. Hatta demokrasi açısından yüksek bedellere sebep oluyorlar. Belirli garantiler betonlaştırılıp, demokratik isteme dayanan hareketin etkisinden çekiliyor. Hür anayasal düzenin kimliğinin belirlenmesine yönelik karar verme yetkisi, anayasayı değiştiren yasakoyucunun elinden alınıyor. Federal Anayasa Mahkemesi eski yargıçlarından *Ernst-Wolfgang Böckenförde*'nin sorduğu gibi, *"yaşam düzenini oluşturan temel değerleri ve siyasal düzeninin şeklini, hukuki zorunluluk ile dokunulmaz olarak, kendisi ve gelecek nesiller için, onların kendileri adına karar verme haklarını baştan ellerinden alarak belirlemek zorunda hissediyorsa, halkın kendine"*[18] nasıl bir güveni olduğu sorusu, yöneltilebilir.

Aslında, en azından anayasanın ebediyet maddesi, Almanya'ya özel, halka ve demokrasiye olan bir güvensizliğin ifadesidir. Koruma ve istikrar, anayasal uzlaşmanın egemen

---

14 Portekiz Anayasası (Madde 288) ve Çek Cumhuriyeti Anayasası (Madde 9, paragraf 2)

15 *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 474.

16 Konuyla ilgili parlamenter danışma kurulunda yapılan tartışmalar için bakınız: JöR 1 (1951), S. 579 ff., özet bir sekilde *H. Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 2. Auflage, 2006, Art. 79 Abs. 3 Rn. 4 ff.

17 *Thomas Dehler* (FDP) parlamenter danışma kurulu 36. oturumunda, 12.01.1949 tarihinde, Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, 1948/1949, S. 454.

18 *E.-W. Böckenförde*, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: H. Ehmke (Hrsg.), Festschrift für Adolf Arndt, 1969, S. 53 (75)

SIGRID BOYSEN'İN TEBLİĞİ

tarafından sürekli yenilenmesinde değil, -bir Alman imparatoru veya Prusya kralı artık olmadığından- Federal Anayasa Mahkemesi'nin himayesine bırakılmış anayasal sabitleştirmelerde, aranmaktadır.[19] Bu bağlamda, başka durumlara ilişkin eski bir problem ortaya çıkıyor. Bu durum, Alman ebediyet maddesi, sadece hür demokratik temel düzenin çekirdeğini oluşturanları kapsamakla kalmadığı için, daha da belirginleşiyor.[20] Kuşkusuz, hukuk devleti olma ilkesi, temel haklar ve demokrasi bu çekirdekte yer alıyorlar. Ancak bunların dışında, sosyal devlet ilkesi, cumhuriyet ve federal devlet ilkesi gibi - uluslararası bir karşılaştırmadan da anlaşılacağı üzere- hür demokratik bir anayasal düzenin vazgeçilmez unsurları olmayan ilkeler de değiştirilemeyen çekirdeğin içinde sayılıyor. Buna ek olarak, ebediyet garantisi altında yer alan anayasa ilkelerinin hepsinin, fazla geniş yorumlanmaları riski bulunuyor.

Ebediyet garantisinin sınırlarının aşılmamasını, Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi denetler. Bu Anayasa'nın hiç bir yerinde yer almaz ve aslında bir anayasa mahkemesinin anayasayı değiştiren kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemesinin olanaksız olduğunu iddia etmek için, pek çok iyi neden ortaya konulabilir. Ancak, Federal Anayasa Mahkemesi bu yetkiyi başından beri kendisinde görmüştür ve bugün herkes bunu tabii bulmaktadır. Mahkeme bu yetkisini cömertce ele alır: Anayasa değişikliğinde, sadece usul bakımından gerekliliklerin uygun şekilde yerine getirilip getirilmediğini denetlemekle görevlendirilmiş Türk Anayasa Mahkemesi'nden farklı olarak, Alman Anayasa Mahkemesi kapsamlı bir denetleme yetkisine sahiptir. Bu yüzden, denetlemenin usul maddeleri ile sınırlı olması ve içerik açısından denetleme ile ilgili olan hukuki problemler Almanya'da bulunmaz. Bu durumda, usul maddelerini öne sürerek dolaylı olarak bir içerik kontrolünü istemeğe gerek yoktur.

---

[19] *Dreier*, Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat, 2009, S. 63.

[20] Önceki not, S. 67.

Ancak, bu durum problemleri azaltmaz: Anayasa mahkemesi ebediyet garantisinin sınırlarını yorumu ile genişlettiği ölçüde, demokrasi teorisi yönünden doğan sorunlar büyür. Her anayasa değişikliği, -örneğin telefon dinlemesi kararına bir yargıcın dahil olmasının gerekliliği- sonuç olarak Federal Almanya Parlamentosu'nun 2/3 çoğunluğu ve Federal Konsey'in 2/3 çoğunluğu tarafından kararlaştırılır. Sekiz yargıcın en sonda gelip, tersini söylemesi doğru olabilir mi? Bu şekilde düşünülmüş olamaz. Maddenin tarihi arka planına bakıldığında, maddenin sadece insana veya demokratik hukuk devletinin temellerine karşı yapılan aşırı saldırıları engellemeye yönelik önerildiği, her *"normal"* anayasa değişikliğini kapsamadığı görülür.

IV. ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ YASAKLARININ TEHLİKELERİ

Peki anayasa değişikliği yasakları geniş olarak değerlendirildiğinde, bu kadar tehlikeli olan nedir? Bu tarz bir eylemin kayıplar listesinde öncelikle demokratik yasa koyucunun biçimlendirme özgürlüğünün yitirilmesi yer alır. Bununla beraber, dolaylı olarak, ama aynı önemde, siyasi tartışma da tehlikeye girer ve sonuçta vatandaşın ahlaki özgürlüğü de.[21]

Öncelikle demokratik yasa koyucunun biçimlendirme özgürlüğünün kısıtlandırılması hakkında: Burada öncelikle anayasa değişikliğinin temelindeki teorik problem ortaya çıkar. Kurucu neslin (Anayasanın kurucu babaları ve - en azından Almanya'da- kurucu anaları) salt çoğunluğu ile kabul edilmiş anayasayı, daha sonraki anayasa değişikliklerinde, özel usullerle ve hatta içerik açısından belirli yönergelerle alınan anayasa değişikliği konusundaki nitelikli çoğunluk kararlarına karşı, dokunulmaz kılan nedir? Neden dünün çoğunluğu, bugünün çoğunluğundan daha değerli olsun?

Pek çok siyaset teorisyeni, anayasa kurmayı, kolektifin kendini bağlaması veya kendini yükümlülük altına alması olarak

[21] Önceki not, S. 106 ff.

SIGRID BOYSEN'İN TEBLİĞİ

değerlendiriyor. Ama bugün, anayasayı kuran halkın tarih boyunca hep aynı kimliğe sahip olacağını, kim iddia edebilir ki? Yani, 1949 yılındaki Alman halkının, 2010 yılındaki Alman halkı olduğunu? Temelinde yatan istemden doğan hareketin, meşrulaştırıcı etkisini, sonuç olarak bir neslin üzerinde sınırlandırması gerekmez mi? Geçen zaman, kendini bağlamayı bir yabancıyı bağlamaya, otonomiyi heteronomiye dönüştürmüyor mu?[22] Amerika Birleşik Devletleri'nin üçüncü başkanı, *Thomas Jefferson*, bir anayasa devriminin temel ilkeleri gereği, halkın egemenliğini sadece kısıtlı bir süre için yansıttığını, -o zamanlardaki yaşam süresi istatistiklerine dayanarak, 19 yıllık bir süreden bahseder- söylemiştir.[23] Eğer bu, anayasanın tamamının, kısa zaman dilimleri içinde, düzenli olarak kabule açılması demek olsaydı, gerçekten çok rahatsız edici bir çözüm olurdu. Bu, devletin uygulamasında, en kötü anayasa değişikliği düzenlemesinden bile daha zordur; çünkü deneyim gösterir ki, sadece tarihin belirli anlarında anayasa kurucu siyasi dinamik mevcuttur. Sonuç olarak, bu çok ütopik ve hukuka uygun olmayan bir fikirdir, çünkü yasa, temelde bütün gelecek icin geçerli olma varsayımından yola çıkar.

İşte biraz da bu yüzden, siyasi uygulamada, devamlılık ve istikrar fikri, genelde meşruluğun yenilenmesinin, meşhur 'günlük plebisit (plébiscite de tous les jours) fikrinin, önüne geçer. Sadece ABD'nin bazı eyaletlerinde ve İsviçre'nin bazı kantonlarında, zorunlu olarak belirli aralıklarla, anayasanın tamamının denetimi (tümden revizyonu) öngörülür.[24] Anayasanın pozitif olarak baştan kabulü hiçbir yerde istenmez. Hem böyle bir durumda uzlaşma sağlanamaması halinde ne yapılabilir ki? Bu durumda, yeni bir anayasa oluşmaz ve eski anayasa da siyasi açıdan yıkılmış olurdu. Siyasi aklın bir kuralı vardır, bir anayasa ancak eskisinin gerçekten elle tutulacak bir yanı kalmamış ise, ciddi olarak görüşe açılır. İki Almanya'nın

---

22 Bakiniz: *J. Elster*, Ulysses and the Sirens, 1984, S. 36 ff.

23 *Th. Jefferson*, Political Writings, 1999, S. 596.

24 Bkz. Alaska'nın anayasası (Art. 13, § 3), Illinois (Art. 14 Abs. 1 b), Iowa (Art. 10 Abs. 3), başka örnekler icin bkz.: *H. Dreier*, Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat, 2009, S. 35 ff.

birleşmesinden sonra, yürürlükte olan anayasanın sağında ve solunda yapılan bir iki düzeltme ile bırakılmış olması da, bu şekilde anlaşılabilir. Anayasanın 146. maddesinin birleşme sonrası için öngördüğü, yepyeni bir anayasayı gerçekten talep edenlerin sayısı çok azdı.

Anayasanın değiştirilmesine izin veren düzenlemelerin yoruma açıklığı ile ilgili problemler, sadece bunlardan ibaret değildir. Özellikle Almanya'da ebediyet garantisini içeren 79. maddenin 3. paragrafı, özellikle son zamanlarda çok tartışılan başka soruları beraberinde getiriyor. Anayasanın değişiklikten muaf tutulan bir çekirdiği oluşturulduğunda, sürekli olarak anayasayı mitleştirme ve aynı zamanda demokratik yoldan seçilmiş olan yasa koyucunun meşruiyetini elinden alma tehlikesi ile sürekli karşı karşıya kalınıyor. Şu kural ortaya çıkıyor: Anayasal düzen, maddi içerik açısından ne kadar sıkı olursa, anayasayı değiştiren yasa koyucunun, yeni çatışmaları anayasa düzenlemelerle bağımsız bir şekilde ele alma ve kurumlaştırma olanağı o kadar azalıyor.

Bundan siyasi tartışma özgürlüğü de zarar görüyor: Nasıl az gelişmiş olan bir anayasal düzen, siyasi söylemin kendisini tehlikeye sokuyorsa, anayasanın sözde değişmez ilkelerine, yüksek ve üst değerlerine yapılan göndermeler de, tartışmalı olan problemlerin çözümünde yapılması gereken, acil demokratik bir tartışmaya zarar verebilir. Bu tarz bir durumda kişinin, ahlaki açıdan neyin doğru olduğu sorusunu sormasına gerek kalmaz, bunun yerine pasif kalarak, kendisini, objektif geçerliliği olan cevabın anayasanın kendisinde bulunacağı görüşüne teslim edebilir. Her yanı *"değerler"* ile doldurulmuş bir anayasada, sivil vicdanın yeri yoktur. Saydığım bu nedenlerden dolayı, ebediyet garantilerinin uygulanmasında, büyük dikkat ve kısıtlama gereklidir.

V. ALMANYA'DA ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN SINIRLARI

79. Madde 3. paragraftaki ebediyet hükmünün Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne sağladığı, partiler üstü çoğunluk-

SIGRID BOYSEN'İN TEBLİĞİ

la parlamentoda ve federal konseyde kabul görmüş anayasa değişikliğini, *"anayasaya aykırı anayasa düzenlemesi"* ilan etme olanağı, biraz önce çizdiğim arka plan dikkate alındığında, çok sorunlu bir tablo ortaya çıkarıyor. Federal Anayasa Mahkemesi de bunu böyle görüyor ve gerçekten de anayasayı değiştiren yasa koyucuya karşı hareket ederken, diğer yasa koyucuya karşı hareket ettiği anlara göre, daha çok kendini kısıtlıyor. Bugüne kadar hiç bir anayasa değişikliğini, 79. madde 3. paragraftaki ebediyet garantisi yüzünden iptal etmedi.[25] Bunun yerine, genelde düzenlemeyi kısıtlayıcı bir şekilde yorumladı[26] ve değiştirilmiş anayasa hükümlerini sadece bazı durumlarda, insanlık onuru garantisi ışığında anayasaya uygun bir biçimde yorumladı.[27]

Bununla birlikte, Federal Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliği sorunlarıyla çok da meşgul olması gerekmedi, çünkü yapılan değişikliklerin çoğu kendi hesabına yazıldı. Anayasa yargısı yoluyla anayasayı değiştirirken yargıçlar kendilerini, o kadar da kısıtlamadılar. Yöntem uyarınca yapılmış anayasa değişikliklerinin sayısının fazla olması nedeniyle insan şaşırabilir, ama önemli, hatta en önemli anayasa değişiklikleri, bunlara ek olarak, değiştirme yönteminin dışında, yargı eliyle gerçekleştirilmiştir. Sadece ünlü bir örnek vermekle yetinmek istiyorum: Silahlı kuvvetlerin konuşlandırılmasının, yürütmenin yetkisinde olduğu kabul görmüştü ve tabii karşılanıyordu, yani silahlı kuvvetlerin nereye gönderileceğine, federal hükümetin kendisi karar veriyordu. Federal Anayasa Mahkemesi bir anda kararıyla geldi ve ordunun gönderilmesinde parlamentonun onayının gerekliliğine karar verdi. Şimdi, her NATO görevi başlatıldığında veya görev sadece uzatıldığında, federal parlamentoya sorulması gerekiyor. Bu sonuca, tabii ki anayasanın herhangi bir maddesinin zekice bir yorumu ile ulaşmak mümkün değil. Bu bir anayasa değişikliğiydi, üstelik Federal

---

25 Hakime *Jaeger* ve *Hohmann-Dennhardt* 'ın BVerfGE 109, 279 (382 ff.) kararındaki farklı görüşlerine bakınız.

26 BVerfGE 30, 1; E 94, 49 (103).

27 BVerfGE 109, 279.

Anayasa Mahkemesi'nce yapılmış çok da önemli bir değişiklik. Bu tarz durumlarda, hukukun ve politikanın sınırları çatallaşıyor, hatta bazılarının deyişiyle görmezden geliniyor.

VI. SON

Son olarak, daha yeni ve çok tartışılan bir örnek: Federal Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa Birliği Lizbon Sözleşmesi ile ilgili 30 Haziran 2009 tarihli kararı.[28] Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre bu Sözleşme, anayasayı değiştiren yasa koyucuya konulmuş sınırlarla ilgili bir problemi içeriyordu. Kararın sonucu, bir roman kadar uzun: Avrupa'nın entegrasyonu Alman Anayasası yüzünden başarısızlığa uğramıyor, ama Alman Anayasası'nda sınırlarını buluyor. Federal Anayasa Mahkemesi, Avrupa'nın entegrasyonunun geldiği noktayı, Anayasa'nın ebediyet garantisinin gerekleri ile ölçüyor ve şaşırtıcı sonuçlara varıyor. Federal Anayasa Mahkemesi'nin yorumunda Almanya'nın Avrupa'nın entegrasyonuna katılımı -anayasa değişikliği ile de değiştirilemeyecek, sadece bir devrim ile değistirilebilecek olan- Almanya'nın *"bağımsız anayasal düzenine"* dokunulmaması şartına bağlanıyor. Bunun sonucu olarak, AB, temel yapısını üye devletlerin belirlediği, bir devletler birliği olarak kalmak zorunda. Federal Almanya'nın, bir üye devlet konumuna geleceği bir Federal Avrupa Devleti ise, baştan anayasaya aykırı ve anayasanın değiştirilmesi ile de anayasaya uygun hale getirilemez, şeklinde görülüyor. Böyle bir durumda, Federal Almanya Cumhuriyeti bunu değiştirmeye çalışmak zorunda ve hatta en aşırı durumda, Avrupa Birliği'nden üyeliğini çekmekle yükümlü.

Bu konuyu sona bırakmamın nedeni, anayasa değişikliği problemini ve onun sınırlarını mükemmel bir şekilde gözler önüne seriyor olmasıdır. Ancak, daha çok istem dışı ve büyük ihtimalle Federal Anayasa Mahkemesi'nin farkında olmadığı bir şekilde. Çünkü, anayasa değişikliğinin normatif sınırları, deyim yerindeyse, kritik durumlarda son çare olan anayasal

---

[28] BVerfG, 2 BvE 2/08 numaralı 30.6.2009 tarihli karar, link: www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630.

SIGRID BOYSEN'İN TEBLİĞİ

bir araçtır. Bir anayasa mahkemesinin günlük hayatında yerleri yoktur. Eğer Avrupa'nın entegrasyonu gibi son derece karmaşık olan bir süreç, *"ebediyet garantisi"* gibi bir norm ile değerlendirilmeye kalkılırsa, kaçınılmaz olarak ortaya sözünü ettiğim karardaki gibi içi boş genellemeler çıkar.[29]

Alman Romantizmi'nin öncülerinden Friedrich Schlegel'in, belki de Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin aklında tutması gereken bir cümlesi vardır : "Sonsuz bir şey isteyen, ne istediğini bilmez. Ama bu cümleyi tersine çevirmek mümkün değildir."[30]

* * *

Av. Vedat Ahsen COŞAR (Oturum Başkanı) - Herkese tekrar merhaba.

Yarım saat tartışma, soru sorma ve yanıtlama süresi. Eğer sorularınız hazırsa, arkadaşımız toplayacak soruları.

Evet, sorular ulaştı. Önce Ergun Hocam cevaplandıracak.

Hocam, buyurun.

---

29 Karara karşı olan görüşler için bkz. : *Ch. Schönberger*, Die Europäische Union zwischen „Demokratiedefizit" und Bundesstaatsverbot. Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Der Staat 48 (2009), S. 535 ff.; *ders.*, Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea, German Law Journal 10 (2009), S. 1201 ff.; *M. Jestaedt*, Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah? Verfassungshandwerkliche Anfragen an das Lissabon-Urteil des BVerfG, Der Staat 48 (2009), S. 497 ff.; *D. Halberstam/Ch. Möllers*, The German Constitutional Court says *"Ja zu Deutschland"*, German Law Journal 10 (2009), S. 1241 ff.

30 *F. Schlegel*, Kritisches Fragment Nr. 47.

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN- Değerli sınıf arkadaşım Teoman Ergül'den bir soru, o da bana aynı şekilde hitap etmiş, çok mutlu oldum. Burada bir İsveçli meslektaşın sözüne referansta bulunmuştum, *"Anayasalar toplumun sükûnet içinde olduğu dönemlerde yapılsa daha iyi olur"* meyanında bir sözdü. Bunu özellikle şu amaçla söyledim: Tam karşıtı bir görüş var, maalesef birtakım köşe yazarlarımız tarafından da benimsenen ve Anayasa Mahkememizin de biraz evvel okuduğum kararında, sanki yeni bir anayasa ancak bir kopma halinde, bir kesinti halinde olabilir ve bir hukuk boşluğunun neticesidir. Burada tam aksi, İsveç gibi Avrupa'nın en istikrarlı demokrasilerinden biri 1975'te anayasasını yapmış; ne büyük bir bunalım var, ne kopma var, ne hukuk boşluğu var.

Sükûnet meselesine gelince, anayasa olarak ne anlamalı Sevgili Teoman? Anayasal olarak bunun tanımlanması elbette mümkün değil, bu bir haletiruhiye meselesi, bir psikoloji meselesi. Her şeyden evvel benim bundan anladığım, konuşmamın sonunda da değindiğim gibi, önyargısız olarak konulara bakabilmek, yani kamplara ayrılmış olarak ve o kampın pozisyonlarını otomatik olarak savunarak değil, fakat birbirimizden ne öğrenebiliriz, bir ortak nokta bulunabilir mi; bu çabayı sükûnetle ve rasyonel biçimde ve kimseyi art niyetlerle de suçlamadan tartışmak. Ben sükûneti tabii bir hukuki kavram olarak değil, bir psikolojik kavram olarak böyle tanımlıyorum.

Bilkent'ten iki değerli öğrencimin soruları var; Çağrı ve Yavuz Selim, iki soru var burada: *"Referandum sürecinden geçerek halk tarafından kabul edilmiş bir anayasa değişikliğinin Anayasa Mahkemesi tarafından usul veya esas yönünden denetlenip iptal edilmesi, Türk pozitif hukuku bakımından mümkün müdür? Genel anayasa teorisi açısından egemenliğin esas sahibi halk olduğu düşünüldüğünde, kabul edilebilir mi?"* Tabii son derece enteresan bir soru, bunun doktrinde de bir cevabı pek yok, fakat halkoyuyla kesinleştikten sonra, herhalde Anayasa Mahkemesinin bunu iptal etmesi fevkalade antidemokratik bir davranış olur. Madem ki kurucu iktidarı asli sahibinin halk olduğunu mütemadiyen tekrarlıyoruz, o irade bir defa tezahür ettikten sonra böyle bir iptal olmaz.

TARTIŞMA

Ancak, şu teknik olarak mümkün: Biliyorsunuz ki, referanduma sunulan metin, teknik olarak bir kanun niteliğinde, numara alıyor, tarih alıyor ve bunun yayınlanma tarihiyle referandum tarihi arasında da işte şu andaki düzenlemeye göre 60 günlük bir ara mevcut. Bu ara içinde diyelim ki ana muhalefet partisi veya 110 milletvekili anayasa değişikliğinin anayasanın değiştirilemez hükümlerine aykırı olduğunu söylerler ve 60 gün içinde Anayasa Mahkemesi ya esas hakkında bir iptal kararı verir veya yürütmeyi durdurma verirse, o zaman bu teknik olarak mümkün. Demin de söyledim, bu bugünkü fikrim de değil, 1986'da ilk baskısı yayınlanan "Türk Anayasa Hukuku" kitabımdan beri Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini denetlememesi gerektiğini söylüyorum. Ancak, şekil bakımından bir denetim yapabilir. Özellikle 82 Anayasasında hangi şekil kusurlarının iptale yol açabileceği de tüketici biçimde belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesinin size okuduğum 2008 tarihli kararı, "Tüketici biçimde" diyor. Hepimiz hukukçuyuz, "Tüketici biçimde" ne demek; başka bir şeye teşmil edilemez demek. Ancak, Anayasa Mahkemesi ertesi yıl kararını değiştiriyor, ben bu kararı da fevkalade sakıncalı ve vahim buluyorum, çünkü bu, kurucu iktidarın tümüyle Anayasa Mahkemesi tarafından sahiplenilmesi demektir. Alınıyorlar, onun için gasp kelimesini kullanmıyorum. Oysa gasp da hukuki bir deyimdir, her idare hukuku kitabında fonksiyon gaspı, yetki gaspı gibi kavramlar vardır, tam buna tekabül etmektedir.

Aynı arkadaşlarımızın ikinci sorusu, *"Uluslararası anlaşmalarla ülkelerin anayasalarının değiştirilmesi, egemenlik sorunu kapsamında nasıl izah edilebilir?"* İngilizce'sini de yazmışlar, teşekkür ederim.

Zaten ulusüstü bir topluluğa üye olduğunuz zaman, egemenliğinizin bir kısmını feda ediyorsunuz. Bu sadece Türkiye bakımından değil, Avrupa Birliğine şu anda üye olmuş 27 ülke, ki bunun içinde belli başlı Avrupa demokrasileri var, çünkü bazı kararların alınmasını o ulusüstü organın yetkisine bırakıyorsunuz. Bu elbette bir egemenlik kısıntısı, yani buna peşinen razı olmak lazım, kimse sizi Avrupa Birliğine veya

başka bir ulusüstü kuruluşa üye olmaya mecbur etmiyor, siz istiyorsunuz. İstiyorsanız, tabii onun kurallarına da uyacaksınız, egemenliğinizin bazı unsurlarından vazgeçeceksiniz. Bir zamanlar bu da medyada dillendiriliyordu, "Efendim, biz girelim, ama kendi şartlarımızla ve egemenliğimizden feda etmeden girelim." Neyse, onun yanlışlığı o kadar anlaşıldı ki, artık pek tekrarlanmaz oldu. Tabii bu tamamen mantıkdışı bir şey, o ulusüstü kuruluş elbette egemenlik yetkilerinin bir kısmını kullanacaktır, zaten mevcudiyet sebebi odur.

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden bir değerli öğrencimiz, *"Hazırladığınız anayasa önerisinde vatandaşlığın tanımını yaparken 'Türk' ifadesi yerine, etnik çağrışımın yapılmaması ve herkesi kapsayıcı olması için 'Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı' tabirini kullandınız. Peki, aynı hassasiyeti neden anayasanın diğer maddelerinde 'Türk Milleti' tabiri yerine 'Türkiye halkı' veya 'Türkiye milleti' tabirini kullanarak göstermediniz?"* "Türkiye milleti" kulağa hoş gelmeyen, gramatik bakımdan da hoş gelmeyen bir kavram. Orada da gerekli değişiklikler yapılabilir. Biz burada vatandaşlık tanımının en önemli, en çetrefil konu olduğunu düşünerek, orada da alternatifli biçimde bazı önerilerde bulunduk.

Sayın İzmir Baro Başkanı Özdemir Sökmen arkadaşımız, *"Demokrasi en iyi yönetim şekli, cumhuriyet de en iyi devlet şekli olduğuna göre, anayasamızda değişmesi mümkün olmayan cumhuriyet rejiminin ve onun temel öğeleri olan laik, demokratik ve sosyal hukuk devleti ilkelerini değiştirmeye kalkışmak, Mustafa Kemal Atatürk'ün kurduğu cumhuriyete de karşı çıkmak anlamına gelmiyor mu?"* İkincisi biraz şahsi bir soru, onu sonra söyleyeceğim.

Ben bu kavramların hepsine son derece bağlı bir kişi olarak, bunların ciddi bir tehdit altında olduğuna veya ileride olacağına asla kani değilim. Türkiye'de zaten ifade edilen tereddüt, zannediyorum laiklik bakımından, açık konuşalım. Türkiye'de laikliğin en az 150 senelik bir mazisi var, cumhuriyetle başlamadı, Tanzimat reformlarıyla başladı. Tanzimat reformları arasında, mesela Ceza Kanunu ve Ticaret Kanunu gibi iki önemli kanun Fransa'dan iktibas edildi. Devlet idaresine taalluk eden

TARTIŞMA

kanunların hemen hemen tümü, şûrayı devlet hakkındaki düzenleme de dahil olmak üzere, Fransız modeline istinat etti. Tabii cumhuriyet bunu daha ileri bir noktaya ulaştırdı. 150 senelik bir gelişmenin ve Türkiye toplumunun şu anda vardığı noktanın geriye çevrilmesine ben imkân görmüyorum, sosyolojik olarak, politik olarak.

"Bu kavramlardan bir sıkıntınız var mı?" Hayır, çok açık söyleyeyim, hiçbir sıkıntım yok, ama değiştirilmezlik ilkesine karşı olduğumu ifade ettim. Anayasa Mahkemesine ilk 3 maddeye uygunluğunu denetleme yetkisini verdiğiniz takdirde, bu kavramların bir kısmı o kadar yoruma açık kavramlar ki, bugün falanca değişikliği demokratik devlete aykırı bulur, iptal eder; yarın öbür değişikliği sosyal devlete aykırı bulur, iptal eder; beriki gün hukuk devletine aykırı bulur, iptal eder. Peki, bunun sonucu nedir? Bunun sonucu, artık halkın ve onun seçilmiş temsilcilerinin asli kurucu iktidara, hatta hatta tali kurucu iktidara sahip olmadıkları ve son sözün Anayasa Mahkemesinde olduğu; ben böyle bir sistemi kesinlikle demokratik bulmuyorum. Çünkü, bir yandan bunu kabul etmek, bir yandan da teorik olarak "Bütün iktidarlar halktan gelir" gibi laflar etmek, bana büyük bir çelişki gibi geliyor. Onun için, belli bir noktası beni rahatsız ettiğinden değil, tabii rahatsız eden noktalar da var; mesela devletin dili olmaz arkadaşlar, devletin resmi dili olur. "İlk 3 maddenin noktasına virgülüne dokunamazsınız" diyen hukukçular ve diğer şahıslar var. Demek onu dahi değiştiremeyeceğiz. Dolayısıyla, bu zaten Avrupa'nın ancak 4 marjinal ülkesinde olan bir şeydir. Almanya örneğini şimdilik bırakıyorum. Yani, Anayasa Mahkemesinin şekil denetimi dışında bir denetimi yapmasına ilke olarak taraftar değilim, 25 senedir de değildim.

İkinci soru, şahsi bir soru, *"Herkes sizi son taslak anayasayı hazırlayanlardan biri olarak görüyor, biliyor, gerçekten öyle mi, lütfen açıklar mısınız?"* Eğer son taslaktan kastınız bu paket ise, şunu çok açıkça ifade edeyim: Hiçbir şekilde alakamız olmamıştır, kesinlikle böyle bir talep gelmemiştir. AK Parti, bunu kendi bünyesindeki hukukçularla götürüyor. Bizimle en ufak bir istişare, en ufak bir talep olmadı, bunu da açıkça ifade ediyorum.

Bizim tek ilişkimiz, bu anayasa taslağını hazırlamaktır. O da 2007 yılındadır, yani neredeyse 3 seneye yaklaşan bir mazisi vardır. Onun dışında, anayasal konularda en ufak bir istişaremiz olmamıştır.

Av. Vedat Ahsen COŞAR (Oturum Başkanı) - 3 soru daha var Ergun Hocam, ama sizi biraz dinlendirelim. Bu arada Sayın Sigrid Boysen'e sorulan bir soru var. Soruyu soran da çok değerli bir üstadımız, o da çok değerli anayasa hukukçularından, ayrıca bizim ağabeyimiz, dostumuz, baro dostu, Bilkent Üniversitesinde şimdi, Prof. Dr. Sayın Erdal Onar. Lütfen tercüme ederseniz soruyu Sayın Sigrid Boysen'e Almanca olarak; *"Alman Anayasasında değiştirilmesi yasaklanmış kuralların savaş sonrası yeni anayasa yapımı sırasında konulduğunu biliyoruz. Fakat, olağan bir dönemde, 1960'larda, 1949'da değiştirilmesi yasaklanmış 1. maddeye direnme hakkını öngören 4. fıkranın eklenmesini nasıl karşılıyorsunuz?"*

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN- Bu geç saatte sizi fazla yormak istemiyorum, fakat birkaç soru var.

Zonguldak Barosundan Sayın Tayyar Kartal'ın sorusu: *"Etnik gruplara ilişkin hak ve özgürlüklerin özel olarak düzenlenmesi, genel düzenlemeden ayrı olarak ek düzenlemelerde yer alması uygun mudur? Çağdaş devlet anayasalarında bunun bir örneği var mıdır?"*

Elbette bu gruplar hakkında ayrı ayrı özel düzenlemeler yapılması yolunda bir talep olduğunu sanmıyorum. Bunlar genel hükümler dairesinde çözülür. Diyelim ki anayasada belli kültürel haklara daha açık şekilde yer verilir; anadil kullanımı, kültürlerini geliştirme hakkı, eğitimde kullanım vesaire... Dolayısıyla, bunlar genel hükümlerdir, bundan falanca etnik grup, filanca etnik grup arasında bir ayrım elbette yapılması söz konusu değil.

Sayın Tuncay Alemdaroğlu'nun teknik, fakat önemli bir sorusu var: *"Anayasanın bazı maddelerinin değiştirilmesi sırasında, bazı maddeler 367 oyun altında, bazıları da 367 oyun üstünde kabul edilmesi halinde, referanduma gidilmesi sırasında 367 oyun üstünde oy ile kabul edilen maddeler de referanduma götürülebilir mi?"*

TARTIŞMA

1995 anayasa değişikliğinde, evvela Sayın Cindoruk'un bir hukuki görüşü, daha sonra da Meclis içtüzüğünde yer alan bir hükme göre, bir paket içindeki maddelerden bir kısmı 367'nin altında, fakat şüphesiz 330'un üstünde, bir kısmı 367'nin üzerinde oy almışsa ve teklifin tümü üzerindeki son oylama, 367'nin üzerinde kabul oyu toplamışsa, o zaman tümü referanduma gerek olmadan kabul edilmiş sayılır, bir defa bu var. Belirleyici olan, tümü üzerindeki son oylamadır ve oradaki çoğunluktur.

Onun dışında, tabii 175. maddenin Türkiye Büyük Millet Meclisine sunduğu bir imkân var. Anayasa değişikliği kanunun kabulü sırasında bir paket söz konusuysa, bu maddelerden hangilerinin birlikte, hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını da tespit etme durumundadır. Dolayısıyla Meclis diyelim ki 5 maddesinin ayrı, 10 maddesinin ayrı oylanmasını bu kanunda kararlaştırmışsa, elbette ona uyulacaktır.

Balıkesir Barosundan Sayın Av. Namık Havutçu'nun sorusu: *"Siyasi partilerin kapatılmasını a) parlamentonun iznine tabi olması düşüncesine, b) AB demokrasilerinde hukuki düzenlemelerden örnek vererek bilgi verebilir misiniz?"*

Tabii burada basına yansıdığı şekli, en azından bazı basın organlarında yanlış ifade edilen veya benim öyle olduğuna yüzdeyüz kani olduğum bir durum var; sanki siyasi partilerin kapatılmasına meclis karar verecekmiş gibi. Böyle bir şey olamaz, elbette bu her türlü demokratik ilkelere ve kuvvetler ayrılığına aykırı olur. Yine yargılamayı yapacak olan, bugün olduğu gibi Anayasa Mahkemesidir, bunda en ufak bir kuşku yok. Ama, şu anda cumhuriyet başsavcısı, kapatma davası açma konusunda tam bir inisiyatif ve serbesti sahibidir. Bunun sınırlandırılması düşünülmektedir. Türkiye'ye benzer siyasi parti kapatma rejimleri kabul eden iki büyük Avrupa ülkesi, Almanya ve İspanya'da kapatma davası, ancak meclislerin iki kanadından biri veya hükümetin talebi üzerine açılabilmektedir. Yani, orada otomatik olarak savcının böyle bir davayı tek başına, kendi şahsi iradesiyle, inisiyatifiyle açma hakkı yoktur.

Venedik Komisyonun siyasi partilerin kapatılması konusunda iki önemli raporu var. Biri 1999, o konuya genel olarak yaklaşan bir rapor. 2009 tarihli rapor ise, münhasıran Türkiye'ye ilişkin, Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesinin talebi üzerine bunu yapıyor. Burada hem Türkiye'deki yasak listesinin uzunluğunu ve yoruma açık niteliğini eleştiriyor çok ciddi olarak, hem de bu parti kapatma konusundaki inisiyatifin münhasıran atanmış bir bürokrata bırakılmış olmasını da eleştiriyor, Almanya ve İspanya örneklerini veriyor. Gerekçesi de şu: Neticede kapatmaya veya kapatmamaya Anayasa Mahkemesi karar verecek olsa dahi, sadece kapatılma davasının açılması bile, o ülkenin siyasi hayatında önemli çalkantılar, sarsıntılar ve özellikle ilgili parti bakımından ciddi sorunlar meydana getirir. Bunun siyasi sorumluluğu olan bir organ tarafından tahrik edilmesi gerekir. Ne demek istiyor siyasi sorumluluk derken? Bir parti veya bir parti çoğunluğu, başka bir partinin kapatılması için müracaatta bulunmuşsa, yarın seçimlerde onu halka açıklar, "Ben falanca partinin kapatılması talebinde bulundum, şu nedenle" der, dolayısıyla seçmen karşısındaki sorumluluk da gerçekleşmiş olur. Ben bu tür bir değişikliğe tabiatıyla tümüyle taraftarım.

Serkan Yavuzoğlu arkadaşımızın sorusu: *"Hazırladığınız anayasa önerisinde devletin niteliklerini belirtirken, Atatürk milliyetçiliğine bağlılığa yer vermişsiniz. Buna gerekçe olarak Atatürk milliyetçiliğinin ırkçı ve şovenist olmadığını belirtmişsiniz. Liberal anayasalarda resmi ideolojiye yer verilmezken, bizim anayasamızda resmi ideoloji olarak Kemalizm, Atatürk milliyetçiliği adı altında yer almaktadır. Bu tabire anayasa önerinizde yer vermenizin sebebi nedir?"*

Benim bu konudaki genel tutumum, anayasaların -burada Barolar Birliğinin taslağıyla biraz tezat içindeyiz- ideolojilerden arınmış olmasıdır, bunu bir kere daha açıkça ifade edeyim. İsterseniz ideolojik bakımdan renksiz olma deyimini de kullanabiliriz. Demokrasi, esas itibariyle bir yöntemler meselesidir, yani iktidarın nasıl oluşacağı, nasıl el değiştireceği, nasıl sınırlanacağı, nasıl örgütleneceği vesaire... Eğer bir anayasaya yöntemsel hususların dışında maddi ideolojik içerikler atfederseniz, o zaman o ideolojiyi paylaşmayan insanlar, gruplar

TARTIŞMA

bakımından da çok sıkıntılı bir durum yaratmış olursunuz. Mesela 1976 Portekiz Anayasasının yaptığı gibi, birçok sosyalist ilkeleri hem de değişmez hükümler olarak koyarsanız, liberal düşünceli gruplara ve partilere hayat hakkını oldukça sınırlandırmış olursunuz. Aynı şeyi diyelim ki muhafazakâr, dini muhafazakâr eğilimli bir parti, birtakım dini prensipleri anayasaya koyarsa, elbette onu paylaşmayan insanlar bakımından da fevkalade sıkıntılı bir durum olur. Dolayısıyla, ben anayasaların esas itibariyle ideolojik renk taşımaması görüşüne sahibim, bunun arkasındayım.

Atatürk milliyetçiliğini biz öyle görmedik, fakat bunun mesela milli devlet gibi daha başka ifadelerle de dillendirilmesi mümkün. Zaten Barolar Birliğinin iki taslağı da -birinci taslağı muhakkak, ikincisine bakacağım- "milli devlet" deyimini tercih etmiştir. Dolayısıyla ideolojik çağrışım yaptıran bir ifadenin yer almamasında isabet var. "Peki, siz niye koydunuz?" diyor arkadaş, doğru olarak. Biz orada yüzdeyüz kendi düşüncelerimizi yansıtan bir metinden ziyade, kabul edilmesi ihtimali daha güç bir metin ortaya çıkarmanın getirdiği bir sorumluluk duygusuyla hareket ettik. İlk 3 maddedeki niteliklerde bir değişiklik yapma önerisinin çok daha büyük bir tartışmaya yol açacağı, dolayısıyla anayasa taslağının kabulünü daha zorlaştıracağı düşüncesiyle orada birinci tercihlerimizden çok, belki ikinci tercihlerimizi ifade ettiğimiz durumlar oldu, bunu da çok açıklıkla paylaşıyorum. Bu netice itibariyle 6 üniversite hocasının herhangi bir raporu değil. Tamamen kişisel fikirlerimiz olsa, kişisel fikirlerimizi birinci tercih olarak oraya dökeriz, ama ortada Türkiye'nin bir anayasa ihtiyacı olduğuna inanıyoruz. Bunun mümkün olduğu kadar geniş bir konsensüsle kabulü de elbette arzularım içinde. Dolayısıyla, burada "Cumhuriyetin 2. maddede belirtilen niteliklerine sadık kalındı mı, kalınmadı mı?" gibi çok bölücü ve kutuplaştırıcı bir tartışmadan kaçınmak amacıyla bunu yaptık. Bilmiyorum sizi tatmin eder mi?..

Çok teşekkür ediyorum.

Av. Vedat Ahsen COŞAR (Oturum Başkanı) - Teşekkür ederiz.

Doç. Dr. Sigrid Boysen- Prof. Dr. Kay'in yönelttiği bir başka soru daha vardı; kendisi, herhangi birimizin; değişiklik karşıtı bir hükmün, bir devletin önemli bir eyleminde gerçekten fark yarattığı bir vakadan haberdar olup olmadığını sordu. Şahsen Alman deneyimi üzerinden konuşmam gerekirse diyebilirim ki, değişiklik karşıtı bir hükmün rol oynadığı en yeni karar, Lizbon Antlaşması ile ilgili olan karar idi ama Prof. Dr. Bryde'nin de üyesi olduğu diğer senato bunun tersi yönünde hareket etti ve birisi anayasamıza "İnsan haysiyetinin bu anayasa tarafından garanti altına alınması, işkence konusunda geçerli değildir" gibi bir şey yazmadığı sürece, bu hükmün fiili olarak uygulanabilir olmadığı yönünde karar verdi.

Bu yüzden ben, hayır diyorum. Alman uygulamasında bunun gerçekten önemli olduğu bir vakadan haberdar değilim ve bence bu da, sunumumda vermeye çalıştığım, anayasamızın kurucularının bile her günün anayasamızın sonu olabileceğinin gayet farkında olmalarına rağmen; dokunulmaması gereken şeyin daha çok, bir anayasa içeriği düşüncesi olduğu şeklindeki yorumumu vurguluyor. Yani bence Alman uygulaması açısından durum bunun tam tersi şekilde. Bu yüzden Federal Anayasa Mahkemesi, ya da en azından Prof. Dr. Bryde'nin senatosu, normal olarak, bu değişiklik karşıtı hükmün anayasal uygulamada herhangi bir etkisi olmaması için gerekli tedbirleri alır.

Oturum Başkanı- Hem katkılarınız için sizlere çok teşekkür ediyoruz, hem de değerli konuşmacılara, verdikleri bilgi için.

Oturumumuz burada bitti. Yarın sabahleyin tekrar buluşmak üzere iyi akşamlar hepinize.

ANAYASAL GELİŞİM

III. OTURUM

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Philip KUNIG

"ANAYASAL GELİŞME"

Levent Gönenç[*]

Bu bölümün başlığı, *"Anayasal Gelişme."* Anayasal gelişmeyi başka bir boyutuyla ya da bir başka bakış açısıyla ele almak istiyorum.

Anayasal gelişme, milli sınırlar içinde, ulusal sınırlar içinde açıklanabilecek bir kavram, ortaya çıkan bir kavram, ama bunun uluslararası bir boyutu veya uluslararası dinamikleri de olduğunu düşünüyorum. Bu tebliğde sizlerle anayasal gelişmenin uluslararası dinamikleri konusunda gözlemlerimi paylaşmak istiyorum.

Anayasal gelişmenin uluslararası dinamikleri dediğimizde, şöyle bir gözlemle belki başlayabiliriz: İddialı bir şey olabilir, ama çok uzaktan acaba küresel anayasa tarihine baktığımızda, yani dünya anayasa tarihine baktığımızda, birtakım eğilimler, birtakım örüntüler, birtakım düzenlilikler keşfedebiliyor muyuz, birtakım kurallar görebiliyor muyuz ve bunu alıp, biz acaba ulusal anayasal sistemler açısından uygulayabiliyor muyuz? Benim asıl şimdi sorup cevaplamaya çalışacağım soru bu olacak.

---

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

LEVENT GÖNENÇ'İN TEBLİĞİ

Bu soruyu sorduğumda, karşıma şöyle bir şey çıkıyor: Küresel anayasa tarihine baktığımızda, dünya anayasa tarihine baktığımızda, karşımıza çıkan en önemli olgulardan biri, anayasal modellerin varlığı, yani birtakım anayasal modeller var ve bunlar diğer ülkeler tarafından veya birçok ülke tarafından alınıyor, kullanılıyor, kopya ediliyor, taklit ediliyor vesaire... Bu anayasa tarihi ve anayasal gelişme açısından çok önemli bir gözlem. Literatürde bu olguyu anlatmak için çeşitli kavramlar kullanılıyor. Mesela anayasal ödünç alma *(constitutional borrowing)*, anayasal modelleme *(constitutional modeling)*, anayasal fikirlerin göçü, *(migration of constitutional ideas)*, anayasal veya hukuksal transplantasyon *(constitutional transplantation)* ve tüm bu kavramlar, aslında belli bir anayasal birikimin, belli anayasal modellerin hem kurumsal olarak, hem yargısal olarak, yani hem bu kurumların anayasa yapımında etkili olmasını, hem de milli sınırlar içinde anayasalar uygulanırken bu modellere başvurulmasını, bu modellerin örnek alınmasını ifade ediyor. Sonuçta baktığımızda, özellikle günümüzde hız kazanan bir biçimde belli anayasal modeller -ki birazdan biraz daha ayrıntısına gireceğim- model olarak kabul edilip, bunlar ulusal sınırlar içinde birçok ülkede kullanılıyor ve yer buluyor.

Anayasal fikirlerin ya da kurumların seyahati, göçü, örnek alınması, ödünç alınması çok eski bir kavram aslında, yazılı anayasaların başlangıcıyla başlıyor. Bir somut örnek vermeme belki müsaade edersiniz: 1791 Fransız Anayasasından söz edeceğim örneğin. 1789 Fransız devrimi sonrasında yapılan 1791 Fransız Anayasası, 1812 Anayasasına büyük ölçüde kaynaklık ediyor. 1812 İspanyol Anayasası, kendisi uzun süre Avrupa'da bir anayasal model olarak kabul ediliyor ve 1822 Portekiz Anayasası, 1812 İspanyol Anayasasından etkileniyor. Daha sonra Fransa'da örneğin gelgitler oluyor, ama tekrar 1814 Anayasasıyla 1791 Anayasasının temel ilkelerine dönülüyor ve 1814 Fransız Anayasası, daha sonra örneğin 1826 Portekiz Anayasasını etkiliyor. Baktığımız zaman, tablo şu: Anayasal fikirler, anayasal kurumlar, bu örnekte gördüğümüz gibi, örneğin 1791 Anayasasının ruhu 4 anayasada yaşamış oluyor.

Küresel anayasa gelişmelerine baktığımızda, bu anayasal modellemenin, anayasal örnek almaların günümüzde çok daha bariz bir şekilde karşımıza çıktığını görüyoruz. Özellikle gözlemimi biraz daha somutlaştırmak için şöyle bir argüman ortaya koyabilirim: Son zamanlarda Batı Avrupa ve Kuzey Amerika coğrafyasında geliştirilen ve adına istersek modern anayasacılık diyelim, istersek liberal anayasal model diyelim, bir kurumlar ve ilkeler dizisinin dünyada geçerli bir anayasal model olduğunu söylemek mümkün. Yani, bu aydınlanma düşüncesinde ifadesini bulan, liberal siyaset felsefesiyle geliştirilen ve içinde siyasi iktidarın sınırlanması ve bölünmesi, temel hak ve özgürlüklerin garanti altına alınması, halk egemenliği gibi önemli ilkelerin bulunduğu modern anayasacılık veya liberal anayasal model, bugün dünyada ideal olarak, doğru olarak kabul edilen ve ulaşılmaya çalışılan bir aşama olarak değerlendiriliyor.

Özellikle Samuel Huntington, 3. dalgadan söz ediyor, demokratlaşma dalgasından söz ediyor. 3. dalga sonrasında, 1974 Portekiz Karanfiller Devrimiyle başlayan ve ardından Latin Amerika'ya, oradan Orta ve Doğu Avrupa'ya, oradan Sovyetler Birliği, bütün bu coğrafyaları kapsayan demokratlaşma ya da demokratikleşme dalgası ardından yapılan anayasalarda hep bu liberal, demokratik anayasal model ya da modern anayasacılık dediğimiz fikirleri kendine örnek alıyor.

Benim burada soracağım soru şu: Peki, neden bu model örnek alınıyor, Batı Avrupa ve Kuzey Amerika coğrafyasında gelişen bu model, neden dünyada bu kadar kabul görüyor ve neden esas model olarak bu düşünülüyor, neden bu kadar yaygınlık kazanıyor? Bu sorunun cevabını verebilmek için bir teoriden yardım alacağım, bize bir ufuk açacağını düşünüyorum; o da dünya sistemler teorisi, makrososyolojik çözümleme. Dünya sistemler teorisi, Immanuel Wallerstein tarafından geliştirilen bir teori. Kendisi buna teori demiyor, analiz yöntemi diyor. Buna göre, küresel kapitalist ekonomi ilişkilerinde 3 pozisyon tespit edilebilir: Merkez, yarı çevre ve çevre. Merkezde yer alan ülkeler, sanayisi gelişmiş, hammadde alan ve

sanayi ürünü ihraç eden ülkeler. Çevre ülkeler ise tam tersine, sanayisi gelişmemiş, hammaddesini ihraç ederek sanayi ürünleri ithal eden fakir ülkeler. Yarı çevre, ikisi arasında kalmış, ikisinin de özelliklerini taşıyan ülkeler.

Wallerstein ve onu izleyenlerin ortaya koyduğu gibi, aslında merkez ülkelerin yarı çevre ve çevre ülkeler üzerinde bir hâkimiyeti var. Ancak, bu hâkimiyet sadece ekonomik anlamda değil. Wallerstein ve onu izleyenlerin ortaya koyduğu gibi, siyasal ve sosyal anlamda da bir hâkimiyetten ya da bir etkiden söz etmek mümkün. Bu bağlamda, özellikle makrososyolojik ortaya konulan ya da vurgulanan bir gerçek; çevre ve yarı çevre ülkeler, kendilerine merkez ülkeleri örnek alıyorlar, onları model olarak seçiyorlar ve bu sadece ekonomik, sosyal, siyasal anlamda değil, bence anayasal anlamda da doğru. Yani, çevre ve yarı çevre ülkeler, merkez ülkelerin anayasal kurumlarını, anayasal ilkelerini kendilerine model olarak seçiyorlar ve bunun dünya sistemler teorisinde ortaya konulan ilişkiyle de açıklanabilir bir yönü var.

Şöyle tespitte bulunabilirsem eğer, iki noktada bunu tespit edebilirsem, belki daha açıklığa kavuşmuş olabilir: Neden acaba çevre ya da yarı çevre ülkeler, merkez ülkelerin anayasal modellerini esas alıyorlar, neden örneğin mahkemeler onların kriterlerini kullanıyor, neden anayasa yapımında onların kurumları daha etkili oluyor? Şöyle bir şey söylenebilir belki: Birincisi, çevre ve yarı çevre ülkelerdeki seçkinler, merkez ülkelerdeki anayasal kurumları model alarak, bu ülkelerin siyasi ve ekonomik anlamdaki başarılarını tekrar etmek istiyor olabilirler, yani bu gelişmiş ülkelerdeki, merkez ülkelerdeki başarı öykülerini tekrar etmek istiyor olabilirler. Bir başka ifadeyle çevre ve yarı çevre ülkeler, merkez ülkeler konumuna yükselebilmek için anayasal kurumları araç olarak görüyor olabilirler. Yani, *"Acaba merkez ülkeler ne yaptılar da merkez konumuna geldiler?"* diye sorduklarında, karşılarına çıkan anayasal kurumlar, ilkeler, çevre ve yarı çevre ülkeler için bir anahtar rolü oynayabilir, bunun için bir modellere yönelmiş olabilirler.

Kendi tarihimizden bunun bir sağlamasını yapabilir miyim diye düşünüyorum. Örneğin 1876 Anayasasını düşünüyorum; 1876 Anayasası, tarihçi Cemil Koçak'ın ifade ettiği gibi, aslında devletin yeniden yükselmesini sağlama düşüncesiyle oluşturulan bir anayasa. Yani, Osmanlı Devleti zor günler yaşıyor, yeniden yükselmesi için ne yapmak lazım, çöküşten kurtarmak için ne yapmak lazım? Çok güçlü bir devleti, bugünleri gördük, bundan sonra acaba nasıl kurtarırız?" sorusunun cevabında belki bir çözüm olarak 1876 Anayasasıyla getirilen kurumlar düşünülüyor, özellikle parlamenter monarşi bir çözüm gibi düşünülüyor, belki bir sihirli formül gibi düşünülüyor. Yani, Anayasa burada bu çıkmazdan kurtulmak için bir araç. Belki biraz daha yukarıdaki çözümlememe dönerek ifade etmeye çalışırsam, anayasa, Osmanlı'nın çevre veya yarı çevre konumundan merkez konumuna yükselmesini veya o konumuna geri dönmesini sağlamak için bir araç olarak düşünülüyor.

Bir bütün olarak cumhuriyet modernleşmesini de belki bu gözle okuyabiliriz. Cumhuriyet seçkinlerinin hedef koyduğu muasır medeniyet seviyesi, yani çok kullandığımız biçimiyle, belki aslında dünya sistemi içinde merkez ülkeler arasına yükselmeyi ifade ediyor, onlar arasında yer almayı ifade ediyor. Bütün cumhuriyet modernleşmesinin anayasal kurumlarını da düşündüğümüzde, bu konuma yükselmeyi mümkün kılacak kurumlar tasarlanması umut edilmiştir ve bu şekilde belki hazırlanmaya çalışılmıştır.

İkinci tespitim, *"Acaba neden çevre ve yarı çevre ülkeler, merkez ülkelerin anayasal modellerini alıyorlar, bunları kullanıyorlar?"* sorusunun cevabında, tabloya belki tersten bakarak cevap verebilirim. Orada da şu tespiti yapmak istiyorum: Özellikle merkez ülkeler, *"Merkez ülkeler kulübüne girmek istiyorsanız, belli kurumları ve değerleri kabul etmeniz gerekir"* gibi bir ön şartı ortaya koyuyorlar. Klasik örneği tabii Avrupa Birliği ve bu ulusal anayasal gelişmelerde çok önemli bir rol oynuyor. Neden? Çünkü, çevre ve yarı çevre ülkelerin merkez ülkeler kulübünde yer almasının temel şartı ya da önkoşulu, bu ilkeler ve kurumlar dizisini kabul etmek. Yani, bir başka ifadeyle ekonomik

LEVENT GÖNENÇ'İN TEBLİĞİ

anlamda çok gelişmiş olmak yetmiyor, o kulübe girebilmek için siyasal ve anayasal anlamda bazı ilke ve kurumların da kabul edilmesi gerekiyor. Bu, pek çok ülkede özellikle ulusal anayasal gelişmenin çok önemli dinamiklerinden biri. Orta ve Doğu Avrupa ülkelerindeki hızlı ve köklü anayasal gelişme sürecine baktığımda, Avrupa Birliği faktörünün, yani bu merkez ülkeler arasına girme hedefinin çok önemli bir stimülasyon sağladığını, çok önemli bir saik olduğunu görüyorum.

Bu aynı zamanda Türkiye için de belki böyle. Türkiye'de özellikle 2001 ve 2004 değişikliklerine baktığımda, çok uzun süre yapılamayan bazı değişikliklerin özellikle bu uluslararası dinamikle çok daha hızlandığını ve çok daha kesin bir biçimde hayata geçirilebildiğini görüyorum.

Bu tespitler sonunda konuşmamı şöyle bağlayabilirim: Dünya sistemler teorisi, bizim için ufuk açıcı ve bu söylediğim merkez ülkeler arasında yer alma hedefi, anayasal gelişmenin itici unsurlarından biri, bu bir gerçek. Kuşkusuz, dünya sistemler teorisi de eleştiriye açık, hatta eleştiriliyor, hatta oradaki bazı argümanlar gözden geçiriliyor vesaire, ama bize bir şey anlatıyor, bize bir bakış açısı sunuyor ve bir gerçekliği tespit etmemize yarıyor.

Ancak, burada ben konuşmamı şöyle noktalamak istiyorum: Bu olması gerekeni göstermiyor, yani özellikle ulusal anayasa gelişmelerinin uluslararası dinamiklerle tanımlanması ya da sadece buna bağlanmasının çok doğru olmadığını düşünüyorum. Şöyle ifade edeyim kafamdakini: Aslında kuşkusuz, anayasa yapmak ve değiştirmek, ulusal sınırlar içinde gerçekleşecek bir konu ve tabii ki milli aktörlerin yapacağı bir iş. Ancak, bugün için ben, küresel anlamda bir anayasal kültürün oluştuğuna inanıyorum. Yani, küresel anlamda bir anayasal birikimin varlığı söz konusu; test edilmiş ve insan onuruna yaraşır, insan haklarını temel alan bir anayasal birikimin dünya yüzünde var olduğuna inanıyorum. O zaman belki şöyle bir tanımla konuşmamı noktalayabilirim: Anayasal gelişme, salt merkez ülkeler kulübüne girmenin bir aracı olarak değil,

sözünü ettiğim bu küresel birikimi ulaşılması gereken bir ideal olarak tanımlayıp, ona yaklaşmak için çaba sarf etmek olarak anlaşılmalı. Yani, bir ideali var ve bu ideale ulaşmak için kendi hukuk sistemimizi sürekli gözden geçirmeliyiz.

Tabii bu bağlamda son bir noktaya işaret etmek istiyorum: Karşılaştırmalı anayasa hukukuna çok iş düşüyor. Yani, bizim kendi iç hukukumuzda, milli sınırlarımız içinde anayasal gelişmeyi sağlarken ya da tasarlarken, mutlaka karşılaştırmalı anayasa hukukunun verilerinden faydalanmamız ve bu sözünü ettiğim küresel anayasal kültürün niteliklerini iyi anlamamız gerekiyor.

Burada şöyle bir tehlike var: Genellikle Türkiye'de zaman zaman gördüğümüz, belki tehlike değil de olumsuz bir yön, karşılaştırmalı anayasa hukukunu özellikle siyasi aktörler, kendi argümanlarını desteklemek için kullanıyorlar ve *"Şurada şu var, burada bu var"*, ama başka bir yerde ne var, o çok söylenmiyor. O zaman belki burada biz anayasa hukukçularına biraz iş düşüyor; karşılaştırmalı çalışmaları belki biraz daha fazla yapıp, bu sözünü ettiğim küresel anayasal kültürün verilerini daha kapsamlı ve daha geniş bir biçimde iç hukuka aktarmamız ya da bunları tanıtmamız, böylece anayasal gelişmemize katkıda bulunmamız gerekir.

Teşekkürler.

İKİNCİ DÜNYA SAVAŞI SONRASI DÖNEMDE JAPONYA'DA ANAYASACILIĞIN GELİŞİMİ

*Koji Tonami**

Giriş

Sunumumun amacı, Japon anayasacılığının gelişimini açıklamak ve bu gelişim çerçevesinde görülür hale gelen özellikler ile süreç içinde karşılaşılan sorunlara dikkat çekmektir. Üzülerek ifade etmek isterim ki, bu seferlik, Türkiye'deki anayasacılık birikimini de kapsayacak karşılaştırmalı bir çalışma ortaya koymam mümkün olmayacaktır. Sahip olduğum sınırlı süre içinde sunumumu tamamlayabilmek amacıyla, ana tema olarak aşağıdaki dört noktayı tartışmaya açmak istiyorum.

1. Meiji Restorasyonu'ndan (1868) İkinci Dünya Savaşı sonuna kadar (1945) olan dönemde, Japon anayasacılığı nasıl bir gelişim çizgisi izlemiştir?
2. İkinci Dünya Savaşı'nı takip eden dönemde anayasacılığın gelişim çizgisi ne olmuştur?
3. Günümüzde, anayasacılığın siyasî durumu nasıl açıklanabilir?
4. Japonya'daki anayasacılık ile anayasa tartışmalarının seyrinden neler öğrenmeliyiz?

---

* Prof. Dr., Waseda Üniversitesi
Çeviren: Dr. Ersoy Kontacı

KOJI TONAMI'NİN TEBLİĞİ

1. Meiji Anayasası Döneminde Anayasacılığın Gelişimi

Birinci Dünya Savaşı'nın ardından bağımsızlığına kavuşan Türkiye'nin büyük kahramanı Atatürk'ün, Japonya'nın 19. yüzyılın ikinci yarısında kaydettiği dikkate değer gelişmeyi, uygarlık düzeyini, kazanmış olduğu bağımsızlığı ve özellikle Rus-Japon Savaşı'ndaki galibiyetini değerlendirdikten sonra, *"Japonya'dan öğrenin"* dediği rivayet edilir. Ne var ki, Meiji dönemi boyunca yaşanan tarihî gelişmeler ile ulaşılan sonuçlar penceresinden bakıldığında, Japonya'nın olumlu olmaktan ziyade olumsuz bir örnek olarak değerlendirilebileceğini söylemek gerekmektedir. Meiji dönemindeki anayasacılık ile Meiji Anayasası, günümüzde çoğu anayasa hukukçusu tarafından zayıf ve işlevsiz olarak nitelendirilmektedir.

Avrupa Ülkeleri karşısındaki geri kalmışlıktan kurtulmak için hızlı bir batılılaşma arayışında olan Meiji Hükümeti, bu amaçla Avrupa tarzı bir anayasal rejim oluşturma yoluna gitmiş ve 1889 yılında, *"Meiji Anayasası"* olarak bilinen Japon İmparatorluk Anayasası'nı ilân etmiştir. Bu anayasa, Asya Kıtası'nda görülen Batı tarzı ilk anayasa olup, parlamenter bir hükümet sistemi öngörmüştür. Ne var ki, daha sonra yaşanan olayların da işaret edeceği üzere, Meiji Anayasası aslında 1850 Prusya Anayasası'nın bir tekrarından ibaretti; metin, egemenliğin halk yerine İmparator'un (Tenno) kişiliğinde belirdiği bir anayasal monarşi fikri üzerine kurulmuştu. Siyasî iktidarın yapılanması sınırlı bir demokrasi uygulamasını yansıtırken, insan haklarının korunması ise yetersizdi. İmparator'un otoritesi, Meiji Anayasası'nın yürürlükte kaldığı dönem boyunca siyasî iktidarın en yüksek meşruluk kaynağı olmaya devam etti. Bu dönem, siyasî iktidarın anayasa tarafından kontrol edilmesi gerektiği yönündeki temel anayasal anlayışın son derece zayıf kaldığı bir dönem oldu. İşin aslı, Meiji Anayasası'nın siyasî iktidarı etkin biçimde kontrol etmekten uzak oluşuydu.

1930'lardan itibaren militarizm ve devlet eksenli düşünceler ortama hâkim olmaya başladı. Meiji Hükümeti ve yüksek rütbeli özel polisler, iç ilişkilerde sosyalizm ve liberaliz-

KOJI TONAMI'NİN TEBLİĞİ

mi askıya aldı. Japonya, hemen akabinde Kore'nin işgaline, Mançurya'nın kuruluşuna, Çin'e yönelik saldırganca hareketlere ve Birleşik Devletlerle savaşa yöneldi. Bütün bu hareketler ise, sonuçta yenilgiye yol açacaktı.

Olumlu ve olumsuz yönleriyle birlikte bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Meiji Anayasası döneminde Japon anayasacılığının genel olarak son derece iddialı öğeler içerdiğini söylemek mümkündür. Gerçekten de Japonya, çok çabuk bir biçimde Asya'daki bağımsızlığını elde etmiş, Avrupa tarzı bir anayasal hükümet biçimini uygulamaya koymuş ve daha güçlü bir ülke haline gelmiştir. Buna karşın, hükümet etme işlevi, İmparator'un otoritesi altında, ulusalcı düşünceler ile askerî güç anlayışından beslenen anti-demokratik bir siyasî nitelik üzerine kurulmuştu. Sonuç olarak, Japonya Asya'yı işgal etmiş ve Kıta'nın insanlarını hâkimiyeti altına almıştır.

İşin aslına bakılırsa, Meiji Anayasası döneminde geçerli olan rejimin nasıl değerlendirileceği meselesi, insanların İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde gündeme gelen anayasa değişikliği tartışmalarına bakışıyla yakından ilgilidir. Başka bir ifadeyle, Büyük Savaş'ın sonra ermesinin ardından ülkedeki çoğu siyasetçi, Savaş öncesinde Japonya'da geçerli olan Tenno rejimini fikrî olarak benimsemekteydi. Bu çevreler, günümüzde de Japon Anayasası'nı eleştirmeye devam etmekte ve değiştirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Bunun karşısında ise, Tenno rejiminin militarizmine ve Asya işgaline karşı çıkan ve Japon Anayasası'nın korunması gerektiğini inanan siyasetçiler ve eğitimli bir toplumsal sınıf yer almaktadır.

2. Japon Anayasası'nın Kabulü ve Japonya'da Anayasal Siyasetin Gelişimi

(1) İşgal Güçleri Komutanlığı (İGK) Tarafından Hazırlanan Taslak: "Zorlama Anayasa" veya "Japonlar Tarafından Hazırlanacak bir Anayasayı Savunmak"

Japonya 14 Ağustos 1945 tarihinde Potsdam Bildirisi'ni kabul etti ve müttefik güçlere koşulsuz olarak teslim oldu. Bu

KOJI TONAMI'NİN TEBLİĞİ

durum, aynı zamanda İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesi anlamına geliyordu. Bu tarihten itibaren ülke, müttefik güçlerin işgali altına girdi. Japonya'nın demokratikleştirilmesini arzulayan işgal kuvvetlerinin güttüğü siyasî amaçlar çerçevesinde ortaya çıkan kaçınılmaz bir adım da, Meiji Anayasası'nın ele alınmasıydı. Bu kapsamda başlatılan anayasa çalışmaları, ilk başta Japon Hükümeti bünyesinde kurulan bir çalışma komisyonu tarafından ele alındıysa da, bu komisyon tarafından ortaya konulan taslak, Meiji Anayasası'nın egemenliği İmparator'a veren sisteminden farklı bir sistem öngörmüyordu. Bunun ise, esaslı bir yenileme faaliyeti olmadığı açıktı. Japonlar tarafından yürütülen anayasa değişikliği çalışmasının tutucu içeriğinden ötürü hayal kırıklığına uğrayan İşgal Güçleri Komutanlığı, sonradan *"Japon Anayasası MacArthur Taslağı"* olarak anılacak olan bir taslak hazırlayarak, Japon Hükümeti'nin bununla yola devam etmesini tavsiye etti. Japon Hükümeti, içerdiği demokratik hükümler dolayısıyla ilk başta İGK taslağına karşı çıktıysa da, söz konusu taslağın reddedilmesinin mümkün olmadığını görmelerinin ardından, metnin anayasa çalışmalarında resmî bir taslak olarak kabul edilmesine karar verdi. *"Anayasa Değişikliği Taslağı"* olarak da anılan Meiji Anayasası Reform Yasası, 90. İmparatorluk Meclisi'ne sunulmasının ve çeşitli tartışma ve iyileştirmelerin ardından (Haziran-Ekim 1946) 3 Kasım 1946 tarihinde ilân edildi ve 3 Mayıs 1947'den itibaren yürürlüğe girdi. Böylece, Japon Anayasası İGK tarafından önerilen bir taslak üzerine şekillenmiş ve kabul edilmiş oldu. Bu durum ise, kabul edilen anayasanın muhafazakâr siyasetçiler tarafından *"zorlama anayasa"* olduğu gerekçesiyle eleştirilmesine ve *"Japonlar tarafından yeni bir anaya yapılması"* fikrinin savunulmasına yol açtı. Japon Anayasası'na karşı eleştiriler, özellikle Savaş öncesi dönemin İmparatorluk rejimine yönelik güçlü bir aidiyet hisseden muhafazakâr politikacılar tarafından sürdürüldü. *"Yeni bir anayasanın gerekliliği"* savunusu, İkinci Dünya Savaşı ertesinden geçtiğimiz Ağustos ayına kadar sürekli iktidarda olan Liberal Demokratik Parti'nin (LDP) temel politikalarından biri haline geldi.

(2) Japon Anayasası'nın Temel İlkesi: Özgürlük, Demokrasi ve Barış - Muhafazakâr Siyasetçilerin Soğukluğu

Japon Anayasası, temellerini özgürlük, demokrasi ve barışta bulan anayasacılık düşüncesi ile dopdolu bir anayasadır. Japonya'nın yeniden inşası sırasında, Japon Anayasası siyasî iktidarı İmparator'a, yani Tenno'ya vermeyi reddetmiş ve böylece demokratik bir karar alma sürecine giden yolu açmıştır. Bu anayasa ile insan haklarının, otoriter hükümetler, polis ve savaş öncesi yılların askerî idaresi tarafından ihlâl edilmesine son verilmiş ve temel insan hakları yeterli ölçüde koruma altına alınmıştır. Dahası, Anayasa'nın 9. maddesi, geçmiş saldırganlıklara ve savaşlara bir tepki olarak, *"savaştan feragat etme"* ve *"askerî kuvvet bulundurmama"* esaslarını öngörmüştür. Bu bağlamda Japon Anayasası'nın dayandığı temel ilkeler, halk egemenliği (demokrasi), temel insan haklarının korunması (özgürlük) ve barışçılık olarak şekillenmiştir.

Bir bütün olarak ele alındığında, Japon Anayasası'nın dayanağını oluşturan iki ideolojik temelden söz etmek mümkündür. Bunlardan ilki, insan hakları ve demokrasi kavramlarıyla iç içe geçmiş bir anayasacılık inşa etmek; diğeri de Tenno Rejimi'nin, Savaş öncesinde hâkim olan saldırganca ve savaşçı tutumunu reddetmektir. Japon Anayasası'nın bu iki temeli esasen iç içe geçmekte ve birbirini tamamlamaktadır. Japon Anayasası, İGK tarafından önerilmiş bir taslak üzerine inşa edilmiş olmanın genetik kusurunu bünyesinde taşımakla birlikte, yine de uluslararası toplum tarafından benimsenen evrensel ilkeler olan insan haklarının korunması ve halk egemenliği konusunda düzenlemeler getirmiş; hatta bu konuda daha da ileriye giderek *"askerî kuvvet bulundurmamayı"* hüküm atına almış ve mutlak bir barışçı tutum sergilemiştir. İlaveten, Tenno sistemi muhafaza edilmekle birlikte İmparator'un statüsü, hiçbir siyasî otorite içermeyen *"sembolik"* bir konuma indirgenmiştir. Bugün gelinen nokta itibariyle, Japon Anayasası'nın hem içerik, hem de Japon Halkı'nın o günden beri devam eden desteği bağlamında, bir anayasanın yaşaması için gerekli olan meşruluk seviyesine ulaştığını kabul etmemiz gerekmektedir.

KOJI TONAMI'NİN TEBLİĞİ

Bununla birlikte, LDP'nin muhafazakâr politikacıları için Japon Anayasası'nın bir engelden başka bir şey ifade etmediği anlaşılmaktadır. Gerçekten, 1954 yılında hükümet, yeniden silahlanma amacı çerçevesinde Öz-Savunma Kuvvetleri'nin kurulmasına karar verdiğinde, Anayasa'nın *"askerî kuvvet bulundurmama"*yı öngören 9. maddesinin büyük bir engel haline geldiği görülmüştü. İlaveten, muhafazakâr politikacılar, Japon siyasî hayatının temel değerleri olan insan hakları ve demokrasiye de ikincil bir konumu layık görmektedirler. Anılan çevreler, anayasanın esaslı unsurları olarak bu değerler yerine Japon geleneklerini, yurtseverliğini ve aynı zamanda İmparator'u görme arzusunda olmuşlardır. Başka bir ifadeyle, muhafazakâr siyasî akım, süreç için Japon Anayasası'ndan farklılaşan yönler inşa etmiş ve bunu günümüze dek sürdürmüştür.

(3) Merkezî bir Siyaset Unsuru Olarak, 1960'tan 90'lara Ekonomi – Anayasa Değişikliği Konusundaki Tartışmanın Gündemin Ön Sıralarından Çıkması

1946 Japon Anayasası, herhangi bir değişikliğe uğramaksızın, siyasetin gerçekliğini ve toplumu etkilemeye kesintisiz bir biçimde devam etmiştir. Metin, ulusal temel yasa olarak Japonya'daki siyasî ve toplumsal gelişme hamlelerini desteklemeye devam etmektedir. Bununla birlikte, metnin tüm Japonlar tarafından benimsendiğini iddia etmek de yanıltıcı bir tutum olacaktır. Aksine, 9. madde başta olmak üzere Anayasa'nın tümüne yönelik değişim talepleri, metnin sürekli bir eleştiri konusu olduğunu gözler önüne sermektedir.

Geçmişte olduğu gibi günümüzde de Japonya Anayasası hakkında yaşanan çatışmaların temelinde yatan sorun, bir anayasa değişikliğine ihtiyaç bulunup bulunmadığı noktasında düğümlenmektedir. Ne var ki, anayasa değişikliğine taraftar olanlar ile buna karşı çıkanlar arasındaki bu tartışmalar, Savaş sonrası dönemin Japonya'sında her zaman açıktan açığa yürütülmüş değildir. Aksine, anayasa değişikliği meselesi, 1960 tarihli Japon-ABD Güvenlik Anlaşması'nın gözden geçirilmesine yönelik gürültülü tartışmaların ardından epeyce gerile-

miştir. Bunun yerine, ekonomik kaygı ve tartışmaların gündeme hâkim olduğu bir dönemin kapıları açılmış ve Japonya hızlı bir ekonomik gelişme sürecine girmiştir. Aynı zamanlarda, LDP hükümeti de anayasa değişikliği konusundaki görüşlerini gündemin üst sıralarından çekmiştir. Bu tutumun sebebi, bir yandan anayasa değişikliğine ilişkin beklenti ve tartışmaların yaratacağı siyasî istikrarsızlıklardan kaçınmak, diğer yandan da hükümetin, Öz Savunma Kuvvetleri'nin *(Self Defence Forces)* Anayasa'nın 9. maddesine aykırılığı sorununu, bu kuruluşun anayasaya uygun olduğu yolunda bir yorumla aşabileceğine dair inancı olmuştur.

1960 ve sonrasında Japonya, 60'lar ve 70'lerde yaşanan hızlı ekonomik büyüme, 1970'lerin ikinci yarısında ortaya çıkan petrol krizi, 1980'lerde ticarî alanda yaşanan ABD-Japonya sürtüşmesi ile birlikte ekonomi ağırlıklı bir döneme girmiş ve nihayetinde ortaya *"büyük bir ekonomi ülkesi"* çıkmıştır. Bütün bu dönem boyunca karşılaşılan ve Öz Savunma Kuvvetleri'nin varlığından kamu çalışanlarının sosyal haklarının kısıtlanmasına, ders kitaplarının eğitim bakanlığınca kontrol dilmesinden öğrenci hareketlerine ve nihayetinde bir Başbakan'ın Yasukuni Tapınağı'nı ziyaret etmesine kadar uzanan *anayasal sorunlar*, pek az sayıda *anayasa hukuku sorununa* yol açmıştır. Japon Anayasası, bu dönem boyunca genellikle kendisine gündemin üst sıralarında yer bulabilen bir tartışma konusu olmamıştır.

Bu dönem boyunca ülkedeki demokrasi seviyesinin herhangi bir gelişme gösterdiğini söylemek güçtür. Meclis'teki sandalye kompozisyonu, bir yanda iktidarını kesintisiz olarak devam ettiren LPD, diğer yanda ise Sosyalist Parti, Komünist Parti ve Komei Budist Partisi gibi görece küçük, bağımsız ve her türlü işbirliğinden uzak muhalefet partileri arasındaki bir dağılıma işaret ediyordu. Yine bu dönemde herhangi bir hükümet değişikliği de söz konusu olmamıştır. Şüphesiz, LDP Hükümeti'nin meşruiyeti Anayasa ile öngörülen demokratik seçimlere dayanmaktaydı ve LDP'nin izlediği politikalar da Anayasa ile çizilen sınırlar çerçevesinde kalmaktaydı. Buna rağmen, bu dönemde görülen rejim, demokrasinin gerekle-

KOJI TONAMI'NİN TEBLİĞİ

rinden oldukça uzaktı. Siyasî karar alma mekanizması ağırlıklı olarak bürokratlar tarafından sahiplenilmişti ve LDP Hükümeti'nin Japon Halkı'nın kaderini etkileyen somut politikalar hakkında çok az etkisi vardı. Siyasetçi sınıfı, bu dönemde *"oy karşılığı menfaat"* dağıtmakla o kadar meşguldü ki, Lockheed skandalı (1975), Recruit Co. Olayı (1988) ve Sagawa Co. Olayı (1990) gibi meseleler ülkenin değişmez gündem maddeleri arasında yer alıyordu.

(4) Anayasa değişikliği Meselesinde En Ciddi Nokta Olarak 9. Madde

Japon Anayasası'nın değiştirilmesi tartışmalarında en ciddi anlaşmazlıklara konu olan husus, Anayasa'nın 9. maddesi hükmüdür. Bahsi geçen madenin birinci fıkrası şu esasları içermektedir:

"Adalet ve düzen üzerine kurulu uluslararası barışın tesisini samimiyetle arzu eden Japon halkı, ulusun bir egemenlik hakkı olarak savaş olgusunu ve uluslararası anlaşmazlıkların çözüm aracı olarak güç kullanımını sonsuza kadar reddeder".

Maddenin ikinci fıkrası ise şöyle devam etmektedir:

"İlk fıkrada belirtilen amaçlara ulaşma azmi çerçevesinde, kara, deniz ve hava kuvvetleri ile savaşma potansiyeli bulunan başka hiçbir unsur bulundurulamaz. Devletin savaş hakkı tanınamaz".

Maddedeki en önemli nokta, ikinci fıkrada geçen *"askerî kuvvet bulundurmama"* hükmüdür. Anılan hüküm bir ordu kurmayı yasakladığı için, aslında Öz Savunma Kuvvetleri'nin varlığının bu fıkraya aykırı düştüğü görülmektedir. 1990'lardan beriyse 9. maddeye ilişkin tartışmalar, *"kolektif öz savunma hakkının"* da söz konusu madde kapsamında yasaklanmış olup olmadığı sorusuna dönüşmüş bulunmaktadır. Hükümetin ve özellikle de Kabine Yasama Bürosu'nun yorumu uyarınca, kolektif öz savunma hakkının *"kullanımı"* 9. madde tarafından yasaklanmış olmakla birlikte; metinde hakkın *"bizatihi kendisine"* izin verildiği kabul edilmektedir.

9. maddenin teklif sahibinin gerçekte MacArthur mu yoksa Başbakan Shidehara mı olduğuna ilişkin ihtilaflı bir tartışma da mevcuttur. Ancak, bu tartışma bir yana, Japonya'nın savaştan nefret ettiği ve bunu geçmişte bırakmak istediği; bir daha asla savaşmamaya söz verdiği ve *"savaştan feragat etmeye"* ve *"askerî kuvvet bulundurmamaya"* karar verdiği konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. 9. madde silahsız bir tarafsızlık ortaya koymakta olup, Birleşik Devletler de bunu kabul etmektedir.

Ne var ki, Soğuk Savaş koşullarının gittikçe daha ciddî bir hâl almasıyla birlikte, Birleşik Devletler'in Japonya politikasında da demokratikleşmeden anti-sosyalizme doğru kayan ve Japonya'nın Batı kampına katılmasını destekleyen bir değişme ortaya çıktı. 1950 yılında Kore Savaşı'nın patlak vermesiyle birlikte, Japonya'nın yeniden silahlanması gündeme getirildi. Japonya, bu gelişmeler üzerine bir yedek polis gücü inşa ederek, 1954'te Öz Savunma Kuvvetleri halini alacak bir örgütlenmenin ilk adımlarını attı. Anayasa'nın 9. maddesiyle Öz Savunma Kuvvetleri'nin varlığından kaynaklanan gerçeklik arasındaki çatışma da böylece başlamış oldu. Gerçekten, Japonya'da Anayasa'nın 9. maddesi ile Öz Savunma Kuvvetleri oluşumu arasındaki bu çatışma, Büyük Savaş sonrası anayasa tarihinin en büyük ihtilafı haline geldi.

Anayasa yapıcıların iradesinin her türlü askerî silah ve personeli yasaklamak olduğu dikkate alındığında, Öz Savunma Kuvvetleri'nin varlığının, Anayasa'nın 9. maddesinin esaslı bir biçimde ihlâli anlamına geldiğini kabul etmek gerekmektedir. Bu sebeple, bir Öz Savunma Kuvveti kurabilmek için bir anayasa değişikliğine ihtiyaç olduğu açıktı. Ne var ki, LDP Hükümeti'nin gereksiz siyasî çatışmalardan kaçınma eğilimi, bu dönemde konuyla ilgili herhangi bir değişiklik teklifinin gündeme gelmesine engel oldu. Diğer taraftan LDP Hükümeti, Öz Savunma Kuvvetleri'nin Anayasa'ya uygunluğu konusunu, öz savunma hakkını Anayasa'nın 9. maddesini değiştirmeden yorumlama yoluyla ispat etmeye

KOJI TONAMI'NİN TEBLİĞİ

yöneldi: Bu yönteme de *"Anayasa'nın yorum yoluyla değiştirilmesi"* denildi. Bu yorum biçimi, devletin, ülkesini hukuka aykırı müdahalelerden korumak için kendi varlığına içkin bir öz savunma hakkının bulunduğuna; Anayasa'nın da bu türden müdahalelere karşı öz savunma hakkını mümkün olan en az kuvvetle sağlamak gerektiği yönünde amir olduğuna ve dolayısıyla da buna izin verdiğine dayanıyordu. Böyle olunca da, *"öz savunma için bulundurulacak minimum kuvvetler"*, Anayasa'nın 9. maddesinde değinilen *"savaş potansiyeli"*nin dışında kalmış oluyordu.

Öz Savunma Kuvvetleri'nin varlığını meşrulaştıran bu yorum biçimi, bugün dahi varlığını sürdürmekle beraber; 1990'lardan beri söz konusu yorum biçimiyle çatışan yeni bir mesele ortaya çıkmış bulunmaktadır. 1990 yılında Irak'ın Kuveyt'i işgaliyle tetiklenen Körfez Savaşı başladığında, Öz Savunma Kuvvetleri'nin deniz aşırı bir biçimde Kuveyt'e gönderilmesi konusu Japonya'da esas gündem maddesi oldu. Sonuçta, Öz Savunma Kuvvetleri'nin Kuveyt'e gönderilmesinden vazgeçildi; zira Japonya'ya yönelen herhangi bir saldırı olmamasına rağmen böyle bir tavır takınılması, Anayasa'da yasaklanan "kolektif öz savunma hakkının *kullanılması*" anlamına gelecekti. Böylece, Öz Savunma Kuvvetleri'nin yurt dışına gönderilmesi, hükümetin bakış açısıyla dahi Anayasa'ya aykırı olarak görüldü.

Bu olayı bir çıkış noktası olarak gören taleplerle birlikte, 9. maddenin değiştirilmesi yönündeki düşünceler de yeniden etkin bir biçimde savunulmaya başlandı. Böylece, Anayasa'nın 9. maddesinin değiştirilmesi yönündeki talepler, anayasa değişikliği konusunda yaşanan tartışmalarda en üst sıraya oturmuş oldu. Gerçekten, anayasa değişikliğini destekleyen görüşler, her şeyden önce ve ilk sırada 9. maddenin değiştirilmesi gerektiğini savunurken; buna karşı çıkanlar ise anılan maddenin korunması gerektiğine inanmaktadırlar. Bu tartışmanın, günümüzde dahi geçerliliğini ve merkezî önemini korumaya devam ettiği görülmektedir.

(5) Anayasayı Değiştirme-Değiştirmeme Tartışmasının Yapısı: Ters Yüz Olmuş bir Olay

Japon Anayasası'nın değiştirilmesi veya değiştirilmemesi tartışması üzerine düşünürken, bu tartışmada kimlerin hangi tarafı tuttuğunu gözlerden uzak tutmamak gerekmektedir. Bu bağlamda aşağıda belirtilen hususlar, Japonya'nın Savaş sonrası anayasal tarihinin bir özetine ulaşmak bakımından önem taşımaktadır.

Her şeyden önce, Savaş sonrası dönemin büyük bölümünde parlamentoda çoğunluğu elinde tutan ve çeşitli grupların birleşiminden oluşan LDP, Anayasa'nın değiştirilmesini talep etmektedir. LDP'nin Japon Anayasası'na yönelik tutumunun *"soğukluk"* olarak nitelenmesi mümkündür. İktidar partisi sıfatıyla LDP, özgürlük ve demokrasiye bağlı kalmış, Birleşik Devletler ile olan ilişkilerin önemini vurgulamış ve Batı'nın siyasî ve ekonomik sisteminin üstünlüğünü dile getirmiştir. Diğer yandan parti, temellerini Batı anayasacılığından ve bunun da özünde yatan özgürlük ve demokrasi değerlerinden alan Anayasa'nın değişmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu bağlamda, LDP ve hükümetin anayasa konusundaki tavrı gerçek anlamda çelişkilerle yüklüdür.

İkinci olarak, bu düşüncelerin karşı cephesinde yer alan Japon Sosyalist Partisi'nin (JSP) ele alınması gerekmektedir. Anayasa'nın olduğu şekliyle korunması gerektiğini savunan JSP, muhalefette yer alan ve sosyalizme yakın duran bir parti olarak göze çarpmaktadır. JSP, 1993 yılından beri Sosyal Demokrat Parti olarak anılmakta ve kendisini çalışan sınıfların partisi olarak tanımlamaktadır. Savaş'ın ardından uzun bir dönem boyunca LDP'nin politikalarına muhalefet etmiş, ancak hiçbir dönemde iktidar olma şansı bulamamış ve 1990'lardan itibaren güç kaybı yaşamaya başlamıştır. Özetle ifade etmek gerekirse, sosyalizmi bir amaç olarak benimseyen JSP, Batı kapitalizmini başlangıç noktası olarak alan bir anayasayı savunmuştur. İşte bu sebepledir ki, savaş sonrası dönemde anayasa değişikliğine taraftar olan ve buna karşı çıkan güçler arasında ilginç bir ters-yüz olma durumunun ortaya çıktığını söylemek mümkündür.

KOJI TONAMI'NİN TEBLİĞİ

Üçüncü olarak, hâlihazırda geçerli olan Anayasayı koruma yönündeki görüşler LDP Hükümeti tarafından benimsenen politikaların eleştirisine dönüşmüş ve bunun sonucu olarak da Anayasa, birlikten ziyade muhalefetin sembolü haline gelmiş bulunmaktadır. Anayasa'yı benimseyen görüşler, hükümet ile muhafazakâr gruplar içinde kök salan ve bir anayasa değişikliğine ihtiyaç bulunduğunu savunan görüşler karşısında yer almaktadırlar. Bu görüşler, aynı zamanda öz-savunma, eğitim ve ders kitapları ile Yasunuki Tapınağı gibi ciddi siyasî düşmanlıklara yol açan konulara ilişkin tartışmalarda Anayasa'ya başvurarak, hükümet ve LDP tarafından izlenen politikaların eleştirisine yönelmektedirler. Anayasa'yı benimseyen bu söylemler, Anayasa'nın gösterdiği yoldan sapan hükümet eylemlerinin eleştirisinde ve düzeltilmesinde önemli rol oynamaktadırlar. Ne var ki, tam da bu nedenle Anayasa, hükümetin eylemlerinin eleştirildiği bir zemin haline dönüşmüş ve hükümet ve LDP tarafından izlenen politikalara karşı bir *"eleştiri sembolü"* görünümünü almış bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak da Anayasa, bu türden hukuk metinlerinin bir ülkenin siyasî semalarında daha en başından itibaren oynaması beklenen *"birlik sembolü"* rolünü oynayamaz hale gelmiştir. Bu durum ise, LDP Hükümeti'nin Anayasa'ya karşı hissettiği soğukluğun sebeplerinden biri olmuştur. Bu durum, aynı zamanda, Anayasa'nın toplumun büyük çoğunluğunun kabulüne ve vatandaşların saygısına mazhar olmasına rağmen, Anayasa'yı benimseyen güçlerin somut sonuçlara ulaşmasını da oldukça güçleştirmiştir.

3. Günümüzdeki Durum ve Anayasa Değişikliği Yönündeki Eğilimler

(1) 1990 ve Sonrasında Anayasa Değişikliği Yönündeki Söylemlerin Güç Kazanması

1990'ların ardından, anayasa değişikliği konusu yeniden dikkat çekmeye başladı. Bunun ilk sebebi, sosyalizmin çökmesi ve Soğuk Savaş'ın sona ermesiydi. Bu durum, tüm dünya ölçeğinde Batı kampının üstünlüğüne yol açarken, Japonya'da da Anayasa'yı destekleyen en büyük siyasî kamp olan JSP'nin

güç kaybı yaşamasına yol açtı. Bu kapsamda akla gelebilecek ikinci bir sebep, dünyanın farklı yerlerinde gittikçe artan sayıda ortaya çıkan bölgesel çatışmalara paralel olarak, Öz Savunma Kuvvetleri'nin yurt dışına gönderilmesinin ciddi bir mesele haline gelmesiydi. Anayasa'nın 9. maddesi ile aynı zamanda resmî hükümet yorumu da olan Kabine Yasama Bürosu'nun yorumu, toplu öz savunma hakkının kullanımını yasaklayan 9. maddenin, Öz Savunma Kuvvetleri'nin çatışma bölgelerine gönderilmesine engel teşkil ettiğine işaret ediyordu. Bu başlık altında değinilmesi gereken üçüncü bir sebep de, anayasa değişikliği yönündeki eğilimin kamuoyu nezdinde de yükselmeye başlamasıydı. Bu durumun tipik bir örneği, o tarihlerde olduğu gibi günümüzde de Japonya'nın en yüksek baskı sayılı gazetesi olan Yomiuri'nin duyurusunu yaptığı, 1994 tarihli bir taslak anayasa değişikliğiydi. O döneme kadar Japon kitle iletişim araçlarında hükümete karşı genellikle eleştirel bir tutum benimsenmesine rağmen, bu olayda Yomiuri ilk defa LDP Hükümeti'ni destekleyen bir tavır takınmış ve anayasa değişikliği yönünde bir tutum benimsediğini ortaya koymuştur.

1990'larda görülen anayasa değişikliği taraftarlığının ayırt edici özelliği, modası geçmiş ve muhafazakâr bir taraftarlık anlayışı yerine, *"Japon Anayasası'nın artık yorulduğu"* veya *"yaşlandığı"* gibi yeni eleştiriler üzerinden hareket etmesiydi. Dahası, anayasa değişikliği önerileri de, 9. madde değişikliğine ek olarak; özel hayatın gizliliği ve bilgi edinme hakkı gibi yeni hakları içeren bir insan hakları katalogunun kabulü, referandum sisteminin getirilmesi ve bir anayasa mahkemesi kurulması türünden çok ciddi önerileri de içeriyordu. Bu önerilerin yanı sıra, insan hakları karşısında *"kamu düzeni"* kavramının aşırı biçimde vurgulanmasına, Japon Devleti'ne ve geleneklerine saygı gösterilmesi (yurtseverlik) talebine dayanan muhafazakâr değişim talepleri de varlığını sürdürüyordu. Anayasa değişikliği yönündeki bu güçlü talepler, en sonunda 2000 yılında *"Anayasa Araştırma Konseyi"*nin kurulmasıyla sonuçlandı.

KOJI TONAMI'NİN TEBLİĞİ

(2) Anayasa Araştırma Konseyi'nin Anayasa Değişikliği Konusundaki Çalışmaları ve Hazırladığı Rapor

Anayasa Araştırma Konseyi, 2000 yılında Parlamento'nun her iki kanadının (Temsilciler Meclisi ve Danışma Meclisi) çatısı altında kuruldu. Konsey, 5 yıl boyunca anayasa ile ilgili her alanda araştırmalar yürüttükten sonra 2005 yılında yayımladığı raporunda, anayasa değişikliğini esas alan bir görüşe ulaştığını açıkladı. Rapor, son derece hacimli olmasına ve açık bir dille kaleme alınmış olmasına rağmen; hangi hükümlerin ne şekilde değiştirilmesi gerektiğine ilişkin hiçbir somut öneri içermeyip, yalnızca araştırmanın sonucunu ve Araştırma Konseyi'nde dile getirilen görüşleri kapsıyordu. Bununla birlikte, raporun yayımlanmasının ardından tüm partiler, anayasa değişikliği konusunda kendi fikirlerini kamuoyu ile paylaşma fırsatı buldular ve LDP de, Kasım 2005 tarihinde kendi somut anayasa değişiklik önerilerini duyurdu.

Konsey'in araştırmaları devam ederken, bir yandan da siyasî hayatta çeşitli etkiler doğuran bir muhafazakâr eğilim kayda değer ilerlemeler kaydetti. Bu eğilimin yansımaları, Öz Savunma Kuvvetleri'nin Amerika Birleşik Devletleri ile işbirliği çerçevesinde Irak'a gönderilmesi, Başbakan Koizumi'nin Yasukuni Tapınağı'nı ziyaret etmesi, okullardaki mezuniyet törenlerinde bayrak (Doğan Güneş biçimindeki Japon Bayrağı) ve millî marşın *(Kimigayo)* zorunlu kılınması ve millî marşın okunması sırasında ahenk içinde ayağa kalkmayan öğretmenlerin cezalandırılması gibi uygulamalarda görülebiliyordu. Dönemin Başbakanı Koizumi, bir yandan *"LDP'yi yeniden yapılandırma"* sloganı eşliğinde geleneksel LDP politikalarına karşı çıkar ve posta servisinin özelleştirilmesi gibi neo-liberal politikaları uygulamaya koyarken; diğer yandan da Yasukuni Tapınağı'nı ziyaret etmek gibi muhafazakâr düşüncelere bağlılığını sürdürüyordu.

Bu dönemde anayasa değişikliğini savunan görüşlerin neden ciddî bir artış gösterdiğini aşağıdaki şekilde açıklamak mümkündür: LDP Hükümeti, çıkardığı muhafazakâr başbakanlar eliyle ulusalcılığı temel siyasî tercih olarak benimse-

KOJI TONAMI'NİN TEBLİĞİ

mişti. Japon ekonomisinin 1990'lar ve sonrasında içine girdiği durgunluk ve bürokratik yönetim anlayışının yol açtığı kayıplar nedeniyle, bu dönemde LDP hükümeti de sahip olduğu desteği kaybetme noktasına geldi. LDP iktidarı bu gelişmelere cevaben ve durgunluğa sürüklenen ekonomi ve siyaset konularından uzaklaşmak amacıyla *"Japon Devleti"* kavramını aşırı vurgulayarak, sahip olduğu desteği devam ettirmeye yöneldi. İşte, anayasa değişikliği plânları da, bu türden muhafazakâr eğilimler çerçevesinde belirginlik kazandı.

Dahası, ulusalcılığın yükselmesi de muhafazakârlığın yayılımını kolaylaştıran bir etki doğurdu. *"Ulusalcılık"* ve *"Kimiyago"*nun eğitim dünyasına taşınması, başbakanın Yasukuni Tapınağı'nı ziyaret etmesi gibi eylemler hep ulusalcı tutumların dışa vurumları olarak şekillendi. Ulusalcı eğilim, son dönemlerde öne çıkan Kuzey Kore gibi yabancı unsurlara duyulan dışlayıcı hislerin de etkisiyle, ulusal düzeyde daha güçlü bir eğilim halini aldı. Küreselleşme sürecinde ortaya çıkan ulusal kimlik arayışları da bu sürece katkı yapan bir diğer unsur oldu.

Hemen bütün ülke halklarının da kabul ettiği üzere, ulusalcılığın bizzat kendisinin kötü olduğunu söylemek mümkün değildir. Ne var ki, Japonya örneğinde *"ulusalcılık"*, *"Doğan Güneş ve Kimiyago ulusalcılığı"* ve *"İmparator"* ile iç içe geçmekte olup; zaman zaman da İkinci Dünya Savaşı öncesinde Asya'ya yönelik saldırganlığı haklılaştıran kadim *"Japon Devlet hâkimiyeti"* düşüncesine uzanmaktadır. Konuya bu yönden bakıldığında, Japonya'da ulusalcılık olgusunun büyük bir dikkatle ele alınması gerektiği açıkça görülebilmektedir.

(3) Abe Kabinesi Döneminde Muhafazakâr bir Anayasa Değişikliğine Yöneliş

2006 yılında gelindiğinde, LDP'li Koizumi Kabinesi'nin yerini alan aynı partiden Shinzo Kabinesi, anayasa değişikliğinin muhafazakâr siyasetin bir amacı olduğunu ilân etti. Başbakan Abe, *"savaş sonrası rejimden uzaklaşma"* sloganını ortaya atarak, savaş sonrası demokrasi ve Japon Anayasası'na ilişkin temel

KOJI TONAMI'NİN TEBLİĞİ

kabullerden uzaklaşma niyetinde olduğunu ortaya koymuş oldu. Buna bağlı olarak, bir anayasa değişikliğini gerçekleştirmek amacıyla iki önemli alanda birbirini tamamlayan düzenlemelere gidildi.

Bunlardan ilki, Mayıs 2007 tarihinde kabul edilen *"Referandum Yasası"* idi. Yasanın başlığında *"referandum"* kelimesi geçmesine rağmen, metin genel anlamda bir referandum düzenlemesine yönelik olmayıp; *"Japon Anayasası'nın değişiklik usulüne ilişkin yasa"* olma niteliği taşıyordu. Başka bir ifadeyle, söz konusu yasada geçen referandum, anayasa değişikliği için gerekli olan özel oylamaya tekabül ediyordu. Gerçekten de, Anayasa'nın 96. maddesinde bir anayasa değişiklik teklifinin kanunlaşabilmesi için, teklifin parlamentonun her iki kanadında da üçte ikilik bir çoğunlukla kabul edilmesinin ardından halkoylamasına sunulması ve burada da kabul edilmesi öngörülmekteydi. Bu bağlamda, herhangi bir anayasa değişikliğine gidebilmek için öncelikle halkoylamasının somut koşullarını düzenleyen bir yasanın çıkarılması kaçınılmaz hale geliyordu. Ne var ki, o tarihe kadar görevde olan LDP hükümetleri, anayasa değişikliği konusundaki muhalif görüşleri harekete geçirmeme kaygısıyla bu yönde herhangi bir adım atmaya cesaret edememişti. İşte Abe Hükümeti'nin yaptığı iş, bu cesaret gerektiren adımı atmak oldu.

Bu bağlamda yapılan ikinci önemli düzenleme, *"Eğitim Temel Yasası"*nın Aralık 2006 tarihinde değiştirilmesi oldu. 1947 yılında kabul edilen ve eğitim sisteminin esaslarını belirleyen Eğitim Temel Yasası, demokrasi, özgürlük ve barışçılık anlayışları üzerine kuruluydu. Bu Yasa, Japon anayasacılığı ve Anayasası ile aynı ruha sahip olup; tam da bu nedenle muhafazakâr siyasetçilerin nefretini üzerine çekmekteydi. Söz konusu Yasa'da yapılan bu değişikliğin amacı, ahlâki ve ulusal eğitim anlayışını güçlendirmekti. Bu bağlamda söz konusu değişiklik, bir anlamda anayasacılığa aykırı bir nitelik taşıyordu. *"Kamu düzenine saygı gösterme"* ifadesi başlangıç kısmına eklenirken; *"zengin bir duygu ve ahlâk anlayışı çerçevesinde eğitim"* ve *"gelenek ve kültürün, sevdiğimiz ülkemizde saygı gören başlıca*

değerler olduğu" ifadeleri, eğitim sürecinde ulaşılması gereken hedef anlayışlar olarak tespit edildi. Yapılan değişiklik, öğrencileri *"yurtseverlik"* ve *"gelenek ve tarihe saygı"* inançları doğrultusunda yeniden şekillendirmeyi amaçlıyordu. Bu, aynı zamanda, Eğitim Temel Yasası'nda yapılan değişiklikler ile plânlanan anayasa değişikliğinin birbirleri ile sıkı sıkıya ilişkili oldukları anlamına geliyordu.

(4) 2007 Danışma Meclisi Seçimlerinde LDP'nin Yenilgisi ve Başbakan Abe'nin İstifası

Abe'nin LDP Hükümeti, Temmuz 2007 tarihinde düzenlenen Danışma Meclisi seçimlerinde *"anayasa değişikliği"* meselesini seçim sloganlarından biri olarak kullanarak yarışa girdi. Seçim sonucunda LDP mutlak bir yenilgiye uğradı ve Danışma Meclisi'ndeki sandalyelerin çoğunu yitirdi. Daha önceden Başbakanlığa devam etme yönündeki niyetini açık eden Abe de, Ağustos 2007 tarihinde birdenbire istifa ettiğini açıkladı.

Bu seçimlerin ortaya koyduğu bir husus, halkın anayasa değişikliğini öncelikli bir mesele olarak görmediğiydi. İnsanların dikkati, daha ziyade istihdam, iş hayatı ve maaş skandalları gibi ekonomik sorunlar üzerine odaklanmıştı. Böylece, Anayasa değişikliğine yönelik söylemlerin, *"tek bir oy kazanmak"* için yürütülen yarıştaki çekiciliğini yitirdiği ve insanların beğenisini kazanmak için yeterli olmadığı açığa çıkmış oldu.

Diğer bir deyişle, Başbakan Abe'nin seçim başarısızlığı, halkın Anayasa değişikliği fikrine genel olarak sıcak bakmadığını ortaya koydu. Gerçekten de bu seçimler, halkın büyük çoğunluğunun bir anayasa değişikliğine (hele Başbakan Abe'nin arzu ettiği gibi muhafazakâr ve ulusalcı doğrultuda girişilecek bir anaysa değişikliğine) ne kadar mesafeli durduğunu ortaya çıkardı.

(5) 2009 Yılındaki Hükümet Değişikliği ve Anayasa Değişikliği Meselesi

LDP'nin Temsilciler Meclisi'ndeki sandalyelerin önemli bir bölümünü elinde tutmaya devam etmesinin bir sonucu olarak,

KOJI TONAMI'NİN TEBLİĞİ

Başbakan Shinzo Abe'nin istifasından sonra da aynı partiden Yasuo Fukuda ve Taro Aso Başbakan oldu. Ne var ki, LDP'nin ve Kabine'nin desteği azalmaya devam etti ve en nihayetinde, Ağustos 2009'da Temsilciler Meclisi için yapılacak seçimlerin tarihi gelip çattı.

Bu seçimde, LDP ciddî bir yenilgi alarak siyasî iktidarı yitirirken, Demokratik Parti (DP) büyük bir seçim başarısı elde ederek iktidara geldi. DP, küçük muhalefet partilerinin bir araya gelmesiyle 1999 yılında kurulmuş yeni bir partiydi. DP'nin amacı ülkede bir hükümet değişikliği gerçekleştirmek olup, bu seçimle birlikte anılan amaç da elde edilmiş oldu.

LDP Hükümeti'nin izlediği politikaların herhangi birinde belirgin bir başarısızlık yaşanmadığı dikkate alındığında, bu iktidar değişiminin meydana gelme nedenlerini açıklamak kolay görünmemektedir. Bu değişikliğin temelinde yatan sebep, insanların bu kadar uzun bir döneme yayılan LDP iktidarından yorgun düşmüş olmalarıydı. Buna ek olarak, 1990'larden itibaren ortaya çıkan ve aralarında 90'ların köpük ekonomisinin ardından içine yuvarlanılan durgunluk, bürokratik iktidarın haddini fazlasıyla aşması ve kirlenmesi, piyasa ekonomisi uygulamalarının sonucu olarak zengin ve fakirler arasındaki gelir uçurumun artması gibi pek çok hususun da altını çizmek gerekmektedir. LDP, bütün bu dönem boyunca gücünü adım adım kaybetmişti.

DP Hükümeti de, 2009 seçimlerinde kazanmış olduğu büyük başarıya rağmen, aynı zamanda parti lideri olan Başbakan Yukio Hatoyama ve Parti Genel Sekreteri Ichiro Ozawa'nın sahip olduğu iddia edilen yasa dışı servetler konusunda patlayan skandallar nedeniyle güç kaybetmeye devam etmektedir.

Bu arada, LDP Hükümeti'nin DP'nin iktidara gelmesiyle sonuçlanan seçim yenilgisinde anayasa değişikliği meselesinin ciddî bir payının olmadığını da vurgulamak gerekmektedir. Bu kapsamda, 2009 yılında gerçekleşen seçimler öncesi düzenlenen kampanyalarda anayasa değişikliği meselesinin ciddî bir yer işgal etmediği bilinmektedir. Bununla birlikte, anılan

durumun DP'nin Anayasa'yı olduğu şekliyle koruma yönünde bir iradeye sahip olduğu biçiminde yorumlanmaması gerekmektedir. Aksine, DP de 2006 yılında Anayasa Araştırma Konseyi'nin çalışmalarını takiben bir anayasa değişiklik taslağı yayımlamış olup; hem Başbakan Hatoyama hem de Genel Sekreter Ozawa'nın bir anayasa değişikliğine ihtiyaç olduğunu savunan çeşitli beyanları bulunmaktadır. Gerçekçi olmak gerekirse, DP'nin içinde bir anayasa değişikliği gerektiğini savunan siyasetçiler olduğu kadar, hâlihazırda geçerli olan Anayasa'nın korunması gerektiğini savunan siyasetçiler de bulunmaktadır.

DP Hükümeti'ni bekleyen meseleler arasında ekonomik sorunlar, kamu sisteminin reformu, sıkı bütçe uygulamaları, bürokrasiye hâkim olan kayırmacılığa son verme ve Birleşik Devletler Futenma-Okinawa askerî üssünün devri gibi sorunlar yer almakta olup; anayasa değişikliği ile ilgili konuların gündemde üst sıralarda yer alması beklenmemektedir. Halkın da DP Hükümeti'nden bu yönde bir beklentisinin olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu bağlamda, Anayasa'nın muhafazakâr bir yönde değişime uğraması ihtimalinin azalmış olduğunu söylemek olanak dâhilindedir.

4. Japonya'da Anayasacılığın Gelişimi ve Sorunları

(1) Anayasacılığın Anlamı

Anayasacılığın anlamı, idarenin yasalar yoluyla yargısal denetime tâbi tutulması düşüncesinden başlamak üzere belirsizliklerle yüklüdür. Ne var ki, orijinal anlamıyla bu kavram, insan haklarının korunması amacıyla devlet iktidarının sınırlanmasını ifade etmektedir. Buna bağlı olarak anayasalar da, iktidarı bulunduğu yerde sınırlayarak bir devletin siyasî yapısının temellerini kurar. Anayasacılığın, aynı zamanda bundan daha geniş olan bir anlamı da bulunmaktadır; bu şekliyle anılan kavram, insan haklarının korunması ve hukuk devleti (*rechtsstaatprinzip*) temel ilkelerini de içerir. Dahası, küreselleşmenin ilerlemesiyle birlikte, anayasacılığın da daha genel ve evrensel bir nitelik kazandığı görülmektedir. Günümüzde anayasacılık, yanlınca tekil devletler açısından değil, uluslа-

KOJI TONAMI'NİN TEBLİĞİ

rarası ilişkiler açısından da en temel değer halini almaktadır. Anayasacılık (*verfassungsstaat*) dünya hukuk düzeninin tümel yapısının ortak ve temel değeri haline gelmektedir.

Anayasacılığın Japonya'daki tarihî seyrine genel olarak bakıldığında, İkinci Dünya Savaşı'nın, Meiji Anayasası dönemi ile günümüzde geçerli olan Japon Anayasası arasında güçlü bir kopuşu temsil ettiği görülmektedir. Meiji Anayasası döneminde üstün ulusal düşünceler hâkim konumdayken, anayasacılık düşüncesinin son derece zayıf bir durumda olduğu söylenebilir. Diğer taraftan, günümüz Japon Anayasası döneminde anayasanın üstünlüğü ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalındığı görülmektedir.

Meiji Anayasası döneminde ulusal birlik ve bağımsızlığın sağlanmasına ve Japonya'nın uluslararası ilişkiler bağlamında sahip olduğu yerin güçlendirilmesine rağmen, Tenno Rejimi'nde hükümetler askerî gücü hukukun çizdiği sınırlar olmaksızın kullanmışlar ve insan haklarının korunması konusunda son derece yetersiz bir anlayış hâkim olmuştur. Bu durumun bir sonucu olarak, Japonya, Asya Ülkeleri'nin işgaline yönelmiştir. Meiji döneminde anayasacılık tümüyle işlevsiz kalmıştır. Meiji Anayasası, hükümet ve askerî güç üzerinde herhangi bir denetim uygulayamamıştır. Bu durumun temelinde, Meiji Anayasası'nın anayasacılık düşüncesini sahiplenmemesi ve bu anayasa döneminde yürürlükte olan siyaset ve toplum anlayışının, anayasacılık düşüncesi etrafında kurulmamış olması yatmaktadır.

(2) Savaş Sonrası Siyaset ve Toplum Düzeninde Anayasa'nın Normatif Gücü: "Anayasa'nın İçini Boşaltmak" (leerlaufend) veya "Anayasa'yı Uyarlamak" (fixierend)

Japon Anayasası'nın Savaş sonrası siyaset ve toplum düzenindeki normatif gücünü ölçebilmek üzere ortaya atılan ve bu dönemdeki siyaset ve toplumun Anayasa'nın *"içini boşalttığını"* veya onu *"uyarladığını"* savunan üç ayrı görüş bulunmaktadır.

Bu görüşlerden ilki, Japon Anayasası'nın *"içinin boşaltılma-*

sı" sürecinde olduğunu savunmaktadır. Bu görüş, esas olarak anayasa hukukçuları tarafından savunulmaktadır. Hiç kuşku yok ki Anayasa'nın 9. Maddesinin, Öz Savunma Kuvvetleri'nin büyümesi ve yabancı ülkelere gönderilmesiyle birlikte normatif gücünü kaybettiği doğrudur. Aslında Anayasa'nın 9. maddesinin içini boşaltan şey, Japonya ile Birleşik Devletler arasında gelişen savunma işbirliği olmuştur. Dahası, LDP'nin uzun bir döneme yayılan iktidarı boyunca kamuoyu iradesinin parlamentoda gerektiği gibi yansıtılmamasının sonucu olarak, demokrasinin iyi işlemediğini söylemek de mümkün olabilir. Yüksek Mahkeme'nin, hükümet eylemlerinin anayasa uygunluğu konusunda kendi kendini sınırlama (*self-restraint*) eğilimi göstermesi dolayısıyla, insan haklarının korunması konusunda da eksik kalınmıştır. Ne var ki, Savaş sonrası siyaset bir bütün olarak ele alındığında, parlamenter demokrasi ve hukuk devleti ilkelerinin Tenno rejimindeki otoriter uygulamalara kıyasla büyük gelişme gösterdiği konusunda herhangi bir duraksamaya yer olmasa gerektir. Dahası, 9. madde bile, askerî harcamaları kontrol ederek ve savunma harcamalarındaki artışlara ciddî sınırlamalar getirerek, Savaş sonrası Japonya'nın yaşadığı barış ve ekonomik gelişme ortamına katkıda bulunmuştur. Bu bağlamda, Savaş sonrası siyaset ortamında Anayasa'nın normatif bağlayıcılığının içinin boşaltıldığı yolundaki görüşlerin üstünkörü görüşler olduğunu söylemek gerekmektedir.

Anayasa'nın Savaş sonrası dönemde görülen siyasî, ekonomik ve toplumsal gelişmelerle hiçbir ilgisi bulunmadığını ileri süren ikinci görüş, bir anlamda ciddiye alınması gereken bir görüş olarak karşımızda durmaktadır. Japonya'nın Savaş sonrası siyasetinde anayasa değişikliği hakkında yaşanan çeşitli tartışmalar bulunmasına karşın; olağan siyasî yaşamın akışı içinde Anayasa'ya (9. madde haricinde) atıfta bulunulması veya Anayasa'nın bizatihi tartışma konusu yapılmasının, sık rastlanan bir durum olmadığını belirtmek lazımdır. Konuya ulusal bilinç veya halkın yaşamı açısından bakıldığında, esas meselelerin ekonomik olduğu ve anayasal tartışmaların bu siyasî gündemin gerisinde kaldığı görülmektedir. Savaş sonrası dönemde Japon ekonomisi inanılmaz ölçüde büyümüş

KOJI TONAMI'NİN TEBLİĞİ

ve gayrisafi millî hasıla açısından dünya ikinciliğine ulaşarak ekonomik bir dev görünümü almıştır. Buradan hareketle, Anayasa'nın Japonya'nın Savaş sonrası dönemdeki gelişmesiyle bir ilişkisinin olmadığı veya insanların günlük hayatlarıyla doğrudan bir ilişkisinin bulunmadığı yolundaki görüşlerin ileri sürülmesini anlamak kolay hale gelmektedir. Ne var ki, ben bu görüşün hatalı olduğu düşüncesindeyim. Aksine, Anayasa, Japonya'daki toplumsal hayatın gelişimine önemli katkılarda bulunmuştur. Ancak bu Anayasa sayesindedir ki, Japonya istikrarlı bir siyasî hayata kavuşmuş, kaynaklarını ekonomik hedeflere yöneltebilmiş ve uluslararası ilişkiler ve diplomasi alanlarında barışçıl bir ortamdan yararlanması mümkün hale gelmiştir.

Bu kapsamda ortaya konan üçüncü bir görüş ise, Japon Anayasası'nın Savaş sonrası siyaset ve toplum şartlarına uyum sağlayabilmesi amacıyla uyarlandığını ileri sürmektedir. Bu yaklaşımın, Japonya'daki anayasacılığın gerçekçi bir fotoğrafını çekebildiği söylenebilir. LDP'nin süregiden hâkimiyeti nedeniyle uzun bir dönem boyunca hükümette herhangi bir değişiklik meydana gelmemiş olsa da, sonuçta LDP'ye bu iktidarı ve demokratik meşruiyetini veren şey, halkın seçimler yoluyla ortaya koyduğu irade olmuştur. LDP'nin sıklıkla Anayasa'yı ve özellikle de 9. maddeyi görmezden gelen politikalar izlediği doğru olsa bile, sonuçta bu tercihlerin halkın yararını gerçekleştirme amacını taşıdığı açıktır. LDP Hükümeti, bir bütün olarak ele alındığında, Anayasa'ya uymuş ve Anayasa tarafından konulan esaslar çerçevesinde hareket etmiştir. Konuya insan hakları penceresinden bakıldığında da, bu alanda ayrımcılığın önlenmesi, ifade hürriyetinin yerleştirilmesi ve insanlara iyi ve istikrarlı yaşam koşulları sağlanması gibi önemli iyileşmelerin sağlandığı görülmektedir. Japon Anayasası da, özgürlük ve demokrasi doğrultusundaki bu gelişmeleri desteklemiştir.

Bütün bunların da ötesinde, Öz Savunma Kuvvetleri'nin varlığının 9. maddenin ihlâli sebebiyle Anayasa'ya aykırı olduğu kabul edilse bile; 9. maddenin tümüyle bir tarafa atılması da gerekmemektedir. Japonya'nın bu alanda takip ettiği siyasetin

KOJI TONAMI'NİN TEBLİĞİ

geneline bakıldığında, ülkenin Savaş sonrasında nükleer karşıtı üç ilkeye sadık kaldığını ve yabancı ülkelerle dostça ilişkiler geliştirerek çatışma ve müdahalelerden kaçındığını görmek mümkündür. Dahası, dünyada bir nükleer bombalarla vurulmuş tek ülke olarak Japonya, dünya barışını desteklemeye daima devam etmiş bulunmaktadır.

Tüm bunlar hesaba katıldığında, Japonya'nın, her biri aynı zamanda Anayasa'nın da temel ilkeleri olan, insan haklarının korunması, demokrasi ve barış alanında önemli adımlar attığı söylemek mümkün hale gelmektedir.

(3) Devlet ve Anayasa Arasındaki İlişki

Anayasa ve Devlet arasındaki ilişkinin doğasını açıklamaya yönelen iki ayrı görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilki, Devlet ve Anayasa kavramlarının aynı ve benzer olduklarını, adeta bir madalyonun iki yüzü gibi olduklarını savunurken; diğer görüş ise bunlar arasında bir karşıtlık ve muhalefet ilişkisi olduğunu savunmaktadır.

Devlet ve Anayasa arasındaki ilişkilerin anlaşılışı, her ülke açısından farklılıklar göstermektedir. Bu bağlamda, Devletin ulusalcılık üzerinde yükseldiğini savunan ve bağımsızlık ile özgünlüğe vurgu yapan görüşlerden söz etmek mümkün olduğu gibi; anayasacılık üzerinde yükselen ve liberal demokrasi ilkelerine vurgu yapan bir görüşün geçerli olması da mümkündür. Aynı karşılaştırmanın Anayasa açısından yapılması da düşünülebilir: Ulusalcılık düşüncesi üzerinde yükselen anayasa mümkün olabileceği gibi, anayasacılık düşüncesi üzerinde yükselen anayasalara da rastlanabilir.

Modern devletler genellikle liberal demokratik anayasacılık anlayışı ile ulusalcılık düşünlerinin birlikteliğine dayanmaktadırlar. Dolayısıyla, bu ülkelerde Anayasa ve Devlet arasında bir çatışma yaşanması, ancak nadiren rastlanan bir durum olmaktadır. Birleşik Devletler Vatandaşları, örneğin, hem Birleşik Devletler Anayasası'nın buyruklarını yerine getirirler, hem de Amerikan Bayrağı'ndaki yıldızlar ve çizgilere saygı gös-

KOJI TONAMI'NİN TEBLİĞİ

terirler. Fransız Halkı, bir yandan İnsan ve Vatandaş Hakları Evrensel Beyannamesi ile gurur duyarken, diğer yandan da ülkelerine olan bağlılıklarını devam ettirebilir. Alman Halkı, geçmişlerinin üstesinden gelmek suretiyle ülkelerindeki kimliklerini oluştururlarken, aynı zamanda Grundgezets'e ulusal temel yasa olarak bağlılıklarını sürdürmektedirler.

Japonya'da Devlet ve Anayasa (anayasacılık) arasındaki ilişkiler ise, yukarıda sayılan tüm bu örneklerin aksine, birbirleriyle çelişen bir görünüm arz etmektedir. Ülkede muhafazakâr bir ulusalcılık anlayışı varlığını sürdürmekte olup, Japon ulusalcılığını ve Devlet anlayışını öne çıkarmaktadır. Ulusalcılığın bu türü, Anayasa'yı değiştirmeyi arzulayan muhafazakâr politikacılar tarafından da paylaşılmaktadır. Ne zaman ki bu kişiler ulusun birer unsuru olarak kişileri veya Japon Devleti'ni aşırı biçimde vurgulamaya başlasalar, söz konusu ulusalcılık anlayışı ile anayasacılık (ve nihayetinde Japon Anayasası) çatışma içine sürüklenmektedirler. İşte bu da, kamuoyunun anayasa değişikliği konusunda yaşadığı bölünmüşlüğün sebeplerinden birini oluşturmaktadır.

(4) Ulusalcılık ve Ulus-Devlet

Ulusalcılık kavramı gerçekten de belirsiz olmasına karşın, kavrama herhangi bir değer yüklemeksizin ve Devlet kavramına özel bir vurgu yaparak şu şekilde tanımlanması mümkündür:

"Devlet dışındaki diğer güç odaklarının müdahale kudretinden bağımsızlaşmayı ve aynı zamanda Devletin birliğinin güçlendirilmesini ve geliştirilmesini amaçlayan düşünce veya hareket tarzı".

Bu anlamıyla ulusalcılık, Devlet veya Ulusu temel değer olarak benimseyen ve kendi devletlerinin veya uluslarının birliğini ve gelişmesini amaçlayan bir düşünce tarzı olarak belirmektedir.

Yine bu anlamıyla ulusalcılık, modern devletler arasında çok yaygın olan bir düşünce tarzıdır. Bu tarz bir ulusalcılık anlayışının kötü bir anlayış olduğunu düşünemeyiz. Aksine,

KOJI TONAMI'NİN TEBLİĞİ

Çin ve Güney Kore gibi Asya Ülkeleri, ulusalcılığı vatandaşlarının kimliklerinin tanımlamalarının merkezine yerleştirerek bağımsızlığa ve devletlerinin siyasî ve ekonomik gelişmesine doğru yol almayı başarmışlardır. Küreselleşmenin etkisi altında bireyler, kendilerini ulusal kültür, dil ve yaşam tarzı ile özdeşleştirecekler ve temel yaşam döngüsünün ve eylemlerinin içinde gerçekleştiği uluslarıyla bağlantılı bir kimlik edinimi söz konusu olacaktır. Bu anlamıyla ulusalcılık, uluslararasılaşmış bireylerin bireysel kimlikleri olarak, küreselleşme sürecinde dahi önemli roller üstlenmeye devam etmektedir. Devlet, küresel uluslararası toplumda dahi baki kalmakta ve *"ulusal bilinç"*, beklentilerin aksine güçlenmeye devam etmektedir.

Japonya örneğinde ulusalcılık, Japon tarihi ve gelenekleriyle ilişkili olup, köken olarak muhafazakâr bir düşünce tarzına yaslanmaktadır. Daha açık ifade etmek gerekirse Japon ulusalcılığı, kişilerin kendi uluslarına karşı hissettikleri olağan ve yalın yurtseverlik hislerinin ötesine geçen ve İkinci Dünya Savaşı'nda Asya Ülkeleri'nin işgaline yol açan bir ulusalcılık anlayışı ve Tenno rejimi ile bağlantılı niteliklere sahiptir. Burada bahsedilen Japon ulusalcılığı, küreselleşme sürecinin gelişim sürecinde ortaya konmuş değildir. Bu konuda daha isabetli bir yaklaşım benimsenmek istenirse, ulusalcılığın bu türünün İkinci Dünya Savaşı sonrasında Japonya'da da siyasî hayatın temel düşünce yapısını oluşturmaya devam ettiğini ve 1990'larda yeniden ön plâna çıkmaya başladığını söylemek gerekecektir. Bu niteliğiyle Japonya'daki muhafazakâr ulusalcılık düşüncesi, küreselleşmenin önündeki engellerden biri niteliğine bürünmektedir.

Japonya'daki muhafazakâr ulusalcılığın özellikleri şu şekilde sıralanabilir:

a) Bu ulusalcılık, tarihe ve geleneklere saygıyı ön plâna almakta ve İmparator (Tenno) yönetimini en önemli ulusal öğe olarak kabul etmektedir.

b) Söz konusu anlayış, İkinci Dünya Savaşı esnasındaki işgalci politikaları, *"Büyük Doğu Asya Ortak Refah Alanı"*nın inşası

KOJI TONAMI'NİN TEBLİĞİ

yolunda gerekli eylemler olarak kabul etmekte ve olumlamaktadır.

c) Bu yaklaşımların devamında, muhafazakâr ulusalcı düşünce 1946 Japon Anayasası'na karşı düşmanca bir tutum benimsemekte ve bir anayasa değişikliğini savunmaktadır.

d) Son olarak bu düşünce, Savaş sonrası dönemde neredeyse kesintisiz olarak iktidarda kalan Liberal Demokrat Partili siyasetçiler tarafından desteklenmektedir.

Tüm bunların ışığında bir kez daha ifade etmek gerekmektedir ki, ulusalcılığın vurgulanması ve öne çıkarılması, anayasacılığın gelişimi açısından çeşitli tehlikeler arz etmektedir.

(5) Anayasa Değişikliğini Savunan ve Buna Karşı Çıkan Görüşler Arasındaki Çatışmaları Çözmek

Anayasa değişikliği konusunu salt teorik düzlemde ve Japonya'daki gerçek siyasî koşullardan bağımsız olarak ele alırsak, genel olarak bu türden değişimlerin reddedilmekten ziyade desteklenmeyi hak eden olumlu adımlar olduğunu kabul etmek durumunda kalırız. Buna karşın, Japonya'daki anayasa değişikliği taleplerinin muhafazakâr Japon ulusalcılığına dayandığı dikkate alındığında, bunun reddedilmesi gerektiği açıkça görülebilmektedir. Bununla birlikte, gündeme gelebilecek bir anayasa değişikliğinin içereceği hükümlerin de pek çok açıdan değerlendirilmesi gerekecektir. Özellikle, çevrenin korunmasını ve bilgi edinme hakkını düzenleyen, doğrudan demokrasi araçları getiren, bir anayasa mahkemesi kurulmasını öngören veya yerel özerklikleri güçlendiren ve dolayısıyla da anayasacılığın ilerlemesine katkıda bulunan değişiklikler üzerinde durmaya değerdir. Aynı zamanda anayasacılığın geleceğe doğru açılmasını ve ilerlemesini de engellemek anlamına geleceğinden, salt 9. maddeyi korumak adına Anayasa'nın değiştirilmesine bir bütün olarak karşı çıkmak doğru bir tercih olmayacaktır. Zira anayasacılık ilkesini ilerletme yolunda yapılacak anayasa değişiklikleri hem arzu edilebilir, hem de kabul edilebilir talepler olarak değerlendirilmelidir.

(6) Anayasanın Değiştirilmesi İçin Gerekli Bir Koşul Olarak "Esaslı bir Uzlaşma"

KOJI TONAMI'NİN TEBLİĞİ

Japon Anayasası, 1946 yılında yürürlüğe girmesinden beri hiçbir değişikliğe uğramamıştır. Bunun sebebi, anayasa değişikliği düşüncesinin bizzat kendisinin Japonya'da ciddî bir siyasî ihtilaf konusu haline gelmesi ve siyasî çatışmaların yoğunlaştığı bir alan halini almasıdır. Bu durumun önemli bir sebebi de, Anayasa'nın temellerinde yer alması gereken temel ilkeler üzerinde yaygın bir toplumsal uzlaşmanın bulunmayışıdır. Almanya'da *Grundgesetz* üzerinde yapılan değişikliklerin sayısı 54'e ulaşmış bulunmaktadır; ne var ki, bu ülkede *Grundgesetz'e* yönelen herhangi bir itiraz bulunmadığı gibi, metnin içerdiği temel ilkeler üzerinde de herhangi bir siyasî ihtilaf söz konusu değildir. Aksine, *Grundgesetz* Alman Toplumu ve Siyaseti tarafından geniş bir biçimde kabul görmektedir. *Grundgesetz'in* özüne ilişkin var olan bu oydaşmanın doğal bir sonucu olarak da, metin üzerinde kimi bazı kısmî değişikliklerin gerçekleştirilebilmesi kolaylıkla mümkün olabilmiştir. Öte yandan, *Grundgesetz'in* bu kadar sık değişikliğe uğramış olmasının altında yatan sebepler ise, bir yandan metnin son derece ayrıntılı düzenlemeler içermesi, diğer yandan da Alman sisteminde anayasanın değiştirilmesi sürecinin oldukça basitleştirilmiş olmasıdır. Fakat her durumda ifade etmek gerekir de, Alman halkı arasında *Grundgesetz* son derece yüksek bir toplumsal uzlaşmanın sembolü olarak görülmektedir. Bu çerçevede, Almanya örneği ile karşılaştırıldığında Japonya'da Anayasa üzerinde olması gereken toplumsal uzlaşmanın henüz sağlanamadığı görülmektedir. Muhafazakâr kesimler halen Anayasa'nın bizzat kendisine karşı düşmanca hisler beslemektedirler: Bu kesimler, Japon Anayasası'na ruhunu veren anayasacılık düşüncesine karşı çıkmakta ve bu düşüncenin, Japon Devleti'nin ruhanî/millî karakterine uygun düşmediğini savunmaktadırlar.

Bütün bunlara rağmen ve kısmen yukarıda söylediklerimle de çelişmeyi göze alarak ifade etmek isterim ki, Japonya'da Anayasa üzerinde toplumsal uzlaşmanın hatırı sayılır derece-

KOJI TONAMI'NİN TEBLİĞİ

de kurulduğunu söylemek mümkündür. Zira daha önce de ifade ettiğim üzere, Japon Anayasası geçtiğimiz 60 yıl boyunca ülkede ekonominin ve toplumsal hayatın gelişmesini kolaylaştırmıştır. Bu anlamda Anayasa, halkın güvenini kazanmıştır: İnsanlar, liberal demokrasi üzerinde yükselen anayasal düzen çerçevesinde bir yaşam kurmuşlardır.

Sonuç: Japonya'da Anayasacılığın Genel Görünümü

Biz, Japon Halkı, 1946 yılında Tenno Rejimi'nin Meiji Anayasası altında somutlaşan otoriter yönetimini reddeden ve İkinci Dünya Savaşı sonrasında Asya Ülkeleri'nin işgalini kınayan Japon Anayasası'nı kabul ettik. Japon Anayasası, anayasacılığın temellerini oluşturan ve aynı zamanda uluslararası düzeyde de tanınan evrensel ilkeler olan insan hakları, özgürlük, demokrasi ve barış ilkeleri üzerine inşa edilmiştir. Japonlar bu ilkeleri en temel değerler olarak görmüşler, uluslararası işbirliği ve anayasacılığı desteklemişler ve askerî gücü, asgarî mecburî sınırlar içinde tutmaya ve dünya barışını desteklemeye ağırlık vermişlerdir.

Savaş sonrası dönemde uzun bir zaman boyunca iktidarı elinde bulunduran LDP, soldan sağa uzanan bir yelpazede farklı düşünceleri olan insanları bir araya getirmektedir. LDP, bir yandan Birleşik Devletler ile dostça ilişkiler geliştirir ve ekonomik büyüme ve gelişmeyi sağlarken, diğer yandan da, bünyesinde barındırdığı ve Japonya'nın tarihî geleneklerine sahip çıkmayı amaçlayan ve bu bağlamda Meiji Anayasası ile Tenno sistemini desteklen ulusalcı-muhafazakâr siyasetçiler eliyle Anayasa'yı eleştirmiş ve çeşitli değişiklik taleplerini gündeme getirmiştir. Bu kesimlerce anayasa değişikliği konusunda dile getirilen görüş ve talepler, Japon Anayasası'nın taşıdığı evrenselci eğilimler ile çatışma halindedir. Söz konusu talepler Japonya'nın ulusal özgün kimliğine vurgu yapmakta ve Anayasa'nın sahip olması gereken toplumsal uzlaşmanın altını oymaktadırlar. Bu anlamda anılan talepler, anayasanın içindeki anayasacılık düşüncesi ile çatışma halindedir.

Geride kalan 60 yıla bakıldığında, Japonya'nın hâlihazırdaki Anayasa'nın çizdiği yolda istikrarlı bir gelişme kaydettiğini

söylemek mümkündür. Gerçekten de Japon Anayasası, Büyük Savaş sonrası dönemde ülkenin ekonomik refah ve ileri teknoloji alanları ile verimlilik ve ticarî etkinlik artışında kaydettiği gelişmelerin arkasındaki itici güç olmuştur. Eğitim sisteminin de bu gelişmelerde kendine özgü bir rol oynadığının ifade edilmesi gerekmektedir. Tabi bütün bunların da üzerinde, Japon Anayasası'nın altında yatan insan hakları ve demokrasi ilkelerinin rolünü kaydetmek gerekmektedir. Bu resimde demokrasinin eksikliğine ilişkin akla gelebilecek eleştirilerin de 2009 yılında gerçekleşen iktidar değişikliği ile cevaplanmış olduğu kabul edilmelidir. Gerçekten de, bundan sonra halk iradesine dayanan bir siyasî düzene daha etkin bir biçimde ulaşılabileceği açıktır.

Son tahlilde, geçtiğimiz 60 yıl boyunca Japonya'nın kaydettiği siyasî ve toplumsal gelişmenin büyük ölçüde Japon Anayasası tarafından desteklendiğini söylemek mümkündür. Özellikle de savaşın ne demek olduğunu en iyi anlayan ve savaşın olmadığı bir ortamda çocuklarını büyütmenin rahatlığını yaşan kadınlar, Japon Anayasası'nın değerini en iyi takdir edebilen kesimi oluşturmaktadır. Bütün bu anlatılanlar ışığında bir kez daha söyleyerek bitirmek gerekir ki, 60 yıllık başarılı bir geçmişiyle Japon Anayasası, günümüzde toplum içinde kökleşmiş bir desteğe sahip bir hukukî varlık haline dönüşmüş bulunmaktadır.

* * *

Serkan YOLCU (Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Levent Hocama sormak istiyorum: Küresel anayasacılığın dinamiklerini çok güzel açıkladınız. Burada sizden kısa bir değerlendirme istiyorum; küresel anayasacılık hareketleri, anayasa

TARTIŞMA

yargısı açısından düşündüğümüzde, anayasa yargısıyla sonuçlanmaya mahkûm mudur? Yani, küresel anayasacılık, anayasa yargısına getirecek midir, bundan sonra da böyle olacak mıdır? Bu konuda kısa bir değerlendirme istiyorum sizden.

Doç. Dr. Levent GÖNENÇ- Kuşkusuz, anayasa yargısı, benim küresel anayasal kültür dediğim o birikimin iç hukuka aktarılması için en önemli araçlardan biri ve Türk Anayasa Mahkemesi de bu konuda önemli kararlara imza atmış durumda. Ama, "Yeterli mi?" sorusu tabii her zaman sorulmalı. Hele günümüzde çok tartışmalı bazı konularda bu soruyu bir kere daha sormak gerekiyor, ama anayasa mahkemeleri bunun için çok uygun bir kanal. Anayasaları her zaman değiştirmiyorsunuz, yani biraz önce Alman örneğinde gördüğümüz gibi, yorum yoluyla da bu standartları iç hukuka aktarmak mümkün ve aktarılmakta, Türkiye'de bu yaşanan bir gelişme. Ancak, hep şu soruyu sormak lazım: "Yeterli mi?" Eğer bir idealse küresel anayasal kültür, o ideale ulaşmak için yapılması gereken çok şey var, hiç bitmeyecek demektir.

Yrd. Doç. Dr. Engin SAYGIN (Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Benim sorum Prof. Dr. Bryde'a olacak: Kendisi, konuşmasında Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin temel hakları sürekli olarak aşağı ve yukarı yaşayıp doğru şekilde geliştirdiğinden bahsetti. Bunu yaparken de özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını dikkate aldığını da ekledi. Benim merak ettiğim husus, Federal Almanya Anayasa Mahkemesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının iç hukuka etkisine dair, özellikle yargılamanın yenilenmesi noktasında bir hüküm var mıdır?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Wojciech SADURSKI- İzin verirseniz konuşmacıların her birine bir sorum veya bir yorumum olacak.

Doç. Dr. Gönenç'ten başlayacağım; bu aslında bir soru değil, bir yorum olacak.

Yabancı ülkelerden anayasa modelleri alımının nedenlerine getirdiğiniz iki açıklamaya ben, özellikle Orta ve Doğu Avrupa'da anlamlı olduğunu düşündüğüm bir üçüncüsünü eklemek istiyorum. Bu da, bir anayasal reformun yurt içindeki yerel halk açısından meşruluğunu arttırmaktır. Bu, Alman sosyolog Claus Offe'nin belirttiği bir şeydir ve bence kendisi kesinlikle haklıdır. Yargısal reformlar çoğu zaman, bir özgünlüğe sahip olmuş olsalar bile yerel halka sadece; normal, başarılı, vesaire olarak kabul edilen ülkelerdeki yabancı modellerin benzetimi olarak kabul ettirilmişlerdir. Tabii ki bunda belirli bir paradoks var, ama bence benzetimin bu meşrulaştırıcı yönü önemli bir açıklayıcı etmendir.

Prof. Dr. Tonami'ye ise aslında yalnızca bir sorum olacak. Sunumunuzun ana fikri; Japonya'da çok kuvvetli ve önemli bir anayasal fikir birliği olduğu ve sanırım sizin görüşünüzle, bu anayasal fikir birliğinin, şu anda herhangi bir anayasal yenilenmenin neden uygun olmayacağını açıkladığı idi. Diğer yandan, sanırım Japon Anayasası'nı, Japonya'nın ulusal özellikleri, vesaire ile daha uyumlu hale getirmek için anayasal değişiklikler önerebilecek bazı muhafazakâr partiler veya hareketlerden örnekler verdiniz. Bu durumda, eğer böyle bir hamle varsa bu, bir anayasal fikir birliği olduğu şeklindeki savınızı baltalamıyor mu?

Prof. Dr. Bryde'ye ise kısmen bir sorum ve kısmen bir yorumum olacak. Avrupa'da birçok anayasa mahkemesinde anayasal gelişime katkıda bulunmanın bir yolu bazı yasaları geçersiz kılmaktır ama bu, söz konusu yasaları temelli iptal etmek için değil, daha çok, kanun koyucuyu, anayasa mahkemesinin bir kararını hükümsüz kılmak olarak görülen anayasal değişikliğe yöneltmek içindir. Bu, örneğin Fransa'da, seçimlerde cinsiyet eşitliğiyle ilgili kanunlarda gerçekleşti. Bu çoğu zaman Avusturya'da, ayrıca Macaristan ve Polonya'da da Avrupa Tutuklama Emri konusunda gerçekleşiyor.

Bu yüzden, bu yöntemle ilgili olarak ne düşünüyorsunuz ve bu yöntem, Karlsruhe şehrindeki Federal Anayasa Mahkemesi'nde kullanılıyor mu? Bu, aslında anayasa mahke-

mesi tarafından gerçekleştirilen bir geçersiz kılma eyleminin, yasa koyucuyu içerik açısından eleştirmek veya cezalandırmaktan çok, onu yasal reformda basitçe bir yasama yolu yerine, anayasal bir yolu tercih etmeye zorlama eylemi olduğu yönündeki, Louis Favoreu'nun bir kuramıyla da tutarlı olacaktır.

Teşekkür ederim.

Doç. Dr. Levent GÖNENÇ- Sanırım yalnızca yorumda bulunmuştunuz, ben de size tümüyle katılıyorum. Söylediklerinizi Türkiye için de geçerli. Ancak bence anayasal ödünç almanın bu meşruluk işlevini başka bir bağlamda tartışmamız gerekiyor. Bu yüzden bunu, bu bildiride göz ardı ettim, ama size tümüyle katılıyorum.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Koji TONAMI- Japonya'da temel bir anayasal yenilenme düşüncesi var. Ancak görüş, iki kısma bölünmüş durumda. Bunlardan biri, anayasanın temel düşüncesine karşı temel bir eleştiri. 1946 yılında ortaya çıkan bu fikir şu an itibarıyla devam etmekte. Bu, anayasaya karşı çok muhafazakar bir eleştiri. Ancak 1990 yılından beri, anayasada değişim konusunda yeni bir görüş ortaya çıkmış durumda. Demek istiyorum ki, anayasanın içeriğini iyileştirmek için, bazı maddelerin değiştirilmesi, bilgi edinme hakkı ve özel yaşamla ilgili bazı maddelerin eklenmesi, anayasada bir anayasa mahkemesinin tesis edilmesi veya yerel yönetimlerle ilgili maddenin iyileştirilmesi gereklidir. Böyle bir görüş kabul edilebilir. Yani anayasal yenilenme taraftarlığı hakkındaki görüşün iki kısmı var. Ben ikinci kısma katılıyorum ama birincisine katılmıyorum.

Prof. Dr. Brun - Otto BRYDE- Bence bunun, anayasa mahkemesinin kasıtlı bir stratejisi olması, garip bir durum değil. İfade edildiği gibi, benim senatomda bu çok zor çünkü biz esasen temel hakları yorumluyoruz ve kimse bunları değiştirmek istemiyor. Böylece bir yasayı iptal ettiğimizde, o yasa iptal olur ve durum, yasayı değiştirerek çözülemez ya da siyasi olarak bu çok zordur. İkinci Senato'da ise durum farklıdır ve tabii ki

bazen "Federasyon falanca işi yapabilecek ehliyete sahip değildir" denilebileceğinin açık olduğu, ama Federasyon'un bunu yapmasının mantıklı olacağı durumlar da olur. Bu durumda, yasa iptal edilirse kararın sebebinin bu olduğu açıktır ama Anayasa'yı değiştirip bu gücü Federasyon'a vermeniz durumunda bu sorunu isterseniz siyasi olarak çözebileceğiniz, karardan açıkça anlaşılabilir.

Bu, Almanya'da çok zordur. İşgücü piyasasının düzenlenmesiyle ilgili bir olay başımızdan geçti. Yerel yönetimin, Federal İşgücü İdaresi ile birlikte çalışmak zorunda olduğu bir yapı vardı. İkinci Senato da bunu Anayasa'ya aykırı bularak iptal etti çünkü bu iki farklı düzey bu işte birlikte çalışamazdı. Bunun teknik bir ayrıntı olduğu ve gerekli anayasal değişiklikle bunun çözüleceği açıktı. Ama Almanya'da, medyanın bazı kesimlerinden, bu değiştirilmeye çalışılınca, "Şimdi bunu yapmak için Anayasa'yı değiştiriveremezsiniz" şeklinde bir itiraz yükseldi. Bu vakada, değiştirebileceğiniz barizdi. Anayasa Mahkemesi de bu konuda en ufak bir sıkıntı duymazdı. Ama halk şimdi bunu, Anayasa'ya uygun olmayan bir durumun, yasal olmayan yollardan çözülmeye çalışılması olarak görecekti. Ama dediğim gibi, bu gibi vakalarda bu mümkündür.

Prof. Dr. Philip KUNIG (Oturum Başkanı) - Bir sorumuz daha var. Prof. Dr. Serap Yazıcı lütfen.

Prof. Dr. Serap YAZICI- Benim sorum Sayın Levent Gönenç'e olacak: Öncelikle değerli meslektaşımı bu fevkalade analitik ve ufuk açıcı konuşmasından dolayı tebrik etmek istiyorum.

Konuşmanızda anayasacılığın bir fonksiyonunun da, belki anayasacılığa izafe edilen bir rolün de merkezin dışında kalan devletlerin merkeze yaklaşması olduğunu belirttiniz, eğer yanlış anlamadıysam. Bu bağlamda da bu bakış açısının Osmanlı-Türk anayasacılığını da açıklayabilir nitelikte olduğunu belirttiniz ki, ben buna katılıyorum, gerçekten Osmanlı-Türk anayasacılığına esas itibariyle devlet seçkinleri hâkim olmuşlardır ve bu devlet seçkinlerinin de esas hedefi, başlangıçta Osmanlı için, daha sonra da cumhuriyetin kuruluş sürecinde cumhuriyeti Batı demok-

rasilerine, Batıya taşıma amacı hâkim olmuştur. Fakat, buna ancak bir noktaya kadar iştirak edebiliyorum. Gerçekten Osmanlı bakımından bu gözlem doğru, 1924 Anayasası bakımından doğru, hatta 1961 Anayasası bakımından da doğru.

Ancak, 1982 Anayasa yapıcıları, bunlar da devlet seçkinleri oldukları halde, onların motivasyonları Türkiye'yi merkeze taşımaktan çok, Türkiye'de seçilmiş organları olabildiği ölçüde denetlemek olmuştur ve bugün öğleden sonraki oturumda ben de konuşmamda bu hususa değineceğim. Bu sebeple de 1982 Anayasasına hâkim olan asıl perspektif, vesayet organlarının yaratılması olmuştur. Bu yapıya baktığımız zaman, bu yapının Türkiye'yi merkezden oldukça uzaklaştırdığını görüyoruz. Örneğin merkezi Avrupa Birliği süreci bakımından değerlendirirsek, merkeze hâkim olan ilkeler, Kopenhag siyasi kriterleridir. Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler bağlamında düşünürsek, yine demokratikleşme ekseninin yapıcıları olarak, her iki organ bünyesinde akdedilen tüm uluslararası antlaşmaların da çoğulcu demokrasiye hizmet ettiklerini görüyoruz. Oysa şu an itibariyle Türkiye'de devlet seçkinleri, anayasa yapımı sürecini 1982 Anayasasından bu yana merkezden uzaklaştırmışlardır ve bugün geldiğimiz noktada da Türkiye'nin anayasal gelişmelerinin önündeki asıl engel, bu seçkinlerin zihniyetidir. Acaba buna katılıyor musunuz, görüşlerinizi merak ediyorum.

Doç. Dr. Levent GÖNENÇ- Çok teşekkür ediyorum.

Ben tabii 20 dakikaya konuşmamı sığdırmak için uğraştım, o yüzden çok ayrıntıya giremedim, ama aslında benim belki söylemek istediğim bazı şeyleri de siz söylediniz.

Şöyle cevaplayabilirim belki: Özellikle Türkiye'de anayasal gelişmelere bu teorik çerçeveden baktığımda, lineer bir gelişmeden söz edemeyeceğim. Yani, sizin işaret ettiğiniz gibi, geriye dönüşler kuşkusuz var, yani 82 Anayasası bunlardan biri, 71-71 dönemi bunlardan biri. Baktığımı zaman, hep iyiye doğru ve hep merkeze yaklaşan bir tavır olmadığı bir gerçek. Onun için, sonuçta belki bu koyduğumuz ideale ulaşmak orada duruyor, biz zaman zaman uzaklaşıyoruz, zaman zaman yaklaşıyoruz.

Ben şöyle söyleyebilirim: Galiba şimdi bunun için bir fırsat daha var önümüzde. Özellikle yeniden anayasayı yapmayı konuştuğumuz bugünlerde, söylemeye çalıştığım bu karşılaştırmalı anayasa bilgileri, küresel anayasal birikim, bunlar gerçek ve doğru, yani bunlara mutlaka ulaşmamız lazım. Belki birazcık bu kısır tartışmaların ötesinde kafa yorup, "Gerçekten nasıl bu standartları yakalarız"ın peşinde koşmak lazım. "Şu anda buna engel nedir?" diye baktığımızda, bu seçkinler, sadece belki seçkinler değil, ama bizim toplumumuzdaki uzlaşma kültürünün eksikliğinin de ben ciddi bir sorun olduğunu düşünüyorum. Bir yandan da mesela kendi açımdan da bir pay çıkarıyorum; belki biz de daha fazla karşılaştırmalı örneklere bakmalıyız, daha fazla örneklerle ya da daha fazla bilgiyle bunu donatmalıyız. Bütün bu dinamikler bir araya geldiğinde, sanıyorum o küresel anayasal kültür dediğimiz o ideale biraz daha fazla yaklaşacağız; tek bir parametresi olduğunu düşünmüyorum, ama o idealin orada durduğunu düşünüyordum.

Teşekkür ederim.

Av. Özdemir SÖKMEN (İzmir Barosu Başkanı)- Sayın Gönenç ve Sayın Bryde'a iki sorum olacak.

Efendim, yeni bir anayasa taslağı hazırlanıyor dediğiniz gibi, Türkiye çok önemli günlerden geçiyor. Bu anayasanın hazırlanması fevkalade önemli. Ancak, ben şahsınıza şöyle bir şey sormak istiyorum: Farklı kültür, gelenek, görenek ve dine sahip olduğumuza göre, bizden çok farklı olan bu Avrupa Birliği kriterlerine uygun bir anayasayı yapabilmemiz mümkün olacak mı? Diyelim ki yaptık, o kriterlere uyduk, ama bu anayasayı Türkiye'de çok rahat bir şekilde uygulatmak mümkün olabilecek mi? Bu konudaki görüşleriniz nedir, bunu öğrenmek istiyorum.

Sayın Bryde; aynı zamanda Federal Almanya Anayasa Mahkemesi üyesi sıfatınızla da soruyorum: Yapılacak olan anayasa değişikliklerinde çoğunluğu hukukçu olmayan, hatta hukukun ne olduğunu bile bilmeyen halkın oyuna giderek, yani referandum yaparak bu anayasanın kabulü mü uygun, yoksa böyle bir anayasa değişikliğini bu işin gerçekten uzmanı

TARTIŞMA

olan, gerek bilimsel, gerek tarihsel, gerekse de teknik açıdan hayatını bu işe vermiş uzman kişilerden oluşan bir Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi mi daha uygundur? Bu konudaki düşünceniz nedir?

Teşekkür ederim.

Doç. Dr. Levent GÖNENÇ- Teşekkür ederim.

Tabii bu sorduğunuz soru, aslında çok klasik bir tartışmayla da yakından ilgili. Genel olarak hukuk ve özel olarak anayasa hukuku açısından kurumlarla kültür arasındaki bağı nasıl kurulacak, yani acaba kurumlar mı kültürü yansıtacak, yoksa kurumlar kültürü şekillendirecek mi ya da daha mı ileriye götürecek? Destekleyici bir siyasi kültür yoksa, ben böyle anladım, örneğin liberal demokratik bir anayasal modeli getiriyorsunuz, ama sizin toplumunuzda bu konuda eğer uygun bir siyasi kültür oluşmamışsa, atıyorum, bir seçim sandığını koymuşsunuz, ama seçim sandığının ne olduğunu bilmiyorsa, kaderini bu yolla değiştireceğinin farkında değilse ne olacak? Galiba böyle bir şey soruyorsunuz.

Bu çok klasik bir ikilem aslında, yani o mu, bu mu diye düşündüğümüzde, belki şöyle bir cevap verebilirim: Orta ve Doğu Avrupa'da da bu çok tartışılmıştı ve şöyle bir tespit vardı orada hatırladığım kadarıyla: Eğer biz bunu ön kabul olarak ortaya koyarsak, yani 'Kurumlarla kültür uyum içinde olmalıdır ve uygun kültür yoksa kurumlar yaşamaz' diye bir ön tespitle yola çıkarsak, o zaman o kültürün olmadığı ülkeleri ilelebet bizim o ideal olarak nitelendirdiğimiz noktaya taşımak mümkün değil, çünkü biz o zaman kültürü değişmez kabul ediyoruz." Oysa ki bugün siyasi kültür çalışmalarında, sosyolojide yapılan değerlendirmeler gösteriyor ki, kültür değişebilir. Peki, nasıl değişir; soru orada.

Öncelikle kurumların yerinde durması ve muhafaza edilmesi ve daha sonra etkin olması gerekiyor, işe yaradığını göstermesi gerekiyor. İşe yaradığını gördüğü zaman insanlar, o kurumlara destek vermeye başlıyor. O zaman burada seçkinlere çok önemli iş düşüyor diye düşünüyorum. Yani, yaratılan kurumların, üretilen kurumların, kurulan kurumların

önce muhafazası, bu sözünü ettiğim idealler çerçevesinde, ama daha sonra da etkin bir şekilde çalıştırılması ve hakikaten "Vatandaş, senin hayatın değişti bunun sayesinde, daha iyi yaşıyorsun, daha iyi noktadasın" demek ya da diyebilmek ya da gösterebilmek; o zaman kurumlar kültürü şekillendirmiş ve destekleyici bir kültür oluşmuş olur.

Teşekkürler.

Prof. Dr. Andre THOMASHAUSEN- Teşekkür ederim sayın başkan.

Çok kısaca, takım çalışmasında bilgelik olduğunu hatırlatmanın anlamlı olabileceğini düşündüm. Bir şey yayınlamaya çalışırken bunu iki veya üç kişiye daha okuturuz ve bunların her biri de yanlışlar bulur ve umulur ki bunları düzeltirler, işte bu yüzden birçok çağdaş anayasa, bir önleyici, veya öngörülen, anayasal denetim getirmiştir. Bir kanun, yürürlüğe bile konulmadan önce, meclisin bu konudaki kararının ardından, önleyici bir kontrol için anayasa mahkemesine gönderilir veya gönderilebilir. Bu yöntem de aslında oldukça faydalıdır.

Diğer söyleyeceğim ise daha genel bir görüş olacak. Bu sabahki oturum bana Güney Afrika'nın ne kadar şanslı olduğunu, tüm merkez ülkelerden ve tüm modellerden eşit uzaklıkta olduğunu hatırlattı. Pekin, Moskova, Bonn, Berlin, Fransa, Paris, Washington ve New York'un hepsi yaklaşık 12.000 kilometre uzakta. Böylece Güney Afrika'nın, kendi kararlarını vermek için oldukça büyük bir fırsatı oldu. Bizim başımızda, neye karar verildiğini ve neyin seçildiğini kollayan bir genel karargâh veya müttefik kontrol komutanlığı yoktu. Bir merkez ülkenin aslında ne olduğunun veya kültürel yönelimin nereden geldiğinin çok dikkatlice detayına inmekte bilgelik olduğu kanaatindeyim.

Koşullar değişir. Amerika, insan haklarının ve bireysel özgürlüklerin adeta deniz feneri, ışığı idi ve son 10 yıl içinde uluslar arası insan haklarına karşı başlıca tehdit durumuna geldi, bu da, çok sıkça ulusal mahkemelerin yetki alanından uzak olan anti-terörizm kararlarını dayatan uluslar arası düzenden

TARTIŞMA

kaynaklanıyor. Bu yüzden insan, çevresine bakmalı. Anayasal gelişimde bir katalizör rolü takınmanın başını çeken aslında kimdir? Belki de Güney Afrika Anayasası, bir model olabilecek anayasalar grubuna katılmak için gerekli şartları sağlayabilir.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Philip KUNIG (Oturum Başkanı) - Çok teşekkürler. Buna herhangi bir tepki var mı?

Prof. Dr. Brun - Otto BRYDE- Aslında ben katılıyorum. Karşılaştırmalı anayasa hukuku dersi verirken hep en iyi ders kitabının, anayasa mahkemesinin geçici anayasa konusunda verdiği karar olduğunu söylerim. Orada gerçekten karşılaştırmalı anayasa hukukunun özetini bulabilirsiniz. Bu, gerçekten önemli bir karardır.

Prof. Dr. Philip KUNIG (Oturum Başkanı) - Şu ana kadar fikir birliği var. Başka soru olursa yanıtsız kalabilir. Her üç konuşmacıya ve sabrınızdan ötürü sizlere teşekkür ediyorum.

Buyurun.

Prof. Dr. Philip KUNIG (Oturum Başkanı) - Başka soru var mı? Sanırım yok. Bayanlar baylar, böylece sizlere tekrar teşekkür ediyorum.

TÜRKİYE'DE ANAYASAL DEĞİŞİM BEKLENTİLERİ

IV. OTURUM

Oturum Başkanı
Av. Berra BESLER
(TBB Başkan Yardımcısı)

Av. Berra Besler (TBB Başkan Yardımcısı - Oturum Başkanı)- Hepimizin çok iyi geçtiğine ve çok yararlandığımıza inandığım artık son oturumuna geldik.

Değerli konuklar; ülkemizde en çok tartışılan konuların baş sıralarında anayasalar geliyor, ama bu yeni değil, yıllardır böyle devam ediyor. Ekonomik, toplumsal, siyasal, daha ötesi kültürel sorunlarımızın anayasayla çözümleneceği anlayışı artık toplumumuza yerleşti. Bu doğru mudur, değil midir; buradaki tartışmalar ve daha sonraki düşünceler bunu belirleyebilir. Hatta parti içi demokrasi ve hukukun üstünlüğü alanında eksikliklerin de anayasayla çözümlenmesi adeta beklenir hale geldi.

Yasalara, hukuk kurallarına dayanak teşkil eden anayasaların iyi olması, ışık tutucu olması ve sağlam yasalara, kurallara sağlam temeller, dayanak teşkil edici nitelikte olması elbette beklenir. Ancak, ne kadar mükemmel olursa olsun, anayasa ve yasalar, yani bunları ne kadar mükemmel yaparsanız yapın, bir gerçek var ki, toplumun gereksinimi çok önemlidir ve uygulama da çok önemlidir, uygulamadaki niyetler de çok önemlidir. Bunun sonucuna göre belirlenecek süreçler; bu uygulamaların sonucuna göre, belirlenecek sonuçlara göre bu beklentiler azalabilir, çoğalabilir.

Toplumumuzda Osmanlı-Türk anayasal gelişmeler çerçevesinde 1808 Senedi İttifak ile başlayan anayasal belge yapma ve 1876 Kanuni Esasi ile birlikte başlayan yazılı anayasalar yapma geleneği, 6. anayasamız olan, halen meri 1982 tarihli anayasamızla devam etmiştir. Türkiye, artık hayli zengin anayasa yapma birikimine kavuşmuştur. Hatta öyle ki, sokaktaki vatandaş da anayasayla ilgili birikimlerini birbirine aktarma alışkanlığını edinmiştir.

Bugün gündemimizde, ülkemizin gündeminde yine anayasa değişiklikleri var. Siyasi iktidarın çalışmalarını sürdürdüğü anayasa paketi, henüz resmen açıklanmış ve kesinleşmiş değil, ama basın yoluyla herkesin bilgisine ulaşmıştır. Bu paket, kamuoyunun beklediği değişiklikleri acaba beraber getirecek midir, bu paket gereksinmelere cevap verecek midir; bekleyeceğiz, göreceğiz. Öyle ki, bu paketin kapsamı -şimdi sizlere hatırlatma kabilinden sunacağım- 12 başlık altında. Bazı daha önce konuşulan şeyler paketten çıkarıldı, ama her an pakete yeni maddeler veya çıkarılmış olan başlıkların ilave edilmesi de söz konusu.

Değerli konuklar; ben çok uzun bir başlangıç konuşması yapmaktan yana değilim. Hemen sizlere çok değerli konuklarımızı, zaten bildiğiniz, tanıdığımız konuklarımızı bir defa daha takdim etmek onurunu yaşamak istiyorum.

Hemen sağ tarafımda çok değerli Prof. Serap Yazıcı; kendisi Bilgi Üniversitesi, Türkiye'de anayasal değişimin tarihini bizlere sunacaklar. Prof. Dr. Oktay Uygun, Maltepe Üniversitesinin çok değerli akademisyenlerinden; Türkiye'de temel hak ve özgürlükleri güçlendirmek için anayasal değişim beklentileri hakkında bizi aydınlatacaklar. Solumda çok değerli Yrd. Doç. Dr. Ozan Ergül var ve bu Anayasa Sempozyumunun gerçekleşmesinde çok önemli ve yorucu bir çalışma içinde oldu, kendisine huzurunuzda bir defa daha teşekkür ediyorum, Ankara Üniversitesinin değerli akademisyenlerinden; Türkiye'de demokratik sonucu güçlendirmek için anayasal değişim beklentilerini bize sunacak ve aydınlatacaklar. Son zamanların parlayan yıldızı diye görüyorum, Doç. Dr. Ece Göztepe, Bilkent Üniversitesi öğretim üyelerinden; yeni bir Anayasa Mahkemesi hakkında bizi bilgilendirecekler ve yine tekrar huzurunuzda teşekkür etmek şansını yakaladığım Prof. Dr. Philip Kunig, o da bu sempozyumun gerçekleşmesine çok ilgi gösterdi, büyük destek verdi, ama Sayın Kunig, herhalde bu destek burada bitmeyecek, daha sonraki günlerde birlikte yeni çalışmalara adım atacağımızı ümit ediyorum. Berlin Freie Üniversitesinden kendileri.

Ben özgeçmişlerini sizlere sunmak istiyorum, ama o kadar zengin özgeçmişler var ki, onları hepiniz çok iyi tanıyorsunuz. Zamanı da iyi kullandırmak adına hemen oturuma geçmeyi yeğliyorum ve ilk sırada Sayın Prof. Dr. Serap Yazıcı; buyurun efendim.

TÜRKİYE'DE ANAYASAL DEĞİŞİMİN TARİHİ

Serap Yazıcı[*]

Türkiye'nin anayasal gelişmelerini, Cumhuriyet Anayasalarının dayandığı temel felsefe yönünden değerlendirdiğimizde, bu gelişimin çoğunlukçu demokrasiden, çoğulcu demokrasiye geçiş görüntüsü içinde vesayet yönetimine doğru evrildiğini söyleyebiliriz. Çoğunlukçu demokrasi anlayışı, 17. yüzyıl düşünürlerinden olan J.J. Rousseau'nun sosyal sözleşme teorisi ile bu teorinin temel unsurlarından olan genel iradenin şaşmazlığı varsayımına dayanmaktadır. Düşünüre göre, insanlar tabiat halinden toplum haline geçerken, kendi aralarında akdettikleri bir sözleşme ile devleti yaratmışlardır. Böylece, tabiat halinde sahip oldukları hak ve yetkileri bu sözleşmeyle devlet otoritesine aktarmışlardır. Bu üstün otorite, sözleşmeyle kendisine devredilen yetkileri topluluğun tümü adına kullanacaktır. Topluluğu oluşturan bireylerin iradesinin bileşimi anlamına gelen devlet otoritesi, topluluğun genel iradesini temsil etmektedir. Bu irade, her zaman için topluluk üyelerinin tümünün iyiliğine ve menfaatlerini korumaya yönelecektir. Uygulamada genel irade, çoğunluğun iradesi olarak tezahür edecektir. Genel iradenin her zaman için topluluğu oluşturan bireylerin menfaatlerine yöneleceği varsayımı, Rousseau'nun düşünce yapısı içinde, bu iradenin sınırlanmasına da ihtiyaç olmadı-

[*] Prof. Dr., İstanbul Bilgi Üniversitesi Öğretim Üyesi

ğı sonucunu doğurmaktadır. Hatta Rousseau'ya göre, genel iradenin sınırlanmasına ihtiyaç olmadığı gibi, bu iradenin sınırlanması, topluluğu oluşturan bireylerin menfaatleri bakımından zararlı sonuçlar dahi doğurabilir. Tamamen kurgusal nitelik taşıyan, kanıtlanması imkansız, gerçeklerle bağdaşması mümkün olmayan bu teori, literatürde çoğunlukçu demokrasi anlayışı olarak ifade edilmekle birlikte, aslında demokratik olmayan sistemlerin ilham kaynağı olmuştur. Çoğunlukçu demokrasi anlayışına dayanan bir sistemde, azınlık haklarının korunamayacağı ve azınlıkların günün birinde çoğunluk olma şansını elde edemeyeceği açıktır. Bu nedenle çoğunlukçu demokrasi, uygulamada çoğunluğun diktatörlüğü biçiminde sonuç doğurmaya mahkumdur.[1]

Vesayetçilik, seçilmiş organların iradesi üzerinde atanmışların, asker ve sivil bürokratların sınırlayıcı olduğu, bu sınırlama rolünün ideolojik kriterlerden kaynaklandığı bir modeli ifade etmektedir. Bu yönüyle vesayetçilik, ilk bakışta çoğulcu demokrasiye benzediği izlenimini vermekle birlikte, bundan tümüyle farklıdır. Çoğulcu demokrasi, toplumun mutlak bir türdeşlik gösteremeyeceği, her toplumun din, mezhep, dil, ırk, etnik, kültürel, siyasal, sosyal ve sınıfsal temelde şu veya bu ölçüde ayrılıklar sergileyeceği gerçeğinden hareketle, iktidarın sayısal çoğunluğun elinde yoğunlaşmasını önleme fikrine dayanır. Bu nedenle çoğulcu demokrasilerde, iktidar çoğunluğunun iradesi, azınlıklar lehine anayasanın üstünlüğü, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı gibi kurallarla sınırlanmaktadır. Böylece, seçmen çoğunluğunun desteğini elde eden grupların kendilerini kadir-i mutlak görmeleri önlenmekte, siyasal ve toplumsal muhalefetin anayasal hakları çoğunluk iradesine karşı korunmakta, her şeyden önemlisi, iktidarın serbest seçimler aracılığıyla el değiştirmesine, azınlıkların gelecekte çoğunluk olmalarına şans tanınmaktadır. Bu tür bir sistemin varlığı, özgürlükçü ve demokratik bir anayasayı, bu anayasanın

---

[1] Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s.33-38. Çoğunlukçu demokrasi hakkında ayrıca bkz., Henry Bertram Mayo, *An Introduction to Democratic Theory*, Oxford University Press, New York, 1960.

hukuk devletinin tüm mekanizmalarına yer vermesini zorunlu kılmaktadır. Böylece seçilmiş organların iradesi, bu özgürlükçü ve demokratik anayasanın üstünlüğüyle sınırlanmaktadır. Yasama ve yürütme organlarıyla idari makamların tüm işlemleri üzerinde hukuka uygunluk denetimi yapacak bir anayasa yargısı ve idari yargı sisteminin kurulması, yargının tarafsızlık ve bağımsızlığının garanti edilmesi, çoğulcu demokrasinin olmazsa olmaz şartlarındandır. Oysa vesayet yönetiminde, seçilmiş organların iradeleri anayasanın ve hukukun üstünlüğü yönünden değil, devlet seçkinlerinin ideolojik beklentileri yönünden denetlenmektedir. Bu yüzden çoğulcu demokrasilerin denetim araçları hukuka uygunluğu esas alırken, vesayet yönetiminin denetim araçları keyfiliğe dayanmaktadır. Çoğulcu demokrasinin seçilmiş organlar üzerindeki denetimi, çoğunluğun istibdadını önleme, azınlık haklarını güvence altına alma, böylece demokrasinin sürdürülebilirliğini sağlama amacına yöneliktir. Buna karşılık, vesayet denetimi, seçilmiş organların iradesini hukuka uygun olsa dahi etkisiz kılmakta, bu yönüyle temsili demokrasiyi, hesap verirliği ortadan kaldırarak seçim yarışını, anlamsız bir oyuna dönüştürmektedir.[2]

1924 Anayasası

J. J. Rousseau'nun düşüncelerinden mülhem olan 1924 Anayasası, parlamentonun sınırsız üstünlüğüne yol açan hükümlere yer vermek suretiyle, çoğunlukçu bir demokrasi düzeni kurmuştur. Anayasanın egemenliği, millet adına kullanma hakkını sadece TBMM'ne tanıması (m. 4), yasama ve yürütme yetkilerini TBMM'ne sunması (m. 5, 6, 7), parlamentoyu ve ona hakim olan çoğunluğu anayasa düzeninin en güçlü unsuru haline getirmiştir. 103. maddede anayasanın üstünlüğü kuralına yer verildiği halde, bu hükmün gereği olarak kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir anayasa mahkemesinin mevcut olmaması, bu Anayasanın yürürlüğü döneminde genel yetkili mahkemelerin ABD Yüksek Mahkemesi gibi,

---

2 Serap Yazıcı, *Yeni Anayasa Arayışı Işığında Türkiye'nin Demokratikleşme Süreci*, Avrupa Parlamentosu Yeşiller Grubunun 1-2 Kasım 2010'da düzenlediği toplantıda sunulan tebliğ. Yayın aşamasında.

kendilerini anayasanın üstünlüğünün koruyucusu haline getirecek içtihatlar geliştirememesi, yasamanın mutlak bir güce dönüşmesine yol açmıştır. Böylece, parlamentoya hakim olan siyasi çoğunluk, anayasanın üstünlüğü kuralına rağmen, anayasaya aykırı kanunları kabul etme imkanına sahip olmuştur. Bundan başka Anayasanın, hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümlerinde ayrıntılı tanımlara yer vermemesi (m. 68-88), hak ve özgürlüklere ilişkin somutlaştırıcı düzenlemeler yapmak konusunda kanun koyucuyu tümüyle serbest kılması, çoğunlukçuluğu teşvik eden bir başka faktördür. Yürütme ve idarenin faaliyetlerini denetleyecek idari yargı sisteminin mevcut olmasına karşılık, Anayasanın yürürlüğü döneminde bu denetimin etkin olarak yapılamaması da parlamento çoğunluğunun sınırlanmasını önemli ölçüde engellemiştir. Böylece, 1924 Anayasasının yürürlüğü süresince azınlık haklarının korunamadığı, çoğunluk istibdadına dayanan bir siyasal düzen mevcut olmuştur. Tek parti yönetiminin otoriter doğasıyla çelişki yaratmayan bu yapı, 1946'da çok partili siyasi hayata geçişten sonra ve özellikle 1950 genel seçimleriyle iktidarın el değiştirmesinin ardından, iktidar muhalefet ilişkileri yönünden üstesinden gelinmesi neredeyse imkansız bir gerilim kaynağı haline gelmiştir. Nitekim 27 Mayıs 1960 askeri müdahalesinin, diğer faktörler yanında, Anayasanın çoğunlukçu doğasından kaynaklandığı, kamu hukukçularının yaygın olarak paylaştığı bir görüştür.[3] Bu nedenle müdahaleyi gerçekleştiren Milli Birlik Komitesi üyelerinin de içinde yer aldığı Kurucu Meclis; iktidar yetkilerinin hukukun üstünlüğü ile sınırlandığı, çoğulculuk esasına dayanan, azınlık haklarının güvence altına alındığı yeni bir anayasa düzeni kurmaya odaklanmıştır.

1961 Anayasası

1961 Anayasasının içerdiği yenilikler biçimsel olarak değerlendirildiğinde, bu Anayasa ile kurulan siyasal düzenin, insan haklarına ve hukukun üstünlüğüne dayanan, çoğulcu bir demokrasi olduğu izlenimi uyanmaktadır. Anayasanın

---

3 Ergun Özbudun, *Contemporary Turkish Politics: Challenges to Democratic Consolidation*, Lynne Rienner Publishers, Boulder and London, 2000, s.53-54.

Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2. maddesinde hukuk devleti ilkesine yer vermesi, bu ilkenin gereği olarak kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli Anayasa Mahkemesinin kuruluşunu sağlaması (m. 8 ve 145), benzer şekilde, yürütme ve idarenin hukuka uygunluğunu sağlamak amacıyla, idarenin hiçbir eylem ve işleminin yargı denetimi dışında bırakılamayacağı kuralını benimsemesi (m. 114), sınırsız yönetimden, anayasanın üstünlüğü ile sınırlanmış bir yönetime geçişi sağlamıştır. Öte yandan Anayasa, seçilmiş organların işlemleri üzerinde hukuka uygunluk denetimi yapacak olan yargı kuruluşlarıyla yargı mensuplarının kurumsal ve bireysel tarafsızlık ve bağımsızlıklarını güvence altına alacak hükümleri de düzenlemiştir (m. 7, 132-134, 137, 143). Bundan başka Anayasa, Cumhuriyetin nitelikleri arasında hükme bağladığı *"insan haklarına dayanan devlet"* ifadesinin gereği olarak, geniş bir haklar listesine yer vermek ve bu hakları ayrıntılı olarak tanımlamak suretiyle, çoğulculuk ve özgürlükçülük esasına dayanan bir hukuk düzeni kurmayı hedeflemiştir.

Ne var ki Anayasayı hazırlayanlar, seçilmiş organlara duydukları güvensizlik nedeniyle, bu organları sadece hukuk devleti mekanizmalarıyla sınırlamakla yetinmemiş, aynı zamanda vesayet kurumları aracılığıyla da sınırlamayı tercih etmişlerdir. Anayasanın yarattığı vesayet kurumlarından biri, 111. maddeyle düzenlenen Milli Güvenlik Kuruludur.[4] Anayasanın 111. maddesine göre, *"Milli Güvenlik Kurulu, kanunun gösterdiği Bakanlar ile Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet temsilcilerinden kuruludur. Milli Güvenlik Kuruluna Cumhurbaşkanı başkanlık eder; bulunmadığı zaman, bu görevi Başbakan yapar. Milli Güvenlik Kurulu, milli güvenlik ile ilgili kararların alınmasında ve koordinasyo-*

[4] Serap Yazıcı, *Türkiye'de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s.81-85; Serap Yazıcı, *"Türk Silahlı Kuvvetlerinin Yetki ve Ayrıcalıkları: Sivilleşmeye Yönelik Anayasal ve Yasal Reformlar"*, *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009a, s.84-85; Serap Yazıcı, *"Yeni Bir Anayasanın Yapımı Sürecinde Türkiye: Yasakçılıktan Özgürlükçülüğe, Otoritarizmden Demokrasiye, Vesayetçilikten Demokratik Temsile"*, *Ergun Özbudun'a Armağan Cilt 2 Anayasa Hukuku*, editörler, Serap Yazıcı, Kemal Gözler, Ece Göztepe, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.762-767.

nun sağlanmasında yardımcılık etmek üzere, gerekli temel görüşleri Bakanlar Kuruluna bildirir". Böylece TSK, Milli Güvenlik Kurulu aracılığıyla, Bakanlar Kurulunun izleyeceği politikaları, sürekli ve düzenli olarak denetlemek ve belirlemek olanağına kavuşmuştur.

1961 Anayasasıyla kurulan diğer vesayet organı Cumhuriyet Senatosudur. Bu organın kompozisyonu ile üyelerin seçilme yeterliğini düzenleyen hükümler, ikinci bir meclisin kurulmasındaki amacın, anayasanın üstünlüğüne güvence sağlamak değil, milletin temsilcilerinden oluşan birinci meclisin iradesini, siyasal yerindelik yönünden denetlemek olduğunu göstermektedir. Anayasanın 70. ve 72. maddelerine göre, Cumhuriyet Senatosu; genel oyla seçilen 150 üye, çeşitli alanlardaki seçkin hizmetleriyle tanınan ve cumhurbaşkanı tarafından seçilen 15 üye ve tabii senatör olarak adlandırılan Milli Birlik Komitesi üyeleri ile eski Cumhurbaşkanları olmak üzere üç grup üyeden oluşmaktadır. Bu Mecliste MBK üyelerine tabii senatörlük statüsünün sunulması, TSK'ya yasama süreci üzerinde bir ölçüde belirleyici olma olanağı sağlamıştır. Genel oyla belirlenen 150 üye ile cumhurbaşkanı tarafından seçilen 15 üye için milletvekili seçilme yeterliği yanında, yükseköğretim derecesine sahip olmak koşullarının öngörülmesi de Cumhuriyet Senatosuna izafe edilen rolün vesayet denetimi olduğu düşüncesini güçlendirmektedir.[5]

Nihayet, anayasa koyucu tarafından vesayet kurumu olarak tasarlanmayan, ancak uygulamada bu vasfı kazanan organlar da mevcut olmuştur. Bunlardan biri cumhurbaşkanlığıdır. Sivil yönetime geçişi sağlayan 15 Ekim 1961 genel seçimlerinin hemen ardından Silahlı Kuvvetler içinde bir grup subayın yeni bir darbe teşebbüsünde bulunması, bu teşebbüsün bertaraf edilmesi için müdahale lideri Cemal Gürsel'in cumhurbaşkanlığına seçilmesi, bu makamı askeri bir vesayet organına dönüştüren ilk uygulama olmuştur.[6] Bu uygulama bir geleneğe

5 Yazıcı, a.g.e., 1997, s.77-79; Yazıcı, a.g.e., 2009a, s.83.

6 Yazıcı, a.g.e., 1997, s.74-75, 79-80, Yazıcı, a.g.e., 2008, s.767-769.

dönüşerek, Anayasanın yürürlükte kaldığı 19 yıl içinde cumhurbaşkanlığına sadece asker kökenli kişiler seçilmiştir. Bu elbette bir rastlantı değildir. Böylece TSK, cumhurbaşkanlığı aracılığıyla parlamento ve hükümet üzerinde sürekli bir denetim imkanı elde etmiştir.

Anayasa koyucunun vesayet kurumu olarak tasarlamadığı, fiilen bu niteliği kazanan diğer organ ise Anayasa Mahkemesidir. Anayasa Mahkemesinin kuruluşundaki asıl amaç, anayasanın üstünlüğünü korumak olduğu halde, Yüksek Mahkemenin içtihatları bu amacın gerçekleşmesini sağlamadığı gibi, kendisini bir vesayet kurumuna dönüştürmüştür. Mahkemenin hak ve özgürlükleri anayasaya aykırı olarak sınırlayan kanunların, anayasaya uygunluğuna hükmettiği[7], anayasal yetkilerini aşarak, anayasa değişikliklerini esas yönünden denetlediği kararlarıyla[8], siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin kararları bu tespiti doğrulamaktadır. Böylece, Anayasa Mahkemesinin varlığı anayasanın üstünlüğü ve çoğulcu demokrasinin gereği olan özgürlüklerin seçilmiş organlar karşısında korunmasına değil, seçilmiş organların iradelerinin devletin resmi ideolojisinin gerekleri doğrultusunda keyfi ve hukuka aykırı bir biçimde sınırlanmasına hizmet etmiştir. Yüksek Mahkemenin siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin kararları da çoğulcu demokrasinin bu demokrasiyi yıkmak isteyen akımlara karşı korunmasına değil, tam aksine meşru siyaset alanının devletin resmi ideolojisine uygun olarak keyfi bir biçimde sınırlanmasına vasıta olmuştur. Böylece, bugün olduğu gibi 1961 Anayasası döneminde de Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kapatma kararları, çoğulcu demokrasinin, bu demokrasi anlayışının koruyucusu olması gereken bir yüksek mahkeme tarafından aşındırılması sonucunu yaratmıştır.

12 Mart muhtırasının yayınlanmasını takiben, 1971 ve 1973'te yapılan anayasa değişiklikleri, TSK'ya tanınan yet-

---

7 Serap Yazıcı, *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009b, s.184-189,

8 Yazıcı, a.g.e., 2009b, s.199-206.

ki ve ayrıcalıkları genişletmek suretiyle, askeri vesayeti daha da güçlendirmiştir. 1488 sayılı Kanunla Anayasanın MGK'nu düzenleyen 111. maddesinde yer alan kuvvet temsilcileri ifadesi, kuvvet komutanları şeklinde değiştirilerek, askeri otoritenin Kurulda en yüksek düzeyde temsiline olanak sağlanmıştır. MGK *"gerekli temel görüşleri Bakanlar Kuruluna bildirir"* ifadesi, *"gerekli temel görüşleri Bakanlar Kuruluna tavsiye eder"* şeklinde değiştirilmek suretiyle, Kurul kararlarının Bakanlar Kurulu üzerindeki manevi rolü güçlendirilmiştir.[9] 1488 sayılı Kanunun 127. maddede yaptığı değişiklikle, TSK harcamalarının Sayıştay denetimi dışında bırakılması, aynı Kanunun 140. maddeye eklediği hükümle, askeri uyuşmazlıkları yargılamak üzere, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kurulması, 1699 sayılı Kanunun 136. maddede yaptığı değişiklikle devlet güvenliği aleyhine işlenen suçları yargılamak üzere, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kurulması askeri vesayetin güçlenmesi sonucunu yaratmıştır.[10]

1982 Anayasası

1982 Anayasası ise, 1961 Anayasasının askeri otoriteye tanıdığı yetki ve ayrıcalıkları muhafaza etmek, bunlara yenilerini eklemek suretiyle bir yandan askeri vesayetin derinleşmesini sağlarken, diğer yandan da 1961 Anayasası döneminde fiilen vesayet kurumuna dönüşen cumhurbaşkanlığı ve Anayasa Mahkemesi gibi organları gerçek vesayet makamlarına dönüştürmüştür. 1982 Anayasasının TSK'nın anayasal ayrıcalıklarını genişletmek suretiyle askeri vesayeti güçlendiren hükümlerinin bir bölümü, bu Anayasanın geçiş sürecine ilişkin düzenlemelerinde, bir bölümü ise diğer maddelerinde yer almaktadır. Geçiş sürecinin TSK'ya sunduğu en önemli ayrıcalık, geçici 1. maddeyle, MGK Başkanı Orgeneral Evren'in cumhurbaşkanlığına rakipsiz adaylığının, Anayasanın halkoylaması işlemiyle birleştirilmesidir. Böylece Anayasanın yürürlüğe girmesini takip eden yedi yıl boyunca, TSK bu makama sunulan geniş

9 Yazıcı, a.g.e., 1997, s.121-124; Yazıcı, a.g.e., 2009a, s.88.

10 Yazıcı, a.g.e., 1997, s.124-133, Yazıcı, a.g.e., 2009a, s.88-92.

yetkiler aracılığıyla, tüm devlet düzenini denetleme imkanına kavuşmuştur. Geçici 9. maddeyle cumhurbaşkanına sivil yönetime geçişi takiben altı yıl içinde yapılacak anayasa değişiklikleri üzerinde güçleştirici veto yetkisinin sunulması, TSK'nın parlamento tarafından yapılması muhtemel demokratikleşme reformlarını kontrol etme arzusundan kaynaklanmaktadır. Öte yandan, Anayasanın geçici 2. maddesi, sivil yönetime geçişin ardından Milli Güvenlik Konseyinin Cumhurbaşkanlığı Konseyine dönüşeceği, Konseyin altı yıl süreyle bu maddeyle kendisine sunulan istişari yetkileri kullanacağı, sürenin bitimiyle beraber otomatik olarak hukuki varlığının sona ereceği hükmünü içermektedir. Anayasanın geçici 15. maddesinde yer alan hüküm de, askeri iradeyi sivil yönetime geçişten sonra da devlet yönetiminde etkili kılmaktadır. Bu hüküm, geçici maddeler arasında yer almakla birlikte, geçiş sürecini düzenlememekte, Milli Güvenlik Konseyi üyelerine ve Milli Güvenlik Konseyi yönetiminin kabul ettiği hukuki tasarruflara sürekli bir yargı bağışıklığı sunmaktadır. Anılan hükmün son fıkrası 2001'de, ilk iki fıkrası ise, 2010'da ilga edilmiştir.

Öte yandan Anayasa, Milli Güvenlik Kurulunu düzenleyen 118. maddeyle Kurulun asker üyelerine, siviller karşısında çoğunluk sağlamak, Kurul kararlarının Bakanlar Kurulu üzerindeki manevi rolünü önemli ölçüde güçlendirmek suretiyle, hükümet ve parlamento üzerinde gerçek bir vesayet makamı yaratmıştır. 118. maddede 2001'de yapılan değişiklik, Kurulun sivil üyelerine asker üyeler karşısında çoğunluk sağlamış, Kurul kararlarının istişari niteliğini güçlendirmiştir.[11] Böyle olmakla birlikte, Milli Güvenlik Kurulu hükümetler üzerinde askeri otoriteye vesayet kontrolü sunan bir organ olma vasfını korumaktadır.

Anayasanın idari yargı yolunu düzenleyen 125. maddesi, *"idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır"* hükmüne yer verdiği halde, bu hükmün Yüksek Askeri

[11] MGK'nın yapısına ilişkin Anayasa değişikliği ile bunu izleyen yasal değişiklikler hakkında bkz., Yazıcı, a.g.e., 2009a, s.99, 100-105.

Şura kararlarına yargı bağışıklığı tanıması, TSK'ya sunulan bir başka ayrıcalıktır. Öte yandan Anayasa, Askeri Yüksek İdare Mahkemesini, Devlet Güvenlik Mahkemelerini, TSK'nin Sayıştay denetimi dışında bırakılması usulünü muhafaza eden düzenlemelere de yer vermiştir.[12] Devlet Güvenlik Mahkemeleri 1999'da sivilleştirilmiş, 2004'te ise ilga edilmiştir. 2004 Anayasa değişikliği, aynı zamanda TSK'nin Sayıştay denetimine tabi kılınmasını sağlamıştır.

1982 Anayasasının yarattığı en önemli vesayet kurumu cumhurbaşkanlığıdır. Anayasa, parlamenter sistemin tüm mekanizmalarını muhafaza etmek yanında, bu sistemin doğasıyla bağdaşması mümkün olmayan geniş yetkileri haiz bir cumhurbaşkanlığı yaratmıştır. Cumhurbaşkanının yetkilerini düzenleyen 104. maddenin ilk fıkrası, anayasa koyucunun tüm devlet organlarını bu makamın kontrolüne sunma eğilimini, dolayısıyla bu makama izafe edilen vesayet rolünü göstermektedir. Bu hükme göre: *"Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder; Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetir"*. Nitekim maddenin yasama, yürütme ve yargı organlarıyla ilgili olarak cumhurbaşkanına sunduğu geniş yetkileri, parlamenter demokrasinin doğasıyla bağdaştırma imkanı bulunmamaktadır. Anayasa koyucunun cumhurbaşkanlığına böyle güçlü yetkiler sunması, Orgeneral Evren'in cumhurbaşkanlığındaki görev süresini tamamladıktan sonra, bu makama 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi ya bir TSK mensubunun veya hiç değilse, devlet elitlerinin icazetine sahip bir kişinin seçileceği varsayımından kaynaklanmaktadır. Bu varsayım, merhum Özal'ın cumhurbaşkanlığına seçimiyle ortadan kalkmış, ancak gene de Özal'ın cumhurbaşkanlığına seçimi rejim kriziyle sonuçlanmamıştır. 11. Cumhurbaşkanının seçimi sürecinin parlamento çoğunluğu ile muhalefet, TSK ve yüksek yargı kuruluşları arasında ciddi bir çatışmaya yol açması, bu çatışmanın 27 Nisan e-muhtırası[13] ve Anayasa Mah-

[12] Yazıcı, a.g.e., 1997, s.175-207, Yazıcı, a.g.e., 2009a, s.92-98.

[13] 27 Nisan 2007'de Genelkurmay Başkanlığı adına yayınlanan e-muhtıranın

kemesinin yargı darbesi niteliğindeki *"367"* kararıyla[14] sonuçlanması şaşırtıcı değildir. Bu süreç, anayasayı hazırlayanların halkın iradesi ve temsilcileri üzerinde denetim yapmak üzere yarattıkları cumhurbaşkanlığının, normal bir demokratik düzende olduğu gibi, halkın temsilcilerine intikali sonucunu yaratmıştır. Bu ise, devlet seçkinleri nezdinde vesayet sisteminin sonu anlamına gelmektedir.

1982 Anayasasının yarattığı bir başka vesayet kurumu, bu Anayasanın 131. maddesiyle düzenlenen Yükseköğretim Kuruludur. Kurulun amacı, yükseköğretim kurumlarını, öğretim üyelerini ve öğrencilerini resmi ideolojiye uygun olarak tek tipleştirmektir. Bu nedenle Anayasa 131. maddesinde Kurul üyelerinin belirlenmesinde Bakanlar Kurulu yanında Genelkurmay'ı[15] ve cumhurbaşkanını da yetkilendirmiştir. Öte yandan Anayasanın bir vesayet makamı şeklinde tasarladığı cumhurbaşkanlığına bağlı olarak Devlet Denetleme Kurulunun kurulmasına ilişkin düzenlemesi de (m. 108) anayasa koyucunun vesayetçilik zihniyetine hizmet eden bir başka hükümdür. 108. maddeye göre, DDK, cumhurbaşkanı adına tüm kamu kurum ve kuruluşlarını denetlemekle görevli olduğu halde, Kurulun yetkileri, Silahlı Kuvvetlerin ve yargı organının denetimi hariç bırakılmak suretiyle sınırlanmıştır. Bu hüküm, Anayasanın diğer hükümleriyle ve günümüze kadar uzanan süreçte devlet elitlerinin TSK ve yargıya izafe ettikleri vesayet rolüyle birlikte değerlendirildiğinde, anayasa koyucunun asıl saikinin, halkın temsilcilerini kısacası seçilmiş organları, şu veya bu biçimde sınırlamak olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, anayasa koyucu tarafından vesayet makamı olarak algılanan Silahlı Kuvvetler ve yargının, bir başka vesayet organı olan cumhurbaşkanının denetimine sunulmasına ihtiyaç duyulmamıştır.

---

metni için bkz., http://www.tsk.tr/10_ARSIV/10_1_Basin_Yayin_Faaliyetleri/10_1_Basin_Aciklamalari/2007/BA_08.html

14 Yazıcı, a.g.e., 2009b, s.220-223.

15 Yükseköğretim Kurulu üyelerinin seçiminde Genelkurmay'a tanınan yetki, Anayasanın 131. maddesini değiştiren 7.5.2004 tarih, 5170 sayılı Kanunla ilga edilmiştir.

SERAP YAZICI'NIN TEBLİĞİ

Diğer Vesayet Kurumları

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu

1982 Anayasasının önemli özelliklerinden biri de Batı demokrasilerinde hukukun üstünlüğü ve çoğulculuğun güvencesi olan kurumları vesayet organlarına dönüştürmesidir. Bunlardan biri HSYK'dır. Anayasanın 159. maddesinde düzenlenen HSYK, Adalet Bakanı, Adalet Bakanlığı Müsteşarı ile 3 asıl 3 yedek üyesi Yargıtay'ın, 2 asıl 2 yedek üyesi Danıştay'ın, kendi üyeleri içinden gösterecekleri adaylar arasından, Cumhurbaşkanınca belirlenen üyelerden oluşmaktadır. Kurul, 159. maddenin 3. fıkrası gereğince, *"adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini"* yapmaktadır. HSYK, yargı mensuplarının özlük hakları gibi çok hayati bir konuda karar verme yetkisine sahip olduğu halde, aynı maddenin 4. fıkrası, bu kararların yargı denetimine tabi olmayacağı hükmüne yer vermektedir.

Literatürde yargı konseyi olarak adlandırılan HSYK benzeri organlar, hukuk devletinin en önemli unsuru olan yargının bağımsızlık ve tarafsızlığını sağlamaktadır. Hukuk devleti, tüm devlet organ ve makamlarının hukuka uygun davranmakla yükümlü oldukları bir sistemi ifade etmektedir. Bu tür bir sistemin kurulması için yasama ve yürütme işlemleriyle, tüm idari tasarrufların, hukuka uygunlukları yönünden yargı denetimine tabi olması gerekir. Yargı denetiminden beklenen yararın ortaya çıkması ise, ancak bu denetimi yapacak olan yargı mensuplarına, mesleki güvencelerin sunulmasıyla mümkündür. Bu mesleki güvencelerden en önemlisi, yargı mensuplarının ilk kez mesleğe kabul, tayin, terfi ve disiplin cezaları gibi özlük hakları konusunda karar verme yetkisinin özerk kurullara ait olmasıdır. Buradaki özerklik kavramı, yargı mensuplarının özlük hakları konusunda karar verecek organların, yasama ve yürütme karşısında olduğu kadar, yargı mekanizmasının tümü karşısında da bağımsız hareket edebilmesini ifade et-

mektedir. Bu ise, yargı konseyi olarak adlandırılan organların, yargıç üyeler yanında, yargıç olmayan üyelerin de yer aldığı karma bir modele sahip olmasıyla daha kolay sağlanabilir. Nitekim, Türkiye'nin de üyesi bulunduğu Avrupa Konseyinin bir organı olan Venedik Komisyonunun 2007 tarihli *"Yargısal Atamalar"*[16] başlıklı raporuyla, Avrupa Yargıçları Danışma Kurulunun *"10 Numaralı Görüşü"*,[17] bu hususu vurgulamaktadır. Anılan raporlara göre, yargı konseyinin üye sayısı, bir ülkenin yargı sisteminin hacmi ile orantılı olmalı, konseyin yargıç üyelerine çoğunluk sağlanmalı, konseyde ayrıca, hukuk profesörleri, avukatlar, işletme yöneticileri gibi, yargıç olmayan üyeler de yer almalıdır. Bundan başka, raporlarda yargıç üyelerin, yargının tümünü temsil edecek biçimde her düzeydeki mahkemelerden, kendi eşitlerince seçilmesi, yargıç olmayan üyelerin ise, parlamentoların nitelikli çoğunluğu ile belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Böylece, yargı konseyi, hem yargının tümünün temsiline olanak tanıyacak, hem de demokratik meşruiyet ve hesap verirliğe sahip olabilecektir. Her iki raporda da yargı konseyinin sadece yargıç üyelerden oluşmasının, mesleki kayırmacılık, mesleki menfaate yönelme gibi sakıncalar yaratabileceğine işaret edilmiştir. Öte yandan bu raporlarda, yargı konseyinin alacağı tüm kararların, yargı denetimine açık olması gerektiği de vurgulanmıştır.[18]

HSYK ise, bu standartların hiçbirini karşılamamaktadır. Her şeyden önce Kurulun üye sayısı, Türkiye'nin yargı mekanizmasının tümünün temsiline olanak tanımamaktadır. Avrupa Birliğinin 2009 tarihli ilerleme raporuna göre, Türkiye'deki hakim sayısı 7081, savcı sayısı 4040, boş kadro sayısı ise 3875'tir.

---

16 Venedik Komisyonu (Venice Comission), Judicial Appointments, 15 Mart 2007, CDL-JD (2007) 001rev. www.venice.coe.int

17 Avrupa Konseyi Yargıçları Danışma Kurulu (Consultative Council of European Judges [CCJE]), Opinion no.10 (2007), Strasbourg, 21-23 Kasım 2007, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp

18 Bu raporlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., Serap Yazıcı, *"Yargı Reformu Projesi: Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu"*, Yargısal Düğüm: Türkiye'de Anayasa Reformuna İlişkin Değerlendirmeler ve Öneriler, TESEV Demokratikleşme Programı Siyasa Raporları Serisi, Yargı Reformu 1, ed. Serap Yazıcı, İstanbul, Mayıs 2010, s. 17-20.

SERAP YAZICI'NIN TEBLİĞİ

Kısacası, 2009 verilerine göre 11.000'i aşkın yargı mensubu HSYK'da sadece 5 üye ile temsil edilmektedir. Öte yandan, Kurulun yargıç üyeleri, yargının tüm kademelerini değil, ancak yüksek yargının bir kısmını oluşturan Yargıtay ve Danıştay'ı temsil etmektedir. Bundan başka, yargıç üyeler, kendi eşitlerince sadece aday gösterilmekte, bu adaylar üzerinde seçme yetkisini Cumhurbaşkanı kullanmaktadır. Bundan daha da önemlisi, Kurulda yargıçlık mesleğinden gelmeyen, parlamento tarafından seçilen üyeler yer almamaktadır. Bu ise, HSYK'yı demokratik meşruiyetten ve hesap verirlikten yoksun bırakmaktadır. Adalet Bakanı ve Müsteşarının Kurulda yer alması, Anayasanın kabulünden bu yana Kurula yöneltilen temel eleştiriler arasındadır. Bütün bunlara ek olarak, Yargıtay ve Danıştay'ın HSYK üyelerini, HSYK'nın ise, Yargıtay üyelerinin tümünü (AY. m. 154), Danıştay üyelerinin ise 3/4'ünü (AY. m. 155) seçme yetkisine sahip kılınması, HSYK ile bu yüksek yargı kuruluşları arasında mesleki kooptasyona yol açmaktadır. Mesleki kooptasyon ise gerek Venedik Komisyonun, gerekse AYDK'nun raporlarında, yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığının sağlanmasında kaçınılması gereken en önemli unsur olarak vurgulanmıştır. Nihayet, HSYK kararlarının yargı denetimine tabi olmaması, Kurul kararlarında keyfiliği teşvik eden bir başka faktördür. Görüldüğü gibi HSYK, bu yapısal özellikleriyle, yargının bağımsız ve tarafsız işleyişine güvence oluşturamamaktadır. Son yıllarda, Kurul kararlarının kamuoyunda sık sık tartışılır hale gelmesi şaşırtıcı değildir.

12 Eylül 2010'da kabul edilen Anayasa değişikliği HSYK'nın üye kompozisyonunu, üyelerin seçiminde izlenen yöntemi, Kurulun yapısı ve çalışma usullerini önemli ölçüde değiştirmiştir. Değişik 159. maddeye göre: "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yirmi iki asıl ve on iki yedek üyeden oluşur; üç daire halinde çalışır.

Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabiî üyesidir. Kurulun, dört asıl üyesi, nitelikleri kanunda belirtilen; yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından

Cumhurbaşkanınca, üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca, bir asıl ve bir yedek üyesi Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından, yedi asıl ve dört yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adlî yargı hâkim ve savcıları arasından adlî yargı hâkim ve savcılarınca, üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcılarınca, dört yıl için seçilir."

Görüldüğü gibi bu değişiklik, HSYK'nın üye sayısını Türkiye'deki yargı mekanizmasının büyüklüğüne uygun olarak artırmıştır. Üyelerin farklı kaynaklardan gelmesini ve yargının tüm basamaklarının bu organda temsilini sağlamıştır. 159. maddenin, HSYK üyelerinin seçiminde Cumhurbaşkanına sunduğu dolaylı yetkiyi sona erdirmiştir. Bunun yerine, Cumhurbaşkanına 4 üyeyi doğrudan seçme yetkisi tanımıştır. Üye seçiminde TBMM'ye yetki tanınmamış olması bir eksikliktir.

Buna ek olarak, Kurulun üç daire ve bir genel kurul halinde çalışması benimsenerek, etkin bir iç denetim sistemi yaratılmıştır. Bundan başka, Kurulun meslekten men cezalarına karşı yargı yolu açılarak, hukuk devletinin önündeki önemli bir engel aşılmıştır.

Anayasa değişikliği, Adalet Bakanı ve Müsteşarının Kuruldaki varlıklarını korumakla birlikte, yürütmeden gelen bu iki üyenin rolünü sembolik hale getirmiştir. Anayasanın yeni düzenlemesine göre (m. 159, f.7), Adalet Bakanı dairelerin çalışmalarına katılamayacaktır. Bu husus, 18.12.2010'da yürürlüğe giren HSYK Kanununun 6. maddesinde de tekrarlanmıştır. Bundan başka, Kanun (m. 6) Adalet Bakanının disiplin işlemleri ile ilgili Genel Kurul toplantılarına katılamayacağını da hükme bağlamaktadır. Anayasanın değişik 159. maddesinin 9. fıkrasına göre, yargı mensuplarının disiplin işlemleri, ilgili dairenin (Üçüncü Daire) talebi ve Adalet Bakanının oluru ile yapılabilecektir. Bundan başka Genel Sekreter, HSYK Genel Kurulunun göstereceği üç aday içinden Bakan tarafından

atanacaktır (m.159, f.11). Böylece, Adalet Bakanının konumu sembolik hale gelmiştir. Adalet Bakanı Müsteşarının ise, dairelerden herhangi birinin başkanı olamayacağı, HSYK Kanununun 8. maddesinde (f.3) hükme bağlanmıştır. Kanunun 8. maddesinin 1. fıkrasına göre, Müsteşar Birinci Dairenin üyesidir. Dairelerin görevleri incelendiğinde, İki ve Üçüncü Dairelerin görevleri, Birincisine kıyasla, daha önemli görünmektedir. Bu tespitler, Müsteşarın Kurul içindeki konumunun da sanıldığı kadar güçlü olmadığını göstermektedir.

Kanunun, Genel Kurul ve dairelerin toplantı ve karar yetersayılarını düzenleyen 29 ve 30. maddeleri, Adalet Bakanının Genel Kurulun, Müsteşarın ise Birinci Dairenin toplantısına katılmamak suretiyle, toplantı yapılmasını engelleyemeyeceklerini de göstermektedir. 29. maddeye göre Genel Kurul, Adalet Bakanı Başkanlığında toplanır. Genel Kurulun, üye tamsayısının salt çoğunluğunun imzası ve görüşülmesi talep edilen konuyu belirtmesi üzerine, Adalet Bakanı Kurulu olağanüstü toplamak zorundadır. Genel Kurulun toplantı yetersayısı 15, karar yetersayısı ise katılanların salt çoğunluğudur. Bu hüküm, Adalet Bakanının dilediğinde Kurulu toplamamak gibi bir seçeneğinin olmadığını göstermektedir. Üstelik, Genel Kurulun toplantı yetersayısı 15 olup, 22 üyeden oluşan Kurulun 15'i hakimlik mesleğinden gelmektedir. Bu durumda, hakimlik mesleğinden gelen üyeler, toplantı yetersayısını oluşturacak güçdelerdir.

Kanunun 30. maddesi, dairelerin toplantı ve karar yetersayısını düzenlemektedir. Yedi üyeden oluşan dairelerin toplantı yetersayısı beş, karar yetersayısı ise toplantıya katılanların salt çoğunluğudur. Öte yandan, her dairenin üye tamsayısının salt çoğunluğu, görüşmeyi talep ettikleri konuyu belirterek, Daire Başkanının ilgili daireyi olağanüstü toplantıya çağırmasını sağlayabilecektir. Şu halde, ne Adalet Bakanı Genel Kurulun, ne de Müsteşar, üyesi bulunduğu Birinci Dairenin toplanmasını engelleyecek bir güce sahiptir.[19]

---

[19] Serap Yazıcı, *Yeni Anayasa Arayışı Işığında Türkiye'nin Demokratikleşme*

Anayasa Mahkemesi

1982 Anayasasının vesayet kurumuna dönüştürdüğü organlardan biri de Anayasa Mahkemesidir. Aslında anayasa yargısı, Batı demokrasilerinde hukukun üstünlüğü ve çoğulculuğun en güçlü teminatlarından biridir. Yasamada beliren adi çoğunlukların kanun yapma yetkisini kullanarak siyasal muhalefetin veya azınlıkların anayasal haklarını ihlal etme olasılığına karşılık, anayasa mahkemelerine bu tür kanunları iptal ederek bir yandan anayasanın üstünlüğünü diğer yandan da azınlık haklarını çoğunluk gücüne karşı koruma görevi sunulmuştur. Anayasa mahkemelerinin veya anayasaya uygunluk denetimi yapan genel yetkili organların anayasaya aykırılığını tespit ettikleri kanunları iptal ederek, bu normların hukuki varlıklarını sona erdirmeleri bir tür negatif kanun koyma faaliyetidir. Bu nedenle, parlamentoların kanun yapma yetkilerinin temelinde halktan aldıkları vekaletten kaynaklanan demokratik meşruiyet esasının yer almasına paralel olarak, anayasa mahkemelerinin de anayasaya aykırılığını tespit ettiği normların iptaline hükmetme yetkilerinin temelinde aynı esasın mevcut olması gerekir. Bu yüzden demokratik dünyadaki anayasa mahkemelerinin yapısı incelendiğinde, bu yargı kuruluşlarının üyelerinin tümü veya önemli bir bölümünün parlamentolar tarafından seçildiği böylece anayasa yargısıyla halkın iradesi arasında bir bağlantı kurulduğu görülmektedir. Nitekim Almanya, Polonya ve Macaristan'da Anayasa Mahkemesi üyelerinin tümü parlamentolar tarafından seçilmektedir. ABD'de Yüksek Mahkemenin tüm üyeleri, halkın seçtiği Başkan tarafından belirlenmekte, ancak bu işlem Senatonun onayına tabi kılınmaktadır. Böylece anayasaya uygunluk demetimi de yapan ABD Yüksek Mahkemesinin üye kompozisyonu Başkan ve Senato aracılığıyla halkın iradesiyle ilişkilendirilmektedir. 9 üyeden oluşan Fransız Anayasa Konseyinin 3 üyesi halkın seçtiği Cumhurbaşkanı, diğer 6 üyesi ise Meclis ve Senato Başkanları tarafından seçilmektedir. Bu yöntem de,

Süreci, Avrupa Parlamentosu Yeşiller Grubunun 1-2 Kasım 2010'da düzenlediği toplantıda sunulan tebliğ. Yayın aşamasında.

SERAP YAZICI'NIN TEBLİĞİ

Fransız Anayasa Konseyinin tüm üyelerinin demokratik meşruiyet esasına dayanmasını sağlamaktadır. İtalyan Anayasa Mahkemesinin 15 üyesinden, 5'i Parlamento, 5'i Devlet Başkanı, 3'ü Temyiz Mahkemesi, 1'i Danıştay, 1'i Sayıştay tarafından seçilmektedir. 1982 Anayasası ise, 11 asıl 4 yedek üyeden oluşan Anayasa Mahkemesinin üyelerinin tümünü seçme yetkisini Cumhurbaşkanına tanımıştır. Anayasanın 146. maddesine göre: *"Cumhurbaşkanı, iki asıl ve iki yedek üyeyi Yargıtay, iki asıl ve bir yedek üyeyi Danıştay, birer asıl üyeyi Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurullarınca kendi Başkan ve üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile her boş yer için göstereceksleri üçer aday içinden; bir asıl üyeyi ise Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri içinden göstereceği üç aday arasından; üç asıl ve bir yedek üyeyi üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından seçer".* Türk Anayasa Mahkemesi, bu yapısı ile demokratik meşruiyetten yoksun olan yegane örnektir. Bu ise, Yüksek Mahkemenin verdiği çeşitli kararlarda hukuka uygunluğun ötesine geçmesinde, kimi kararlarında ise anayasal yetkilerini açıkça aşarak, jüristokratik bir tutum izlemesinde en etkili faktörlerden biri olarak değerlendirilmektedir.

12 Eylül 2010'da kabul edilen Anayasa değişikliği, Anayasa Mahkemesinin üye kompozisyonunu bir ölçüde değiştirerek, Mahkemenin demokratik meşruiyetini sınırlı ölçüde güçlendirmiştir. Değişik 146. maddeye göre:

"Anayasa Mahkemesi onyedi üyeden kurulur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için göstereceksleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından göstereceksleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer. (...)

Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay, bir üyeyi Askerî Yargıtay, bir üyeyi Askerî Yüksek İdare Mahkemesi genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından her boş yer için göstereceksleri üçer aday içinden; en az ikisi hu-

kukçu olmak üzere üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden; dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer".

Bu değişiklikle Anayasa Mahkemesinin üye sayısı 17'ye çıkarılmış, yedek üyelik statüsü sona erdirilmiş, cumhurbaşkanı yanında TBMM'ye de üye seçme yetkisi tanınmıştır. Ne var ki, 17 üyeden sadece üçünü seçme yetkisinin TBMM'ne tanınması, bu seçim yetkisinin de ancak Sayıştay ve Barolar Birliğinin gösterecekleri adaylar üzerinde kullanılması, Anayasa Mahkemesinin demokratik meşruiyetinin çok sınırlı bir ölçüde güçlendirildiğini göstermektedir. Değişikliğin yarattığı önemli hukuki sonuçlardan biri de üyelerin görev sürelerinin sınırlanmasıdır. Orijinal 146. maddeye göre Anayasa Mahkemesine üye seçilme yeterliğinin şartlarından biri 40 yaşı tamamlamış olmaktır ve Mahkeme üyeleri emeklilik yaşı olan 65 yaşı tamamlayana kadar görevlerini sürdürebilmektedir (m. 147). Bu, 40 yaşını tamamladıktan hemen sonra Mahkemeye üye seçilen bir kişinin, 25 yıl süreyle görev yapabileceği anlamına gelmektedir. Bu ise Mahkemenin üye kompozisyonunun kemikleşmesine, toplumsal değişmelerin Mahkemeye yansımamasına yol açmaktadır. Oysa demokratik dünyadaki örnekler incelendiğinde, anayasa mahkemesi üyelerinin görev sürelerinin 9 ile 12 yıl arasında sınırlandığı, bazı örneklerde yeniden seçilmeye imkan tanındığı, bazılarında ise yeniden seçilmeye olanak tanınmadığı görülmektedir.[20] 12 Eylül 2010'da kabul edilen değişiklik, Mahkeme üyelerinin görev sürelerini 12 yılla sınırlamış, ancak bu kuralın değişikliğin yürürlüğe girmesini takiben Mahkemeye üye seçilenler bakımından geçerli olacağını hükme bağlamıştır. Bu, evvelce asıl veya yedek üyeliğe seçilenlerin görev sürelerinin 65 yaşlarını tamamlayıncaya kadar süreceği

[20] Kemal Başlar, *"Anayasa Yargısında Yeniden Yapılanma"*, *Demokrasi Platformu*, Yıl 1, Sayı 2, Bahar 2005, s.90-93.

SERAP YAZICI'NIN TEBLİĞİ

anlamına gelmektedir. Bu nedenle, yapılan değişikliğin Mahkemenin üye kompozisyonu üzerindeki etkisi ancak tedricen ortaya çıkabilecektir. Değişikliğin eleştiriye açık unsurlarından biri de, TBMM'ne tanınan Mahkemeye üye seçme yetkisinin nitelikli çoğunluk kuralı ile sınırlanmamasıdır. Değişik 146. maddenin ikinci fıkrasına göre, son oylamada üyeliğe seçilenler parlamentonun adi çoğunluğuyla, diğer bir deyişle iktidar partisinin veya partilerinin iradesiyle belirlenmiş olacaktır. Oysa, Anayasa Mahkemesinin temel fonksiyonlarından biri, parlamento çoğunlukları tarafından kabul edilen kanunların anayasaya aykırılığını tespit etmek ve bu tür normlar üzerinde iptal hükmü vermektir. Sadece parlamento çoğunluğunun desteği ile bu göreve seçilen üyelerin Anayasa Mahkemesi hakimliğinin gerektirdiği rolü yerine getirebilecekleri şüphe uyandırmaktadır. Değişiklik metni, TBMM'ye tanınan bu yetkiyi ilk iki oylama bakımından üye tamsayısının 2/3'sinin, bu çoğunluk sağlanamadığı takdirde müteakip oylamalar bakımından 3/5 gibi daha kolay elde edilebilir bir çoğunluğun veya hiç değilse, üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyuna bağlı kılsaydı, şüphesiz bu tür tereddütlerin ortaya çıkması engellenmiş olabilirdi.

Parti Yasakları

1982 Anayasasının vesayet kurumuna dönüştürdüğü mekanizmalardan biri de parti yasaklarıdır. Demokratik dünyada parti yasakları, çoğulcu demokrasiyi güvence altına alacak bir yöntem olarak uygulanmaktadır. Bu yasağın anayasal bir kuruma dönüşmesindeki asıl faktör, Almanya'nın Nazi yönetiminin demokrasiyi ve insan haklarını ortadan kaldıran acı deneyimleri olmuştur. Büyük bir insanlık kıyımına yol açan, demokrasiyi ortadan kaldıran Nasyonal Sosyalist İşçi Partisi, aslında demokrasi araçlarını kullanarak iktidar olmayı başarmış, iktidara geldikten sonra da demokrasiyi sistematik bir biçimde ortadan kaldırarak, totaliter bir yönetim kurmuştur. Bu nedenle 2. Dünya Savaşında Almanya'nın yenilgiye uğramasıyla birlikte Nazi yönetiminin sona ermesinin ardından hazırlanan 1949 tarihli Bonn Anayasası, benzer bir tablonun

ortaya çıkmasını önlemek amacıyla 21. maddesinde, partilerin Anayasa Mahkemesi kararıyla yasaklanabileceği kuralına yer vermiştir. Bu hükme göre: *"Amaçlarına ve taraftarlarının tutumuna göre hür ve demokratik temel düzeni zedelemek ya da ortadan kaldırmak ya da Federal Alman Cumhuriyeti'nin varlığını tehlikeye atmak eğiliminde olan partiler, Anayasa'ya aykırıdırlar. Anayasa'ya aykırılık sorunu hakkında Federal Anayasa Mahkemesi karar verir. Konunun ayrıntılarını federal kanunlar düzenleyecektir"*. Böyle olmakla birlikte, Alman uygulamasında siyasi parti hürriyetinin tanınması ve korunması temel kural olup, partilerin yasaklanması bir istisnadır. Nitekim bugüne kadar Almanya'da sadece iki siyasi parti, Nasyonal Sosyalist Partinin devamı niteliğindeki Sosyalist Devlet Partisi ve Alman Komünist Partisi, Anayasa Mahkemesi kararıyla kapatılmıştır. Üstelik bu partilerden Sosyalist Devlet Partisinin kapatılmasında, Nazi deneyiminin o tarihler bakımından hafızalarda canlılığını koruması, Komünist Parti bakımından ise, iki kutuplu dünyanın Soğuk Savaş atmosferinin koşulları etkili olmuştur. Sonuç olarak Almanya'da parti kapatma yaptırımı, özünde insan haklarına dayanan çoğulcu demokrasinin, demokrasi karşıtı siyasal akımlar karşısında korunması hedefine hizmet etmektedir. Bu yaptırımı benimseyen İspanya'da da tablo farklı değildir. İspanya'da ancak, terör örgütüyle organik bağı ispat edilen Batasuna Partisi kapatılmıştır.[21]

Türkiye'de ise, siyasi partilerin Anayasa Mahkemesi tarafından yasaklanması, insan haklarına dayanan çoğulcu demokrasinin, demokrasi karşıtı akımlar karşısında korunmasını değil, devletin resmi ideolojisinin tüm siyasi partilere dayatılmasına, meşru siyaset alanının bu ideolojiyle sınırlanmasına hizmet etmektedir. Bu nedenle, Türkiye'de asıl olan siyasi partilerin yasaklanması, istisna olan ise, bu hürriyetin tanınıp korunmasıdır. Türkiye'de bugüne kadar Anayasa Mahkemesi kararlarıyla kapatılan siyasi partilerin sayısı, kapatma yaptırımının

[21] İspanyol deneyimi hakkında bkz., Selin Esen, *"İspanya'da Siyasal Partilerin Kapatılması: Batasuna Partisi Örneği"*, *Siyasi Partiler ve Demokrasi Sempozyumu*, 26-27 Mayıs 2005, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006, s.107-136.

SERAP YAZICI'NIN TEBLİĞİ

demokrasinin evrensel standartlarıyla bağdaşmayacak bir sıklıkla ve adeta keyfi olarak uygulandığını göstermektedir. Altısı 1961 Anayasası, 19'u 1982 Anayasası döneminde olmak üzere toplam 25 parti Anayasa Mahkemesi kararlarıyla yasaklanmıştır. Bu kapatma kararlarının uluslararası standartlarla bağdaşmadığı açıktır. Nitekim Türkiye'nin bireysel başvuru hakkını kabul ettiği 1987'den sonra bu kararlar aleyhine AİHM'ne yapılan müracaatlarda, Yüksek Mahkeme, Türkiye'nin Sözleşme hükümlerini ihlal ettiğine ve bu sebeple tazminat ödeme yükümlülüğüne hükmetmiştir.[22] Bunun tek istisnası Refah Partisinin kapatılması kararı aleyhine AYM'ye yapılan müracaattır. Bu müracaat üzerine AİHM, Türk Anayasa Mahkemesinin verdiği kapatma kararının, Sözleşme hükümlerini ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştır.

Kapatma yaptırımının uluslararası standartlara uymadığını gösteren bir başka husus da 1982 Anayasasının 69 ve 84. maddeleriyle, kapatma kararının fer'i sonucu olarak öngörülen siyaset yasaklarıdır. 69. maddenin orijinal metninin 7. fıkrasına göre: *"Temelli kapatılan siyasi partilerin kurucuları ile her kademedeki yöneticileri; yeni bir siyasi partinin kurucusu, yöneticisi ve denetçisi olamayacakları gibi, kapatılmış bir siyasi partinin mensuplarının üye çoğunluğunu teşkil edeceği yeni bir siyasi parti de kurulamaz"*. Madde 1995'te değiştirilerek, 69. maddenin 9. fıkrasıyla şu hüküm benimsenmiştir: *"Bir siyasi partinin temelli kapatılmasına beyan veya faaliyetleriyle sebep olan kurucuları dahil üyeleri, Anayasa Mahkemesinin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararının Resmi Gazetede gerekçeli olarak yayımlanmasından başlayarak beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi, denetçisi olamazlar"*. Adalet ve Kalkınma Partisinin, Anayasanın çeşitli hükümlerini değiştirmek amacıyla, 23 Mart 2010'da TBMM'ye sunduğu değişiklik paketinde 69. maddenin 9. fık-

22 Anayasa Mahkemesinin kapatma kararlarıyla, AİHM'nin bu kararlara ilişkin içtihatlarının karşılaştırılması konusunda bir çalışma için bkz., Ergun Özbudun, *"Siyasi Parti Kapatma Davalarında Türk Anayasa Mahkemesi İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yaklaşım Farkı"*, *Siyasi Partiler ve Demokrasi Sempozyumu*, 26-27 Mayıs 2005, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006, s.83-106.

rasındaki siyaset yasağının süresi beş yıldan üç yıla indirilmiş, ancak bu değişiklik teklifi TBMM'de yeterli oyu alamadığı için paketten düşmüştür. Anayasanın 84. maddesinin orijinal metninin son fıkrası da oldukça ağır bir müeyyideye yer vermektedir. Bu hükme göre: *"Anayasa Mahkemesinin kararında partinin kapatılmasına eylem ve sözleri ile sebebiyet verdiği belirtilen milletvekilinin üyeliği ile temelli olarak kapatılan siyasi partinin, kapatılmasına ilişkin davanın açıldığı tarihte, parti üyesi olan diğer milletvekillerinin üyeliği, kapatma kararının Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına tebliğ edildiği tarihte sona erer"*. Modern ceza hukukunun temel değerlerinden biri olan, cezanın şahsiliği ilkesiyle bağdaşmayan bu hüküm de 1995'te değiştirilerek şu hüküm benimsenmiştir: *"Partisinin temelli kapatılmasına beyan ve eylemleriyle sebep olduğu Anayasa Mahkemesinin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararında belirtilen milletvekilinin milletvekilliği, bu kararın Resmi Gazetede gerekçeli olarak yayımlandığı tarihte sona erer. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı bu kararın gereğini derhal yerine getirip Genel Kurula bilgi sunar"*. Siyaset yasaklarına ilişkin bu düzenlemeler de AİHS ile bağdaşmamaktadır. Türk Anayasa Mahkemesinin kapatma kararlarının fer'i sonucu olarak hükmettiği bu siyaset yasakları aleyhine AİHM'ye yapılan başvurularda Mahkeme, Türkiye'nin Sözleşmenin 1 no'lu Protokolünün 3. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir.[23] AİHM'nin son olarak HADEP hakkında verdiği kararda, Türk Anayasa Mahkemesinin gerek kapatmaya ilişkin kararının Sözleşme hükümlerini ihlaline, gerekse siyaset yasaklarına ilişkin kararının 1 no'lu Protokolün 3. maddesine aykırılığına hükmedilmiştir.[24] 84. maddenin son fıkrasında yer alan hüküm, 12 Eylül 2010'da kabul edilen Anayasa değişikliğiyle ilga edilmiştir.

---

[23] AİHM'nin konuya ilişkin içtihatlarını içeren açıklamalar için bkz., Serap Yazıcı, *"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'de Seçim Serbestliği"*, *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009a, s.39-46.

[24] http://www.codex-online.com/codex/contents.nsf/vWebAccess Documents/CB4A223C18819D19C22577FB00407D8E/$fileChamber+judgment +HADEP+and+Demir+v.+Turkey+14.12.10.pdf

SERAP YAZICI'NIN TEBLİĞİ

Türk Anayasa Mahkemesinin bugüne kadar verdiği kapatma kararları, Türkiye'nin de üyesi olduğu Avrupa Konseyinin bir kuruluşu olan Venedik Komisyonunun 1999 tarihli *"Siyasi Partilerin Yasaklanması ve Kapatılması İle Benzeri Tedbirler Hakkında Yol Gösterici İlkeler"* başlıklı raporuyla da bağdaşmamaktadır. Bu rapora göre: *"Siyasi partilerin yasaklanması veya zorla sona erdirilmesi, ancak şiddet kullanımının savunuculuğunu yapan veya demokratik anayasal düzeni yıkmak için şiddeti bir politik araç olarak kullanan ve böylece anayasa tarafından güvence altına alınan hakların ve özgürlüklerin altını kazıyan partilere ilişkin olarak mazur görülebilir. Bir partinin, Anayasanın barışçıl bir şekilde değiştirilmesinin savunuculuğunu yapması, bu partinin yasaklanması veya kapatılması için yeterli olmamalıdır".*[25] Komisyonun bu raporu, Avrupa Konseyine üye olan bütün devletlere yol göstermek amacıyla hazırlanmıştır. Ancak Türkiye'de uygulana gelen parti yasakları, bu raporun esaslarıyla, AİHS hükümleri ve AİHM içtihatlarıyla bağdaşmayan bir sıklıkla ve adeta rastgele olarak uygulandığından, Venedik Komisyonu, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin başvurusu üzerine, münhasıran Türkiye için bir rapor hazırlamıştır. *"Venedik Komisyonunun Türkiye'de Siyasi Partilerin Yasaklanmasına İlişkin Anayasal ve Yasal Hükümlere Dair Görüşü"*[26] başlıklı bu rapora göre, Türkiye'de siyasi partilerin kapatılmasını gerektiren nedenler, çok sayıda, müphem ve muğlak kavramlardan oluşmaktadır. Kapatma nedenlerinin Anayasa Mahkemesine çok geniş bir takdir yetkisi sunacak biçimde muğlak kavramlardan oluşması, bu yaptırımın sıklıkla uygulanmasındaki en önemli faktördür. Öte yandan rapor, kapatma nedenleri kadar, kapatma davasının usulüne ilişkin kuralların da önemini vurgulamaktadır. Rapora göre kapatma davası, ancak halka hesap verme yeteneği

---

25 Venice Commission, Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Anologous Measures, Venice, 10-11 December, 1999, CDL-INF (2000) I. www.venice.coe.int; Komisyonun bu raporu, TESEV tarafından Türkçe'ye çevrilmiştir. Venedik Komisyonu, Siyasi Partilerin Yasaklanması Ve Kapatılması İle Benzeri Tedbirler Hakkında Yol Gösterici İlkeler, Venedik, 10-11 Aralık, 1999, www.tesev.org.tr

26 Venice Commission, Opinion On The Constitutional And Legal Provisions Relevant to the Prohibiton of Political Parties In Turkey, Venice, 13-14 March, 2009, CDL-AD (2009)006. www.venice.coe.int

olan organlar tarafından harekete geçirilebilmelidir. Kapatma davası bir siyasi partinin yasaklanmasıyla sonuçlanmasa da, sadece davanın açılması dahi tek başına önemli siyasi sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle, kapatma davası, bu davanın yaratacağı siyasi sonuçları üstlenebilecek, halka hesap verir organlar tarafından açılabilmelidir. Raporda da işaret edildiği gibi, Almanya'da kapatma davası, Federal Meclislerden biri veya Federal Hükümet tarafından açılabilmektedir. İspanya'da ise Türkiye'deki Cumhuriyet Başsavcısına tekabül eden, ancak hükümetler tarafından atanan, bu nedenle halka hesap verir konumda olan Ministerio Fiscal tarafından açılmaktadır. Türkiye'de ise kapatma davası, Anayasanın 69. maddesi 4. fıkrası gereğince, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından açılmaktadır. Siyasi Partiler Kanununun 100. maddesi, kapatma davasının usulü konusunda daha ayrıntılı düzenlemelere yer vermektedir. Bu maddeye göre, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı kapatma davasını ya re'sen veya talep üzerine açabilmektedir. Talepte bulunma yetkisi, Bakanlar Kurulunun aldığı karar üzerine Adalet Bakanına veya diğer siyasi partilere tanınmıştır. Ne var ki, 1982 Anayasası döneminde, bugüne kadar tüm kapatma davaları, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından re'sen açılmıştır. Bu tablo, Venedik Komisyonunun 2009 tarihli raporundaki usul kurallarının önemine ilişkin saptamanın ne ölçüde haklı olduğunu göstermektedir. Adalet ve Kalkınma Partisi, 23 Mart 2010'da TBMM'ye sunduğu Anayasa değişikliği teklifinde, siyasi partilerin kapatılması davalarında izlenen usulü değiştiren bir hükme de yer vermiştir. Teklifin bu hükmüne göre: *"Siyasî partilerin kapatılmasına ilişkin davalar, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının talebi üzerine, talebin Türkiye Büyük Millet Meclisine ulaştığı tarihte Mecliste grubu bulunan her bir siyasî partinin beşer üye ile temsil edildiği ve Meclis Başkanının başkanlığında oluşturulacak Komisyonun üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ve gizli oyla vereceği izin üzerine açılır ve Anayasa Mahkemesince kesin olarak karara bağlanır."* Ne var ki bu hüküm, TBMM'de yeterli desteği alamadığı için paketten düşmüştür.

Bütün bu örnekler, 1982 Anayasasının, demokrasinin asli unsuru olan kurum ve mekanizmaları ne ölçüde kendine

SERAP YAZICI'NIN TEBLİĞİ

özgü bir modele dönüştürdüğünü göstermektedir. Bu vahim tablonun, kısmi anayasa değişiklikleriyle ortadan kalkması mümkün görünmemektedir. Bu yapı, ancak demokratik ve özgürlükçü bir zihniyetle, yeni baştan hazırlanan bir anayasa ile tasfiye edilebilir. Ne var ki, Türkiye'de demokrasinin asgari standartlarına uygun bir sistemin yaratılması, sadece yeni bir anayasanın hazırlanmasıyla gerçekleşemeyecek kadar güç görünen bir hedeftir. 1982 Anayasasının, anormal olanı normalmişçesine takdim etmesi, bu anormalliklerin, devlet elitleri tarafından normal olarak algılanması ve genç kuşaklara bu biçimde aktarılması, Türkiye için tasfiyesi çok daha zor olan bir zihinsel enkaz yaratmıştır.

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - Değerli konuklar; Prof. Dr. Serap Yazıcı'yı çok güzel ve kapsamlı konuşmasından dolayı ben kendi adıma çok yararlandım, kutluyorum, sizler adına da kutlamama izin vereceğinizi ümit ediyorum. Çok teşekkür ederiz.

Efendim, Prof. Dr. Oktay Uygun; sizi dinliyoruz, buyurun.

TÜRKİYE'DE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ GÜÇLENDİRMEK İÇİN ANAYASAL DEĞİŞİM BEKLENTİLERİ

Oktay Uygun[*]

Sayın Serap Yazıcı, demokratikleşme bağlamında, demokrasinin güçlendirilmesi bağlamında anayasada ne tür değişiklikler yapılması gerektiği üzerinde durdu. Bana ayrılan konu ise, temel hak ve özgürlüklerin güçlendirilmesi bağlamında neler yapılabilir, yapılmalıdır?

Bu konuya yaklaşırken, bir kere bugüne kadar yapılanları bir gözden geçirmemiz lazım. Evet, 1982 Anayasası, temel hak ve özgürlükler bakımından bir geriye gidiştir. 1961 Anayasasıyla karşılaştırıldığında, onu ileri götürmek, ileri taşımak bir yana, oradaki kazanımları tahrip eden düzenlemeler getirmiştir. Özellikle sınırlama rejimi bakımından anayasal sınırlar öngörmüş, yasayla getirilebilecek sınırlar öngörmüş, hak ve özgürlükleri güvencesiz hale getirmiştir. Ancak, bu anayasanın orijinal haliydi. 1995 yılında, 2001 yılında ve sonrasında anayasamızın temel hak ve özgürlükler rejimi köklü biçimde değiştirilmiştir. Çok önemli adımlar atılmıştır, ama tabii yapılmayanlar, yinede eksiklikler vardır.

Neler yapıldı, ona bir bakarsak; her şeyden önce en çok şikâyet ettiğimiz konu, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimiydi. O rejim tamamen değiştirildi ve ilginçtir, bundan 40

[*] Prof. Dr., Maltepe Üniversitesi

OKTAY UYGUN'UN TEBLİĞİ

sene önceki rejime geri dönüldü neredeyse, 61 Anayasasının getirdiği o sisteme yakın, onun ilkelerini de içeren yeni bir rejim benimsendi.

Peki, bu iyileştirmelerden sonra neler yapılabilir? Bunu da ikiye ayırmak lazım. Eğer yepyeni bir anayasa yapılacaksa, başka bir şey söylemek gerekir. Yeni bir anayasa değil de, sadece mevcut anayasada birtakım düzeltmeler yapılacaksa, başka şeyler söylemek lazım. Biliyorsunuz, 3-5 yıl öncesinde bir yeni anayasa yapılması tartışması vardı, toplumda bir heyecan dalgası da yaratmıştı, ama şu sıralar böyle bir şey hükümetin gündeminde yok. Birkaç başlık veya 5-10 maddelik bir anayasa değişikliği düşünülüyor anlaşıldığı kadarıyla. Ben belki her iki ihtiyacı da bir araya getirecek bir şekilde, Serap Hanım nasıl demokratikleşme bağlamında çok önemli, acil gördüğü, yapılması gereken noktalara işaret ettiyse, hak ve özgürlükler bağlamında bir an önce yapılması gereken şeyler nelerdir, onlar üzerinde biraz durmak istiyorum.

Tümüyle yeni bir anayasa projesi varsa gündemde, bir kere bizim anayasamızdaki özgürlüklerin sınıflandırılması rejimini yeni baştan düşünmemiz lazım. Öğrencilerimiz derslerden hatırlayacaklardır, bizim anayasamızda haklar 3 kategori altında inceleniyor; kişinin hakları, sosyal, ekonomik, kültürel haklar ve üçüncü olarak da siyasal haklar şeklinde. Bu ayrım, artık anayasa tekniği açısından da çok yararlı olmaktan çıktı, çünkü yeni hak kategorileri var, anayasal güvenceye kavuşturulması gereken yeni haklar var. Onları bu kategoriler içerisinde ifade etmek çok doğru değil artık, çok yararlı değil. O nedenle, yeni bir sınıflandırma rejimine ihtiyaç olduğu kanısındayım. Bu konuda da belki Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının sınıflandırma rejiminden yararlanabilir, kendimize özgü yeni bir şey yapabiliriz.

Biraz daha somutlaştıralım konuyu. Biliyorsunuz, insan hakları bağlamında klasik haklar ve sosyal haklar şeklinde temel bir ayrımımız var. Acaba bu iki alanda acil anayasal değişim beklentilerimiz neler olabilir? Tek tek hak ve özgürlüklere değinirsek; klasik haklar bağlamında bir kere çok yeni

bir hak talebi var. bunun anayasal güvenceye kavuşturulması kuşkusuz çok yararlı olacaktır, çok gerekli olacaktır. Bu nedir; -aslında dillendirilen bir şeydir bu Türkiye'de de, uluslararası alanda da- kişisel verilerin, kişisel bilgilerin korunması hakkı dediğimiz bir hak. Tabii ki bu başka haklarla korunabilir, özel yaşamın gizliliği hakkıyla ve diğer haklarla kısmen korunabilir, ama artık uluslararası hukukta bunun bağımsız bir temel hak olarak düzenlenmesi gerektiği kabul ediliyor. Bunun anayasamıza mutlaka girmesi gerekir.

Niçin bu hak gerekiyor? Bu çağımızın gerçeği. Artık dikkat ederseniz, devlet, kamu kurumları, sürekli, daha kişi doğmadan bile birtakım kişisel verileri topluyor; sağlık amacıyla topluyor, güvenlik amacıyla topluyor, değişik amaçlarla topluyor ve bunları kullanıyor. Bunlar kötüye de kullanılabilir. Bunlar kötüye kullanılmadığı zaman, bu verilerin bir yerde saklanması çok yararlı olabilir insan hayatı için, ama kötüye kullanıldığı zaman, özel hayatın gizliliği diye bir şey kalmaz. Sabah buraya gelene kadar kaç tane kamera tarafından gözlendiğinizi bilemezsiniz, ama bununla da sınırlı değil; doku örnekleri, parmak izi, kan analizleri, birtakım kişisel veriler gerçekten devlet tarafından saklanıyor, depolanıyor bir yerlerde ve bunlar kötüye kullanılabilir.

Burada şuna çok dikkat etmek lazım: Bunun bir insan hakkı olduğunu vurgulamak lazım, kötüye kullanmayı önleyecek mekanizmaları getirmek lazım, ama mutlaka bu verilerin amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını denetleyen bağımsız bir kurum oluşturmak lazım. Bu hükümetin denetiminde olursa, zaten insan hakları ihlalleri devletten, hükümetten kaynaklanır çoğu kez; önemli olan, bağımsız bir kurula bu denetim imkânını tanımaktır.

Bir başka konu, Türkiye için gerçekten ciddi bir sorun, uluslararası alanda ülkemiz için hiç de hoş olmayan bir görüntü çizen bir durum, vicdani ret konusu. Biliyoruz ki, bazı insanlar yeryüzünün her köşesinde vicdani kanaatleri nedeniyle askerlik yapmayı reddediyor. Bu insanlar için Avrupa Konseyine üye ülkelerin birkaç istisna dışında, tamamında alternatif bir

kamu hizmeti tanınmıştır. Yani, askere gitmiyorsa, askerlik süresi kadar ya da biraz daha fazla gidip başka bir yerde çalışıyor, o görevini o şekilde yerine getiriyor, ama silah altına alınmıyor. Türkiye bu imkânı yurttaşlarına tanımamıştır.

"Peki, bu çok mu önemli bir şey?" diyeceksiniz; şu açıdan çok önemli: Bu konu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine de gitmiştir, Osman Murat Ülke kararıyla, 2006 tarihinde çıkmış bir karar. Tabii ki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, vicdani reddi bir hak olarak düzenlemediği için, sözleşmeye aykırılık bulması beklenemezdi. Ama, bir başka maddeden sözleşmeye aykırılık buldu ve bu, gerçekten çok güç bir durum yaratmıştır Türkiye adına. Nedir o madde; 3. madde, yani işkence yasağını düzenleyen maddeye aykırı buldu. Bu vahim bir durum olduğunu gösteriyor, yani vicdani nedenlerle askerlik yapmayı reddedenlere yaptığımız muamele, hiçbir koşulda yapılmaması gereken, aşılmaması gereken bir sınırı aştığımızı gösteriyor; işkence, aşağılayıcı muamele yasağını aştığımızı gösteriyor.

Gerçekten mahkeme burada şu tespiti yapmıştır: Türkiye'de askere gitmek istemediğini söyleyen, kamuya açıklayan kişi, önce halkı askerlikten soğutmak suçu nedeniyle yargılanıyor, mahkûm ediliyor. Tamam, cezasını çekip evine mi dönüyor; hayır. Hapishaneden çıkar çıkmaz silah altına alınıyor ve askerlik yapmayı zaten reddettiği için oradaki emirlere uymuyor tabii ki, mesela asker elbisesi giymiyor. Bu kez emre itaatsizlikten mahkûm oluyor, tekrar hapishanede gidip yatıyor. Çıktığında bu süreç tekrar başlıyor, Osman Murat Ülke olayında böyleydi. Bunu bir tür medeni ölüm gibi nitelendiriyor yazarlar, çünkü kişi çalışamıyor, evlenemiyor, özel hayatı olmuyor, sürekli karakol-hapishane arasında dolaşıyor. Bunu aşağılayıcı muamele olarak gördü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. Biliyorsunuz, 3. maddedeki haklar mutlaktır, sert çekirdek haklardır, yani ne olursa olsun, savaş durumunda, sıkıyönetim durumunda bile ihlal edilemeyecek haklardandır. Dolayısıyla, bizim bu konuya mutlaka el atmamız lazım.

Tabii ki bu yasayla da yapılabilir, çünkü anayasadaki hüküm buna el veriyor. Bir yasayla da bu güvence altına alına-

bilir, ama bu kadar başımıza ağrıtan bir durumu anayasal güvenceye kavuşturmak kuşkusuz daha iyi olacaktır. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında bu bir insan hakkı olarak tanınmıştır. Avrupa Konseyinin tavsiye kararı var 1987'de, bütün üye ülkelere bunun bir hak olarak tanınmasını tavsiye etmiştir.

Anayasaya konulması gereken bir başka yeni hak, kişisel bütünlük hakkı olarak belki formüle edebileceğimiz bir hak. Bu neyle ilgili? Bu da bilimin, teknolojinin günümüzde ulaştığı düzeyin insan onuru açısından yarattığı tehditlerle ilgili bir şey. Nedir özellikle biyoteknolojinin, bilgi ve iletişim teknolojisinin insanlar için yarattığı tehlike? Mesela insanın klonlanması artık mümkün; sadece koyunlar, hayvanlar klonlanmıyor, insan da klonlanabilir. Organ ve doku nakliyle ilgili sorunlar var. bu eğer ciddi bir düzenlemeye kavuşturulmazsa, belki insanlar kendi organlarını ticari bir metaa dönüştürüp bunları satabilecektir, parça parça insanın satılması belki söz konusu olacak, insan onuruyla tabii ki bağdaşmayan bir düzenleme.

Bunun gibi birtakım gelişmeler uluslararası hukuk tarafından dikkate alındı, birtakım sözleşmeler yapıldı; Biyotıp Sözleşmesi, İnsan Klonlanmasının Yasaklanması Protokolü gibi. Bunların değerlenmesinden bir kişisel bütünlük hakkı diye formüle edilen bir hak ortaya çıkabiliyor. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı da bunu zaten düzenlemiş, bizim de ona paralel bir düzenlemeyle bunu bir anayasal hak olarak güvence altına almamız gerçekten çok yararlı olur.

Klasik haklardan devam edelim. Siyasal haklar bağlamında bir şey yapılması gerekmez mi? Tabii ki Serap Hanım zaten vurguladı, siyasi partilerin daha güvenceli hale getirilmesi gerekir. Belki seçim sisteminde birtakım şeyler gerekir, ama şu noktaya da artık girilmesi gerektiği kanaatindeyim: Türkiye'de biliyorsunuz halkoylaması, ancak devlet tarafından başlatılan bir süreçtir. Bazı yasalar ya da anayasa değişiklikleri halkoyuna sunulabilir, böyle bir prosedür var bizde. Ancak, bu aslında kurumun amacına çok hizmet eden bir şey değil. Genellikle iktidarlar, biraz birtakım işlere halk desteği sağlamak adına ya da kendilerini biraz daha meşru göstermek adına bu yola

OKTAY UYGUN'UN TEBLİĞİ

başvuruyorlar. Yani, tam tabii plebisit gibi oluyor demek istemiyorum, ama bu tür eğilimler seziliyor. Mesela Turgut Özal dönemindeki halkoylamasını düşünün, *"Siyaset yasakları olan Bülent Ecevit, Demirel, Alpaslan Türkeş gibi liderlerin siyaset yasağı kaldırılsın mı, kaldırılmasın mı?"* diye halkoylamasına gidilmişti. İktidar *"kaldırılmasın"* diye propaganda yaptı. Gerçi sonuç tersi çıktı. Yani, bunlar hoş şeyler değil. Tabii ki devlet de, hükümet de bu süreci başlatabilir, ama aslında bunun yanında, vatandaşın da bir halkoylamasını başlatabilme yetkisinin olması lazım. Bu pek çok ülkede var, düzenlenmiş, genel olarak adına halk girişimi denilen bir şeydir.

İşin özü şudur: Bir ülke düşünün; vatandaş bakıyor, değiştirilmesini istediği bir kural var veya bir konuda hiç düzenleme yok. Düzenleme olmayan konuda bir düzenleme yapılmasını istiyor veya varolan bir kuralın değiştirilmesini istiyor, ama ne hükümet, ne parlamento, hiç kimse ses çıkarmıyor; yıllardır bu dile getiriliyor, kimse kılını kıpırdatmıyor. İşte böyle bir durumda belli sayıda yurttaş, imza toplayarak bu süreci otomatik olarak başlatabilir. Bu süreç başladığında da hükümetin, meclisin artık onu durdurma veya engelleme yetkisi olmaz, o konu halkoylamasına gider, halkın verdiği karar her ne ise, o kural haline gelebilir. Bu çok korkulacak bir şey değil. Zaman zaman korkular da dile getiriliyor, *"Acaba böyle olursa ne oluruz, bölünür müyüz, şeriat mı gelir?"* Eskiden *"Komünizm mi gelir?"* falan denilirdi. Ama, bu tür korkuların çok anlamı yok. Ben toplumumuzun çok sağduyulu olduğunu görüyorum, geçmişte yaptığı bütün tercihlerin belli bir doğrultuda anlamlı olduğunu görüyorum, bu düzenlenebilir.

Klasik haklar bakımından değinmemiz gereken son nokta şu olabilir: Evet, bizim anayasamızdaki klasik haklar, mesela Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesininkinden pek farklı değil. Az önce sıraladığım yenilikler de eklendiği zaman, bir eksiğimiz olduğundan da artık söz edemeyiz. Fakat, uygulama çok farklı, yani anayasaya yazmak başka bir şey, pratikte onların gerçekleştirilmesi çok başka bir şey. Biz de sık sık anayasal haklarımız ihlal edilir ve bu ihlallere karşı çoğu kez elimiz kolumuz bağlıdır. Dolayısıyla, anayasaya aslında bir madde koy-

mak, uygulanabilir iyi bir madde koymamız da lazım, hak ve özgürlüklerin etkili biçimde kullanılmasını sağlamak için. Ne olabilir bu? Bir kere devlete olası hak ihlallerine karşı koruyucu önlemler alma görevini ciddi biçimde hatırlatacak bir maddeye ihtiyacımız var.

Tipik örneğini verelim: Geçmişte çok yaşadık, en son belki Hrant Dink olayında oldu; bir kişi şu ya da bu nedenle ölüm tehditleri alıyor, herkes biliyor ki bu bir gün öldürülecek, fakat devlet hiçbir önlem almıyor. Bu da bir yaşam hakkı ihlali, yani yaşam hakkı ihlali dediğiniz zaman, mutlaka devletin gelip sizi öldürmesi şart değil. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin birçok kararı var, özellikle Güneydoğuda geçmişte yaşanan olaylarda. Kişiler ölmüş, mahkemeye başvurmuşlar, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti *"Biz öldürmedik, biz öldürmediğimiz için tabii ki yaşam hakkı ihlali söz konusu"* diyor. Ama, mahkeme, *"Türkiye Cumhuriyeti yaşam hakkını ihlal etmiştir"* diye karar veriyor. Neden? *"Bir kere ölüm tehditleri vardı, koruyucu önlemler almadınız veya kişi öldürüldü, etkili bir soruşturma yapmadınız. Kim öldürmüş, devlet güçleri mi, PKK mı, başka biri mi, ticari bir uyuşmazlık mı; üzerine gitmediniz."*

Dolayısıyla, bu konuda devlete görevini hatırlatan bir düzenleme yapmak lazım. Bunlar 3 noktada vurgulanabilir. Bir tanesi, dediğim gibi, olası hak ihlali iddialarına karşı devletin koruyucu önlem alma yetkisi hatırlatılmalı. İkincisi, ihlallerin etkili biçimde soruşturulması bir devlet görevi, bunun hatırlatılması lazım. Üçüncüsü de hakkı ihlal edilenler için etkili bir giderim mekanizması, tazminat mıdır, başka bir şey midir, devletin klasik haklardan kaynaklanan bu görevlerini hatırlatan güçlü bir maddeye ihtiyacımız var.

Biraz da sosyal haklar alanında ne yapılabilir, onun üzerinde duralım. Sosyal haklar bakımından belki yabancı konuklarımızın da biraz hayret edeceği şekilde olumlu bir tarafımız var; 40 yıldır anayasamızda sosyal haklar var. 1961 Anayasasıyla birlikte gerçekten sosyal hakları anayasal güvenceye kavuşturduk. Mesela Alman Anayasasında sosyal haklar yoktu; Alman eyalet anayasalarında, yasalarında güvence altına alınmıştır,

OKTAY UYGUN'UN TEBLİĞİ

ama Alman Anayasasında sosyal haklar düzenlenmemiştir. Ama, Almanya bir sosyal devlettir, anayasada olmasa bile, sosyal haklar çok güçlü olarak güvence altına alınmıştır. Bizde ise 61 Anayasasından beri sosyal haklar tek tek sayılmış, anayasal güvenceye bağlanmış, fakat bu haklar yerine getirilmediği zaman, kişinin yapabileceği de hiçbir şey yoktur. Bir istisna dışında: Eğitim hakkı dışında, zorunlu ve parasızdır, yani siz çocuğunuzu okula götürdüğünüzde, devlet size *"Kapasitem yetersiz, öğretmen yok, okul yok, almıyorum"* diyemez. Ama, hastane yoksa ölebilirsiniz, doğum yapan birini götürebileceğiniz bir hastane olmayabilir çoğu zaman Anadolu'nun kasabalarında, yapabileceğiniz hiçbir şey yok. Yani, eğitim hakkı dışında hiçbir soysal hakkı dava edemezsiniz, *"Bu benim anayasal hakkımdır, bunu istiyorum"* deyip yargı yoluna başvuramazsınız.

Bir kere bu noktada ciddi bir düzeltmeye ihtiyacımız var artık, bir iyileştirmeye ihtiyacımız var. Bu haklar anayasada kâğıt üstünde kalmıştır. Bunları uygulanabilir kılmak için şunu yapmak lazım: Bir kere bu hakların gerçekleştirilmesi zorunlu asgari düzeyi nedir, minimum düzeyi nedir, her vatandaşa hangi asgari düzeyde bu hakkı güvence altına alıyoruz? Mesela sağlık hizmetleri, sağlık hakkı; *"Birinci-ikinci basamak sağlık hizmetleri parasızdır"* denilebilir. Vatandaş bunu talep edebilir, yargı yoluyla da talep edebilir hale getirilebilir. Diğer bütün hizmetler için, sosyal güvenlik veya diğerleri için düşünülebilir ve yargı yoluyla da talep edilebilir haklara dönüştürülebilir. Bunu yapmamız lazım. Bu mahkeme içtihatlarıyla da belki olabilirdi, ama madem yeni bir anayasadan ya da anayasa değişikliğinden söz ediyoruz, her bir sosyal hakkın gerçekleştirilmesi zorunlu minimum düzeyini anayasaya yazmamız lazım. Bunu yapmadığımız zaman, o hakkın anayasada olmasının bir anlamı kalmaz, temel hak olma sıfatının bir anlamı kalmaz. Düşünün, hiç gerçekleştirilemeyecek bir hak, anayasada var; niçin yazmışız o zaman, anayasanın üstünlüğü ilkesi nerede kalır? Bu nedenle bunun mutlaka yapılması lazım.

Burada da birkaç şey söylenebilir; mesela eğitim hakkı evet, bizde yargı yoluyla da talep edilebiliyor. Zorunlu eğitim ne olmalıdır, 8 yıl mı, daha yukarı mı çıkartılmalı; biraz bunu oku-

löncesi, ilkokul öncesi eğitimi de parasız yapmak, her Türkiye Cumhuriyeti vatandaşına bir anayasal hak olarak garanti etmek doğru olur kanaatindeyim. Günümüzde ne yazık ki özellikle büyük kentlerde küçük çocuklar, okul öncesi çocuklar, hiçbir eğitimden, imkândan yararlanamadan, o şehrin gürültüsü içinde kayboluyorlar. Kişiliklerinin gelişmeye başladığı bir çağ bu, ilk bilgileri alabilecekleri çağlar. Mutlaka okulöncesi eğitimin -ki genellikle 3 yıllık bir eğitimdir, bu ilkokula başlamadan önce; anaokulu, yuva dediğimiz eğitimdir- devlet güvencesi altına alınması lazım. Bu konuda parasıyla çocuğunu kreşe, anaokuluna gönderemeyen kişilere devletin bunu bir anayasal hak olarak tanıması lazım.

Pek çok sosyal haktan söz edilebilir, ama vaktim çok daraldığı için, sadece yeni sosyal haklar ne olabilir acaba, anayasaya konulması gereken, birkaç cümle de onları söyleyeyim. Tabii tüketici haklar ilk akla geliyor. Gerçi anayasada bundan bir yerlerde söz edilmiş, ama bir hak olarak söz edilmemiş. Tüketiciler, günümüzde toplumun en mağdur kesimidir. Nereden gelirse gelsin; ister profesör olsun, ister işsiz bir insan olsun, ister Türkiye'nin en zengini ya da en yoksulu olsun, tüketiciler kolaylıkla kandırılabilir, yanıltılabilir, aldatılabilir. Bu yanıltma, bu aldatma sağlık açısından da ciddi tehdit oluşturabilir, onu ekonomik açıdan da ciddi zarara uğratabilir. Dolayısıyla tüketici haklarının bir anayasal hak olarak düzenlenmesinde yarar var. Bizde tüketicilerin korunması yasal düzeyde önemli aşama kaydetmiştir, ama buna anayasal güvence sağlamak gerekir.

Diğer bir nokta, çocuk hakları. Tabii ki artık haklar, bildiğiniz gibi kadın hakları, çocuk hakları, mültecilerin hakları gibi kategorilere ayrılıyor. Çocuk haklarını da artık, bu konudaki gelişmeyi, Çocuk Hakları Sözleşmesinin özeti niteliğindeki birkaç hakkı anayasamıza koymamızda çok yarar var.

Bir başka hak, belki Barolar Birliği anayasa önerisinde vardı, biraz da belki ilginç bulundu, yeterli besin ve temiz suya ulaşma hakkı diye bir hak başlığı konuldu. *"Bu da nereden çıktı?"* diyenler oldu. Daha doğrusu böyle *"yeterli besin, temiz su"* deyince, hep Afrika ülkeleri aklımıza gelir, *"Türkiye için nasıl bir ihtiyaç*

OKTAY UYGUN'UN TEBLİĞİ

bu?" diye düşündü insanlar, ama Türkiye, eski Türkiye değil. Ben çocukluğumda musluktan su içerdim, kimse de gidip suyu satın almazdı, herhalde satılmazdı da dışarıda, bilmiyorum. Ama, artık suyu ücretsiz, parasız, musluklardan içemiyoruz. Bir hesap yapmıştık biz, öğrencilerimizle bu konuyu tartışırken. Bir kişi, çalıştığı yerde kendisine içme suyu temin edilmediği zaman ve yazın şunlardan günde 3-4 tane de tüketmek mümkün, biliyorsunuz; bir hesap yaptığımızda, eğer asgari ücretle çalışıyorsa, aldığı ücretin yarısını sadece içme suyuna veriyor. Bu büyük bir rakam, ama bir de evde de kullanıyorsunuz; temiz suya sadece içmek için değil, başka şeyler için de ihtiyacınız var. Dolayısıyla, insanlar gelirinin yarısını sadece suya harcıyorsa, burada ciddi bir problem var demektir. İnsanca yaşayabilmek, onurlu yaşayabilmek için bunun bir sosyal hak olarak düzenlenmesi; sadece kamu sektöründe değil, özel sektörde de mutlaka çalışanlara bu hizmetin verilmesi, evlerde de belediyelerin insani gereksinimleri karşılayacak bir miktar suyu ücretsiz olarak vatandaşlarına sunması lazım, bir sosyal hak olarak diyorum ve sorular varsa, onları da sorular kısmında cevaplandırırız.

Çok teşekkür ederim.

* * *

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - Değerli Hocam, çok teşekkür ederiz. Hakikaten sosyal güvenceler ve bu su parası, önemli bir konu, bunun üzerinde durmak lazım ve bir de suyun insan sağlığı için önemini de dikkate alırsak, sağlığı da böylelikle korumuş olacağız.

Efendim, programımızı şöyle bir düzene koymayı düşündük Sayın Ergül'le: Konular çok ciddi ve ilgiyle dinliyoruz. İki konuşmacımız toplam 1 saat konuştular. Sayın Ozan Ergül'ü de yarım saat dinleyelim ve ondan sonra bir ara verelim, bir kahve arası, çünkü takip eden konuşmacılarımız da çok renkli ve çok önemli konulara değinecek ve bugün zannediyorum çok renkli tartışmalar geçecek. Ondan sonra bir daha ara vermemeyi düşündük.

Sayın Yrd. Doç. Dr. Ozan Ergül, buyurun, sizi dinliyoruz.

TÜRKİYE'DE DEMOKRATİK SÜRECİN GÜÇLENDİRİLMESİ İÇİN ANAYASAL DEĞİŞİM BEKLENTİLERİ

Ozan Ergül[*]

Türkiye'de demokratik sürecin güçlendirilmesi için anayasal değişim beklentileri başlıklı bu sunuşumda aşağıdaki metodu izlemeye çalışacağım. Bu çerçevede öncelikle, demokrasi deyince olması gerekene ilişkin tespitler yapılacaktır. Bugün iyi bir demokrasi ya da doktrinde ifade edildiği gibi kaliteli bir demokraside olması gerektiği düşünülen asgari koşullar ortaya konacaktır.

Daha sonra Türk anayasal sisteminde demokratik yönden sorunlu olduğu düşünülen belli başlı noktalar tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu sayede, demokrasinin zayıf olduğuna inanılan ve bu nedenle güçlendirilmesi gerektiği düşünülen duvarları tespit edilecektir.

Bir sonraki aşamada, çözüm olanakları ve olanaksızlıkları için genel bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır. Olanaklar, büyük ölçüde pozitif hukuki düzenlemelerle giderilebilecek noktalara karşılık gelecektir. Bununla birlikte, siyasi kültür ve sosyolojik temelli oldukları için salt pozitif hukuki düzenlemelerle giderilmeleri mümkün olmayan ya da büyük güç-

* Yrd. Doç.Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

lük gösteren zayıflıkları da birbirinden ayırarak ele almanın daha isabetli olacağı açıktır. Bazı durumlarda siyasi kültürün pek çok yönden pozitif düzenlemelerin de hayata geçmesinde engel oluşturduğu düşünülebilirse de, bu şekilde bir ön kabul hem bizi gereksiz bir karamsarlığa itebilir, hem de teknik hukuk yaklaşımının önemini azımsamak suretiyle anayasal mühendisliği haksız bir biçimde etkisiz gösterebilir. Sunuşum çerçevesinde, zaman zaman dün ve bugün ele alındığı üzere anayasal demokrasi ve demokratik kurucu iktidar kavramıyla ilgili sorunlara da değineceğim.

İYİ DEMOKRASİ

İyi demokrasinin ne olduğuna geçmeden önce, şüphesiz demokrasinin ne anlama geldiğini belirlememiz gerekir. *"Demokrasi"*nin ne anlama geldiğini ortaya koymak için en çok başvurulan yöntemlerden birisi, onun etimolojik kökenine bakmaktır. Buna göre, Yunanca kökenli halk anlamına gelen *demos* (the people) ve iktidar anlamına gelen *kratos* kelimelerinin bir araya gelmesiyle oluşan *"demokrasi"* (demokratia) tam da bu bileşenlerinin ortaya çıkardığı *"halkın iktidarı"* anlamına gelmektedir. Ancak, bu noktada halkın iktidarı nasıl kullanacağı sorusu ister istemez karşımıza çıkmaktadır. Bugün, çağdaş demokrasilerde demokrasiyle ilgili olarak ilk akla gelen, demokrasinin çoğunluğun iradesi çerçevesinde karar almayı gerektiren bir oylama süreci olmasıdır. Ancak, demokrasinin bu şekilde indirgemeci bir yaklaşımla ele alınması siyaset teorisyenlerinin (aralarında Downs ve Arrow gibi ünlü teorileri olanların) gösterdikleri gibi, demokrasiyi sosyal tercih açmazları karşısında aciz kılmaktadır. Buna göre, madem demokrasi bir oylama kuralına dayanılarak bir karar alma mekanizmasına indirgenebilmektedir ve bu karar alma mekanizmasında bir hata içselleştirilmiştir, öyleyse demokrasi de bir siyasal sistem olarak hatalıdır. Bunun sonucu olarak, ancak demokrasiyi oylama kuralına dayanan bir karar alma mekanizması olarak görmediğimiz takdirde, bir sistem olarak sosyal tercih açmazlarının demokrasiye içkin birer hata olmadığını kanıtlayabiliriz.

Gerçekten de, demokrasi bundan iki bin beş yüzyıl önce rejim tipolojileri çerçevesinde ortaya çıkmış bir kavramdır, ama bu kavramda yer alan *"iktidar", "bir şeyler yapmaya muktedir"* olma anlamında kullanılmıştır. *"Çoğunluk kuralı"* ise, Yunan demokrasisine muhalif olanların ortaya attıkları aşağılayıcı bir eksikliğin ürünüdür. Demokrasiyi salt bir oylama usulü olarak ele almak, demokrasinin değerini ve potansiyelini büyük ölçüde azaltmaktadır. Tabii ki, demokrasinin orijinal Yunan kökeni bizi bugün bağlamaz, ancak bu köken çağdaş demokrasi anlayışı çerçevesinde farklı tercihlerin oylama yoluyla bir araya getirilmesinden kaynaklanan sorunları çözmede önemli bir rol oynayabilir. Bakıldığında, eski Yunan siyasal rejimleri tipolojisi gerçekten de büyük bir zenginliğe sahiptir. Bugün de, siyaset bilimi ve anayasa hukuku çerçevesinde atıf gören bu siyasal rejimlerden en bilinenleri şüphesiz, *"monarşi", "oligarşi", "tirani"* gibi terimlerdir. Ancak, Ober'in ustaca ortaya koyduğu gibi, Yunanca'da *"archia"* (arşi) eki sayılara karşılık gelir ve asıl anlamı *"görev tekeline sahip"* olmaktır. Bu çerçevede, sonu *"arşi"* ile biten rejim tiplerinde cevabı verilen soru, *"kaç kişi yönetiyor?/ ya da kaç kişi iktidar sahibi?"* sorusudur. Bu çerçevede, yine hepimizin bildiği gibi, *"monarşi", "tek kişinin yönetimi", "oligarşi"* ise, *"az sayıda kişiden oluşan bir grubun yönetimidir."* Hatta bugün kullanılan *"anarşi"* terimi de, sivil anlaşmazlık nedeniyle yönetim makamlarının boş kalması anlamına gelmektedir, diğer bir deyişle *"yönetici bulunmaması"* durumu söz konusudur.

Oysa, demokrasi terimi, kolektif bir organa atıf yapar. Monarşi, oligarşi terimlerinde olduğu gibi *"kaç kişi yönetmekle yetkilidir"* sorusuna cevap vermez. *Kratos* eki Yunanca'da görev için kullanılmamıştır. *Kratos* eki alan terimlerin hiçbiri sayılarla ilgili değildir. *Kratos, "bir şeyleri yapmaya muktedir"* olma anlamına gelmektedir. *Kratos* ekli terimler daha çok genellikle yeni faaliyet alanı bulmuş siyasal yeterlilikle ilgilidir. Bu durum, neden *"monokratia"* ya da *"oligokratia"* terimleri bulunmadığını açıklar, çünkü bu terimlerden önceki *"bir kişinin"* ve sonraki de *"az sayıda kişinin"* içkin bir biçimde özel bir eğitim, yüksek gelir düzeyi ya da yüksek bir sınıfa ait olmak nedeniyle güçlü ve

muktedir olduğunu kabul eder. Bu durumlarda sorun, bir kişinin ya da az sayıda kişinin bir şeyler yapabilmeye yetkin olup olmaması değildir, bunun yerine sorun bu bir kişinin ya da az sayıda kişinin yönetim aygıtını kontrol altında tutup tutamamasıdır. Bu durumda, demokrasinin bizi *"halk yönetim tekeline sahiptir"* sonucuna götürmesi olanaksızdır. Çünkü *demos* kolektif bir yapıya atıf yapar ve bu da *"kamu"*dur (public) ve bu kamunun kolektif bir biçimde ve olağan anlamda yönetim görevini elinde tutması olanaksızdır. Bu nedenle *"demokratia"* bir devrim anında kendi kendini tarihsel bir biçimde değerlendirerek ortaya çıkan *"demos"*un kamusal alanda bir şeyleri yapmaya ve bir şeyleri meydana getirmeye yetkin olmasına atıf yapmaktadır. Bu bağlamda *"demosun iktidarı" "devlette diğer iktidar sahiplerine göre 'demos'un daha üstün olduğu ya da 'demos'un tekelci (monopolistic) bir iktidar sahibi olduğu"* anlamına gelmemektedir. Bunun yerinde demokrasi, kamusal alanda değişiklik yapmak üzere yetkilendirilmiş kolektif yetkinin bulunduğu bir rejime işaret eder. Bu nedenle, önemli olan sadece kamusal alanda kontrolü elde tutmak değil, fakat bu alanda eylemde bulunmak üzere gücü ve yeterliliği elinde tutmak ve gerçekte eylem yoluyla kamusal alanı yeniden kurmaktır. Bu çerçevede demos un bu yetkisini ilk kez bir demokratik devrim döneminde kullandığı bilinmektedir. Fakat olağan zamanlarda bir şeylere yapabilme biçimindeki bu kolektif yetkinin kullanılması halkın kendi kendisini yönetmesi bazı kurumsal yapıları gerektirmiştir. Bu bağlamda, Atina demokrasisinin hiçbir zaman seçim merkezli olmadığını belirtmek gerekir. Demokrasinin *"bir şeyler yapabilme yetkisine sahip olma"* anlamına gelmesinden tam olarak ne anlaşıldığını göstermek için bu bağlamda son olarak bir mahkeme tutanağından kısa bir alıntı ile bu uzun girişimi bitiriyorum: *"ve siz karar verici olarak jüri üyeleri, polisteki her şey üzerinde, her zaman güç ve kontrol sahibi olmanızı neyin sağladığını düşünüp, bunu hiç göz önüne aldınız mı?....bunun nedeni, ne siz vatandaşların silahlı olması ve rütbelere sahip olmanızdır, ne de fiziki olarak en güçlü ve en iyi olmanızdır, genç olmanız da değildir bunun sebebi ya da buna benzer herhangi bir sebepten kaynaklanmaz bu durum, fakat, bunun yerine gücünüzün kaynağının kanunlar olduğunu göreceksiniz. Peki*

kanunların gücü nedir? Kanunlar, siz saldırıya uğradığınız da ya da yardıma çağırdığınızda koşarak yardımınıza mı gelebilirler? Hayır, kanunlar sadece yazılı harflerden oluşur ve böyle bir şey yapma yeteneğine sahip değildirler. O zaman güçleri nereden kaynaklanmaktadır kanunların? Eğer sizler onları güvence altına alır ve yardıma ihtiyaç duyulduğunda uygulanmalarını sağlayacak şekilde onların otoritesini sağlamlaştırırsanız, kanunlar sizin aracılığınızla iktidar sahibi olacaklardır, ve siz de kanunlar aracılığıyla iktidar sahibi olacaksınız. Bu nedenle, sizler onları savunmalısınız, aynen saldırıya uğrayan bir kişinin kendisini savunması gibi; bu nedenle, kanuna karşı eylemlerin kamuya karşı olduğu görüşüne sahip olmalısınız..." Sanıyorum bu satırlar, Sayın Profesör KAY'ın dün kurucu iktidar olduğu için anayasalar olmamıştır, tam aksine anayasalar olduğu için kurucu iktidar vardır biçimindeki veciz saptamasının belli ölçüde tarihsel izdüşümünü yansıtmaktadır.

Peki, günümüze geldiğimizde demokrasiden ne anlaşıldığı ile ilgili olarak ne söylenebilir?

Bugün karşılaştırmalı siyaset bilimi çalışmaları gözleme dayalı olarak, demokrasinin asgari koşulları konusunda önemli veriler sağlamaktadır. Buna göre, genel oy ilkesinin geçerli olduğu, yarışmacı/rekabetçi seçimlerin düzenli aralıklarla serbest ve adil seçim ilkelerine uygun bir biçimde yapıldığı, birden çok siyasal partinin iktidara gelmek üzere yarıştığı, haber alma hürriyetinin gerçek anlamda hayata geçirilmesine uygun bir biçimde çeşitli haber alma kaynaklarının bulunduğu bir rejim demokrasinin asgari koşullarını yerine getirmiş sayılmaktadır.

Bu sayılanlar yanında ideal bir demokrasi düzeyi aranması gereken diğer koşullar olarak özgürlük ve siyasal anlamda eşitlik de önemli ölçütler olarak kabul edilmektedir. Bu durumla bağlantılı olarak, sadece seçim usulünün sağlıklı bir biçimde işletildiği rejimler temel hak ve özgürlüklerin asgari standartlarına uymadıkları durumda gerçek anlamda bir demokrasi olarak kabul edilmemektedirler. Bu çerçevede, dışlayıcı demokrasiler, bastırıcı demokrasiler, liberal olmayan (illiberal) demokrasiler ve delegasyoncu ya da popülist demokrasiler de demokratik standartlar açısından çıtayı aşamamaktadırlar.

Peki, sadece bir demokrasiden değil, ama iyi bir demokrasiden ya da iyi işleyen bir demokrasiden söz edebilmek için bu sayılan olumlu ve olumsuz koşullar yanında bazı ek ölçütlere ihtiyacımız var mı? Evet, var.

Öncelikle, *"iyi işleyen bir demokrasi"*, meşru ve doğru işlev gören kurumları ve mekanizmaları yoluyla vatandaşlarının özgürlük ve eşitliğini hayata geçiren istikrarlı bir kurumsal yapı olarak tanımlanmaktadır. Bu çerçevede, *"iyi demokrasi"* öncelikle vatandaşlarını bütünüyle tatmin eden geniş çaplı meşruiyete sahip bir rejimdir. Bu bağlamda, iyi bir demokrasiden söz edebilmek için kurumların geniş ölçekli bir sivil toplumun desteğine ihtiyaçları vardır. Bunun bulunmadığı durumlarda, kurumlar meşruiyet sağlamak için enerji harcamak durumunda kalacaklarından amaçlarına ulaşma hedefi sürekli ertelenecektir.

İyi bir demokrasiden söz edebilmek için gerekli ikinci husus, vatandaşların, derneklerin ve toplulukların makul ölçüde özgürlük ve eşitlikten yararlanabilmeleridir.

Üçüncü olarak, iyi bir demokraside, vatandaşların yönetimin hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde eşitlik ve özgürlük amacına uygun bir biçimde hareket edip etmediklerini değerlendirme yetkileri bulunmalıdır. Bu çerçevede, vatandaşların kanunların uygulanıp uygulanmadığını, hükümetin etkin kararlar alıp almadığını ve hükümetin sivil toplumun talepleri doğrultusunda hareket edip etmediğini denetleyebilmesi ve seçilmiş görevlilerin siyasal sorumluluğuna gidecek tarzda hesap sorabilmeleri gerekir.

Bu çerçevede, belli bir demokratik sistemin ne kadar iyi olduğunun ölçülmesinde, *"hukukun üstünlüğü"* ilkesine uyulup uyulmamasına, siyasal yönden *"hesap sorma mekanizmalarının"* işletilip işletilmemesine ve bunlar yanında, siyasal sistemin vatandaşların taleplerini karşılama derecesine bakılması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir. Bunun yanında temel hak ve özgürlüklere saygı ve siyasal, sosyal ve ekonomik yönden eşitlik ilkelerine uyulması da, özellikle maddi yönü ağır basan ölçütler olarak dikkate alınmalıdır.

Şimdi bu belirttiğimiz unsurlar çerçevesinde öncelikle bir yöntem olarak demokrasi, ya da prosedürel demokrasi açısından Türk demokrasisinde mevcut olduğuna inandığımız ve burada değinmeye gerekli gördüğümüz sorunlara kısaca değinebiliriz.

SORUNLAR

1. SEÇİM SİSTEMİ ve TEMSİL SORUNU

Demokrasi bugün daha çok temsili demokrasiyi ifade etmektedir. Temsili demokrasi ise temsil kurumunu gündeme getirmektedir. Temsil kurumu açısından ise, temsil edilenin temsilcisini seçmesi ve temsil edilen ile temsilci arasındaki ilişkinin mahiyeti önem kazanmaktadır.

Türkiye'de demokrasinin yöntemsel yönünü oluşturan seçimlere ilişkin süreç uzun bir süredir evrensel oy ilkeleri çerçevesinde sağlıklı bir biçimde sürdürülmektedir. 1934 yılında kadınlara genel oy ilkesi çerçevesinde oy hakkının tanındığı Türkiye'de, gizli oy ve açık sayım döküm ilkeleri de kesintisiz bir biçimde uzun bir süredir uygulanmaktadır. Seçim sürecinin görece sağlıklı işlemesinde seçimlerin yargı yönetimi ve denetimi altında yapılmasının önemli bir katkısı olduğu yadsınamaz. Bunun yanında Türkiye'de seçim uyuşmazlıkları ciddi sorunları barındırmakla birlikte, kendine has bir yöntem uygulanmak suretiyle bu işle yetkili yargı organı kimliğindeki organlar tarafından çözüme kavuşturulmaktadır.

Seçim sürecinin ve bu sürece hakim ilkelerin dürüstlük ve adalet içinde uygulanmasının sürekliliğinden söz etmek mümkün ise de, oyların sandalyelere (milletvekilliklerine) tahvil edilmesini sağlayan seçim sistemi açısından bazı kaygı verici hususların bulunduğunu belirtmek gerekir.

Yürürlükteki 1982 Anayasası'nda 1995 yılında yapılan değişiklikle Anayasa'nın 67. Maddesine seçim kanunları ile ilgili şu hüküm eklenmiştir: *"Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir."* Bu bağlamda seçim sistemi açısından birbiriyle bağdaştırılması güç iki

niteliğe bir anayasal ilke olarak yer verilmiş bulunmaktadır. Nitekim, uygulamada yönetimde istikrara önem verir biçimde yüzde on ulusal barajlı d'Hondt seçim sistemi uygulanmaktadır. %10 seçim barajının yönetimde istikrarı değil, olsa olsa hükümette istikrarı sağlayabileceği haklı olarak ifade edilmiştir. d'Hondt seçim sistemi, esasen bir nispi seçim sistemi olmasına rağmen, yüzde on ulusal barajla uygulanması nedeniyle sonuçlar bazı durumlarda çoğunluk sistemlerindekine yakın çıkabilmektedir. Bu durum, özellikle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilene kadar ulusal baraj yanında bir de oldukça yüksek oranlarla uygulanan bölge barajlarının bulunduğu dönemde iyice belirgindi.

ÇÖZÜM OLANAKLARI

Yüzde on ulusal seçim barajı, pek çok uluslar arası kuruluşun raporlarında da ifade edildiği gibi demokratik açıdan son derece sakıncalıdır. Bu sakınca, kullanılan oyların yaklaşık yüzde kırk beşinin parlamentoda temsil edilme olanağı bulamadığı 2002 seçimlerinde oldukça dramatik bir biçimde gerçekleşmiştir. Bunun sonucu olarak seçimlerden %34.28 oyla birinci çıkan iktidar partisi Meclis'te %66 oranında, ikinci gelen muhalefet partisi ise %19.39 oyla Meclis'te %32.30 oranında temsil olanağı elde etmiştir. Bu tablodan da tahmin edilebileceği üzere, artık temsil edilmenin keyfini çıkaran bu iki parti de %10 barajının aşağı çekilmesi yönünde samimi bir gayret göstermemiş ve sonuçta 2007 milletvekili seçimleri de %10 ulusal seçim barajı ile yapılmıştır. Bu seçimlerde ise, üçüncü bir partinin barajı geçmesi görece daha adaletli bir seçim sonucu ortaya çıkarmıştır. Hatta, seçmen tabanı güneydoğu ve doğu Anadolu bölgelerinde yoğunlaşmış olan Kürt nüfusun desteklediği siyasi partinin adaylarının baraja takılmamak için, parti listelerinden değil de bağımsız adaylar olarak girdikleri seçimden başarıyla çıkmaları ve parlamentoda grup kurarak yer almaları sayesinde 2002 seçimlerine benzer çarpık bir sonucun ortaya çıkması önlenmiştir. Ancak, demokratik sürecin bu şekilde çarpıtılmasını zorlayan ulusal barajın derhal çağdaş demokrasilerde uygulanan bir seviyeye, örneğin %5 gibi bir seviyeye indirilmesi yerinde olacaktır.

Seçim sistemi ile ilgili ikinci çarpıcı husus, Türkiye'de üç büyük il hariç tüm illerin bir seçim çevresi sayılmaları ve bu seçim çevrelerine de nüfus esasına göre milletvekilleri dağıtılmadan önce birer tane milletvekilliğinin en baştan verilmesinden kaynaklanmaktadır. 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 4. Maddesinden kaynaklanan bu duruma ek olarak bu yasaya geçtiğimiz aylarda 5922 sayılı yasa ile eklenen bir fıkraya göre nüfusa göre dağıtımdan sonra da iki milletvekili çıkaramayan ama artık nüfusu kalan illere iki milletvekili çıkarmada öncelik verilmesi düzenlenmiştir. ("Şu kadar ki nüfusu iki milletvekili çıkarmaya yetmeyen iller, artık nüfus sıralamasında da milletvekili sayısını ikiye çıkaramazsa, önce iki milletvekili çıkaramayan illere ikinci milletvekili verilir.)

Milletvekilliklerinin dağıtım usulü tartışmaya olanak tanımayacak şekilde eşit oy ilkesini ihlal etmektedir. Geçen günlerde son nüfus sayımına göre Yüksek Seçim Kurulu tarafından milletvekilliklerini seçim çevrelerine yani illere yeniden dağıtılmıştır. Bu tabloya nüfus tablosu ile birlikte bakmak dahi sorunun ne denli vahim boyutlara ulaştığını görmemize yetecektir. Geçtiğimiz hafta bir gazete yazarının da ifade ettiği bu gerçeğe göre, nüfusu 13 milyon İstanbul 84 milletvekili çıkarmakta, buna karşılık nüfuslarının toplamı 8 milyona ancak ulaşan 30 küçük Anadolu illerinin seçeceği milletvekili sayısı da 84 olarak düzenlenmektedir. Bir diğer değişle, Türk demokrasisi söz konusu olduğunda belki 2 kere 2 beş etmemektedir ama 13 milyon = 8 milyon sonucu ortaya çıkabilmektedir. Bu duruma son vermek için öncelikle yıllar önce merhum Yavuz Sabuncu hocamızın önerdiği gibi, nüfusa göre yapılacak bölüştürmeden önce her ile yapılacak birer milletvekili dağıtımından vazgeçilmelidir. Üstelik bu durum, büyük şehirlerde yaşayanların oyunun gücünü azaltmak suretiyle muhafazakar taşranın hakimiyetini pekiştirmektedir.

OLANAKSIZLIKLAR

Bu sorunların çözümüne olanak bulunmaması ne yazık ki, bunların anayasa değişikliği gerektirmesinden kaynaklanmamaktadır. Zaten böyle olsaydı, anayasa değiştirmenin taraf-

tarları esasen çok savundukları *"seçim demokrasisi"* ya da *"usul olarak demokrasi"* yönünden sorunlar yaratan bu konulara daha fazla odaklanırlardı. Hayır, bu konular alelade yasalarla düzenlendiklerinden yine alelade yasa değişiklikleri ile değiştirilebilirler.

Bu değişikliklerin gerçekleşmemesinin birkaç nedeni vardır. Öncelikle, %10 ulusal seçim barajı, hem iktidarın hem de büyük muhalefet partilerinin işine yaramaktadır. Dolayısıyla, bu partiler için %10 seçim barajını kaldırmak, altın yumurtlayan tavuğu kesmek anlamına gelir ki, bunun söz konusu siyasal aktörler açısından akılcı bir hareket sayılamayacağı açıktır.

İkincisi, milletvekilliklerinin dağıtımında taşranın kayrılması, büyük ölçüde iktidar partisinin işine yaramaktadır. Muhafazakar seçmenlerin partisi olarak özellikle İç Anadolu, Karadeniz ve kısmen doğu Anadolu da hakim parti durumundaki iktidar partisinin bu şekilde eşit oy ilkesinin sağlanmasına yönelik bir tutum içine girmesi beklenemez.

Belki son olarak, çok önemi olmasa da psikolojik bir etkene değinilebilir. O da %10 ulusal seçim barajı nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvurunun söz konusu baraj uygulamasının Sözleşmeye aykırılık oluşturmaması nedeniyle reddedilmiş olmasıdır.

2. KADINLARIN TEMSİLİ SORUNU

Kadınların seçimlerde temsili ve seçilme hakkını layıkıyla kullanmaları önündeki engeller ancak kota uygulamaları ile aşılabilir. Kota, siyasal karar organlarına seçilecek kişilerin belirlenmesinde uygulanan seçim usullerine özel hükümler eklenerek kadınlara belli oranda yer ayrılmasıdır. Bugün dünyada yüzün üstündeki ülkede kadınlar için seçim kotaları uygulanmaktadır. Bazı hallerde, erkek bakış açısından arındırmak için *"dezavantajlı konumda bulunan cinsiyet"* tabiri tercih edilse de genellikle dezavantajlı olan kadınlar olduğu için, aslında amaçlanan kadınların kota uygulamaları yoluyla daha az eksik temsil edilmelerini sağlamaktır.

Türkiye'de seçim kotaları uygulaması yoktur. Bu durum şüphesiz kadınların kota uygulamasına ihtiyaç duyulmayacak ölçüde iyi temsil edilmelerinden kaynaklanmamaktadır. Zira, Türkiye kadınların parlamentoda temsili açısından dünya ölçeğinde 100. sıra civarında dolaşmaktadır. 2007 yılında yapılan seçimlere kadar oran inanılmayacak kadar düşük iken, son seçimlerde parti liderlerinin lütfûyla oran %9.1'e yükselebilmiştir. Yine de bu oran çok düşüktür. Kaldı ki, yerel yönetimler de durum daha da vahimdir ve milletvekilliğindeki orandan geleneksel olarak çok daha düşük kalmıştır. Zaman zaman %1'i dahi bulmadığı olmuştur. Kim bilir, şehirlerimizin bu kaotik yapısını da belki bu duruma borçluyuz.

ÇÖZÜM OLANAĞI

Toplumun en az yarısını oluşturan kadınların eksik biçimde temsilini önlemek üzere kadınlara seçim kotası uygulamasına en kısa sürede geçilmelidir.

OLANAKSIZLIKLAR

Seçim sistemiyle ilgili olarak söylediğimizin aksine, kadınlara seçim kotası uygulaması için, Anayasa değişikliği gerekmektedir.

Bu nedenle, pozitif ayrımcılık uygulamaları açısından son derece yetersiz bir düzenleme olan 2004 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği yerine, pozitif ayrımcılığı zorunlu bir anayasal siyaset haline getiren bir düzenleme en kısa sürede kabul edilmelidir. Bilindiği üzere, 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın *"Kanun Önünde Eşitlik"* kenar başlığını taşıyan 10. Maddesine şu düzenleme eklenmiştir: *"Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür."*

Aslında olmasa da olur denebilecek, kanun önünde eşitlik ilkesinin tekrarı olmaktan öte bir anlamı olmayan bu Anayasa değişikliği, pozitif ayrımcılık uygulamaları ve bu bağlamda kadınlar için seçim kotalarına olanak tanımamaktadır. Bu Anayasa değişikliğinin yapıldığı sırada Meclis'te milletvekili

olarak görev yapmakta olan Sayın Prof. Dr. Oya Araslı'nın arkadaşları ile birlikte verdiği *"pozitif ayrımcılık uygulamaları çerçevesinde kabul edilebilecek ayrımcı uygulamalar eşitlik ilkesinin ihlali olarak değerlendirilemez"* biçimindeki önerge ne yazık ki reddedilmiştir.

Mevcut haliyle bu düzenleme, yasayla kota uygulamaları kabul edilse bile, Anayasa Mahkemesi'nin iptal etmememesini garanti etmemektedir. Üstelik, Anayasa Mahkemesi'nin kadın erkek eşitliği hususundaki duruşu da sorunludur. Örneğin, evli kadınların kızlık soyadları yanında kocalarının soyadlarını da taşımalarını zorunlu kılan tek Avrupa Konseyi ülkesi olan Türkiye'de Anayasa Mahkemesi, kadınların korunmaya muhtaç olduklarından bahisle ve bunu eşitlik ilkesinin ihlalinin bir haklı nedeni sayarak, Medeni Kanunun ilgili hükmünü Anayasa'ya aykırı görmemiştir.

Son olarak, kadının soyadı meselesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşındığını, AİHM'nin Türkiye aleyhine karar verdiğini, ilgili karardan sonra dönemin adalet bakanının kararın gereğinin yapılacağını beyan ettiğini, ancak aradan geçen yıllar içinde hiçbir adım atılmadığını da söyleyerek, kota uygulamaları ile olanaksızlıklara bir de psikolojik boyut ekleyelim.

3. SİYASİ PARTİLER

Üçüncü olarak aday belirleme ve karar alma mekanizmaları üzerinde hakimiyet kurma yetkinliği bulunduğu için kısaca siyasi partilerle ilgili sorunlara değinmek istiyorum.

1982 Anayasası'nın 69. maddesinde şu düzenleme yer almaktadır: *"Siyasi partilerin faaliyetleri, parti içi düzenlemeleri ve çalışmaları demokrasi ilkelerine uygun olur. Bu ilkelerin uygulanması kanunla düzenlenir"*. Dünyada pek az örneği olan bu düzenlemeye rağmen uygulamada parti içi demokrasiden söz etmek pek mümkün değildir. Makul sayılabilecek uzunlukta bir istikrar dönemi yaşamadığı için Türk parti sisteminin parti sistemi tipolojilerinden hangisine uyduğu tartışma götürür.

Ancak, Michels'in ünlü *"oligarşinin tunç kanunu"* ifadesi Türk parti yapısını anlatmak için oldukça uygundur. Lider hakimiyeti altında dar bir çevre tarafından yönetilen siyasi partiler de milletvekili adayları da çoğunlukla merkezden belirlenmektedir. Önseçim (primary election) uygulaması, yasada ayrıntılı bir biçimde düzenlenmesine rağmen hemen hemen yoktur. Ancak 1970'lerde önseçim uygulamasına katılan ve bu konuda tecrübesi olanların aktardıkları, önseçiminde sorunlu bir uygulama olduğunu göstermektedir. Bunun sonucu olarak, liderin lütfuyla seçilen milletvekilleri sıkı parti disiplini altında liderin sözünden dışarı çıkamamaktadırlar. Bu durum giderek, yürütmenin yasama üzerinde tam hakimiyeti halinde gelmiştir. Dolayısıyla, dün burada ifade edilen, beşte üç nitelikli çoğunluğun kararı konsensüs olduğunu gösterir yönündeki ifadeye katılmak güçtür, çünkü uzlaşma aynı partiye mensup milletvekilleri arasında değil, hele söz konusu olan Anayasa ise, farklı partilerin milletvekilleri arasında hatta genel olarak kamuoyunu temsil eden yapılar arasında söz konusu olabilir.

Bu konuda çözüm olanakları büyük ölçüde yasalarla olabilir. Siyasi partilerin işleyişinde özellikle milletvekillerinin belirlenmesi yöntemi önem taşıdığından, öncelikle milletvekillerinin önseçimle belirlenmesi bir zorunluluk haline getirilebilir. Ancak, bu çözüm Türk parti yapısının işleyişi nedeniyle iyi sonuçlar vermemeye adaydır.

4. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ VE HESAP SORULABİLİRİLİK

Parlamento bütünüyle hükümetin denetimi altına girmiş izlenimi vermektedir. Adayların belirlenmesi yönteminin bu durumun pekişmesinde önemli bir rolü olduğu söylenebilir.

Bugün çağdaş demokrasilerde iyi bir demokrasiden söz edebilmek için siyasi yönden hesap sorma ve yönetenler aşısından hesap sorulabilirlik önemli bir ölçüt durumundadır. Hesap sorulabilirlik başlıca iki şekilde anlaşılmaktadır.

Bunlardan birincisi *"dikey hesap sorulabilirlik"* (Vertical accountability), seçmenlerin temsilcilerinden hesap sorabilmesini gerektirir. Bu hesap sorma yöntemi periyodik olarak ve genellikle seçimler yoluyla gerçekleşir. Seçmen, seçimler yoluyla ya görevde olanların görevde kalmalarına ya da göreve yeni kişilerin gelmesine karar verir. Siyasal performansın kötülüğü bu sayede cezalandırılmış olmaktadır.

Diğeri ise, *"Yatay hesap sorulabilirlik"* (horizontal accountability), yönetenlerin, yönetimi elinde bulunduranları denetlemeye yetkisi ve uzmanlığı olan diğer kurum ya da kolektif yapılara karşı yönetenlerin hesap vermesidir. Dikey hesap sorulabilirliğin aksine burada siyasal yönden eşit olanlar arasındaki bir ilişki söz konusudur. Yatay hesap verme ilişkisi hukuk çerçevesinde gerçekleşir. Uygulamada, parlamentodaki muhalefet, anayasa mahkemesi ve diğer mahkemeler tarafından verilen yargı kararları çerçevesindeki değişik hükümler, mali denetim gerçekleştiren devlet organları bu çerçevede sayılabilir. Parlamento dışındaki partiler ile basının ve işçi ve işveren sendikalarının ve benzeri devlet dışı organizasyonların da benzer işlevleri bulunmaktadır.

Hesap sorulabilirlik bugün Türkiye'de son derece zayıftır. Bunun olması için liberal ahlak çerçevesinde belli tutumlardan sorumlu hissetmenin de önemli olduğu söylenebilir. Oysa, Türkiye'de, siyasal yapı halkın ne düşüneceğini ya da ne söyleyebileceğini dikkate almaktan uzaktır. Seçimlerin zaten bir hesap sorma biçimi olarak değeri bugün son derece tartışmalı hale gelmiştir. Bu nedenle, siyasal yapının, ahlaki olarak halkın önüne iyi bir performans koymak gibi bir kaygısı olduğu da tartışılır.

Her ne kadar burada cezai anlamda hesap sormak tan söz etmiyorsak da, ahlaki yönden siyasal yapının toplum için ne kadar rol model oluşturabileceğine ışık tutması açısından önemli olduğunu düşündüğümüz bir hususa değinmek istiyoruz.

Geçtiğimiz günlerde partiler arasında çıkan tartışmalar sırasında, milletvekilleri hakkında beş yüz seksen altı dokunulmazlığın kaldırılması talebi bulunduğu bildirilmiştir. Yabancı konuklarımız, yanlış okuduğumu düşünebilirler, ya da yanlış

duyduklarını zannedebilirler, hayır ne ben yanlış okuyorum ne de siz yanlış duyuyorsunuz: beş yüz seksen altı. Beş yüz elli milletvekiline sahip olduğumuz göz önünde tutulacak olursa bunun ne kadar yüksek bir rakam olduğu daha iyi anlaşılacaktır. Türkiye'de yasama dokunulmazlığı tamamen amacından sapmış bir ayrıcalık haline gelmiştir. Bu haliyle hem demokrasi, hem de hukuk devleti ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır. Her ne kadar, Türkiye'de savcıların açtığı kamu davaları sonucunda verilen mahkumiyet kararları oransal olarak düşük ise de, bu durum *"ateş olmayan yerden duman çıkmaz"* deyimini anımsatır niteliktedir. Bu sayıları kamuoyuna bir basın toplantısı ile açıklayan iktidar partisi genel başkan yardımcısı, *"milletvekili sayısına göre bakıldığında oransal olarak muhalefet milletvekilleri hakkında daha fazla dokunulmazlığın kaldırılması talebi var"* diyerek partisini savunmuştur. Evet, görece haklı bir savunma olabilir, ama genel olarak bu durum demokrasi açısından kaygı vericidir.

Yatay hesap sorulabilirlik açısından ise durum daha da vahimdir. Hukuk devleti ve anayasal demokrasi çerçevesinde işlev gören Anayasa Mahkemesi ve Yargı organlarının iktidarı kuşattığından söz edilmekte, açıkça yargının yetkilerini kullanmasından duyulan rahatsızlık ifade edilmektedir.

ÇÖZÜM OLANAKLARI

Anayasa'da düzenlendiği biçimiyle yasama dokunulmazlığı demokrasi açısından olumsuz sonuçlar doğurmaktadır, bu nedenle Anayasa'nın değiştirilmesi gerekir.

Yatay hesap sorulabilirlik açısından ise, yargı denetimine tahammülsüzlük göstermek yerine, yargının da bir erk olarak anayasanın üstünlüğü çerçevesinde hareket ettiğini kabul etmek gerekir. Ancak, bugün için bunu pozitif bir düzenlemeyle sağlama olanağı bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. En azından yargının daha etkin işleyişini sağlamak ve en azından kamuoyunun bir kesiminin de paylaştığı sorunları gidermek üzere Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun bağımsız yargı modeli çerçevesinde yeniden, ama daha demokratik bir biçimde düzenlenmesi düşünülebilir. Ancak, burada demokrasiden kast edilen illa ki bu organların demokratik meşruiyete sahip

olmasını sağlamak üzere bu organlara parlamentodan üye seçilmesi değildir. Burada, önemli olan şeffaf bir çalışma yöntemi sağlamak üzere, yeni bir yapılanma öngörülmesi, ve kurula örneğin Avukatları ve Üniversiteyi de temsil kişilerin dahil edilmesi de şeffaflığı sağlayabilir.

OLANAKSIZLIKLAR

Türkiye'de siyasetçilerin ve toplumun önemli bir kesiminin çağdaş anayasal ya da liberal demokrasi tasarımı ile sorunu olduğunu doğrulayan pek çok kanıt bulunmaktadır. Bu sorun aslında demokrasiyi algılama biçimiyle yakından ilişkilidir. Buna göre, demokrasi halkın yönetimi olduğuna göre, halk iradesinin gerçekleşmesini engelleyen içeriğe ilişkin maddi sınırlar ve şekli sınırlar kabul edilemez. Zira, demokrasi halkın iktidarını garanti eden bir yöntemdir ve halkın iktidarının sınırlanması demokrasi ile bağdaşmaz. Öyleyse, halkın iktidarını sınırlayan her türlü engel bertaraf edilmelidir. Üstelik, Yunan demokrasi modelinde halkın doğrudan herhangi bir aracı gerekmesizin kullandığı bu yetki, liberal demokrasinin ve tarihsel gelişimin bir ürünü olan temsili demokrasi modeli altında temsil organı olarak ortaya çıkan parlamento tarafından kullanılması da haklılaştırılmaya çalışılmaktadır. Diğer taraftan, kabaca özetlemeye çalıştığımız bu görüşü yansıttığı söylenebilecek beyanlar, özellikle son aylarda iktidarda bulunan hükümet mensupları ya da iktidara yakın kesimlerce daha sık tekrar edilir olmuştur. Bu alanda tespit edebildiğimiz en çarpıcı beyanlardan biri, 2002 yılından bu yana hükümetlerde bakan olarak bulunan ve Meclis Başkanı seçilmeden önce de Adalet Bakanı olarak görev yapmış olan TBMM Başkanı Sayın Mehmet Ali Şahin'in 30 Ekim 2009 günü basına yansıyan beyanıdır. Bu beyanında Sayın Şahin *"1982 Anayasası'nın, egemenlik anlayışı konusunda, 1921 ve 1924 anayasalarının gerisinde olduğunu"* ifade etmektedir. Sayın Başkan, söz konusu beyanında daha sonra, 1982 Anayasası'nın 1921 ve 1924 Anayasalarından hangi yönden *"geri"* olduğunu da şöyle açıklamaktadır: *"O Anayasalardaki egemenlik anlayışına bugün ihtiyacımız olduğunu, onların çok daha doğru olduğunu düşünüyorum. Anayasa mutlaka değiştirilmeli. O zor şartlar altında açılan ilk meclisin, 1921 Anayasası'nın*

egemenlik anlayışı ile 1982 Anayasası'nın egemenlik anlayışı karşılaştırıldığında, 1921 Anayasası'ndaki anlayışın gerisinde olduğunu görüyorum. İlk anayasalarımız 1921 ve 1924 Anayasaları, millet iradesinin tecelli ettiği Meclis'e çok değer vermiş, 'Egemenlik hakkını bir tek Meclis kullanır' denilmiştir. Sonraki anayasalar, Meclis'i adeta diğer organlarla eşit seviyeye getirmiştir. İlk Meclis'in mekanında bunları söylemek zorunda kaldığım için üzgünüm."

Sayın Meclis Başkanı'nın bu görüşünün altında yatan tarihsel nedenler şüphesiz açıklanabilir. Bilindiği gibi, 1921 Anayasası, ulusal Kurtuluş Savaşı'nın devam ettiği sırada kabul edilmiş bir olağanüstü dönem anayasasıydı. Bu anayasa, çeşitli rezervasyonlar konulmakla birlikte, bugün dünya anayasacılık tarihinde Meclis Hükümeti Sistemine ya da Fransız İhtilali sonrası görev yapan meclisten esinlenilerek Konvansiyonel Hükümet sistemine yer vermiş, diğer bir deyişle, tüm kuvvetleri (erkleri) yasama organında birleştirmiş bir Anayasaydı. İktidarın tek elde toplandığı bu yapı altında egemenlik yetkisinin tek yetkili uygulayıcısı yine bu anayasa ile egemenliğe sahip kılınmış olan halkın temsilcilerinden oluşan Millet Meclisi idi.

1924 Anayasası ikinci Meclis tarafından kabul edilmişti. Bu anayasa hazırlanırken Cumhuriyetin Kurucusu Mustafa Kemal Atatürk, 1921 Anayasası'ndaki kuvvetler birliği sisteminden, kuvvetler ayrılığı sistemine geçilmesi gerektiğini öngörebilmiş ve bu yönde müdahalede bulunmuştu. Sempozyumun Afişi ve Program Broşüründe arka planı oluşturan eski ve yeni yazı karşılaştırmalı metin de bu durum açıkça görülmektedir. Ancak, 1924 Anayasası'nın bugün de gıpta edilen yaklaşımı 4. Madde de yer alan *"Türk milletini ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi temsil eder ve Millet adına egemenlik hakkını yalnız o kullanır"* biçimindeki düzenlemede karşımıza çıkmaktadır. Bu hüküm, Türk siyasal hayatına ve Anayasa hukukuna aşina olanların bilebileceği gibi, özellikle çok partili yaşama geçilmesinden sonra ve 1950'lerde iktidar partisi tarafından çoğunlukçu demokrasi anlayışının takip edilmesinin pozitif dayanağını oluşturmuştur. Madem egemenlik yalnızca Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından temsil edilir ve egemenlik hakkını Millet adına yalnız o kullanır, öyleyse, TBMM'nde halkın çoğunluğunun iradesini

temsil eden çoğunluk ve ona dayanan hükümet dilediği gibi hareket etmekte serbest ve yetkilidir. Dahası, hiçbir organın ve bu arada yargı organının da bu egemenlik yetkisini sınırlaması, paylaşması ya da kullanımını engellemesi kabul edilemez.

Bu yaklaşıma tepki, 1960 askeri müdahalesinden sonra hazırlanan 1961 Anayasası'nda gerçek anlamda anayasal demokrasiye geçişi sağlamak üzere çoğunluklar önünde fren ve denge mekanizmaları oluşturulması biçiminde gerçekleşmiştir. 1961 ve onu takip eden 1982 Anayasalarında egemenlik yetkisi farklı bir biçimde ele alınmıştır. Buna göre, *"Millet, egemenliğini, Anayasa'nın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle kullanır."* 1921 ve onun takipçisi 1924 Anayasası'ndaki egemenlik yaklaşımı ile 1961 ve 1982 Anayasalarındaki egemenlik yaklaşımı arasındaki fark başlıca şu şekilde özetlenebilir: 1921 ve 1924 Anayasaları Millet Meclisi'ni egemenliği millet adına kullanmaya yetkili tek organ olarak düzenlemişken, 1961 ve 1982 Anayasaları egemenliğin yetkili organlar eliyle kullanılacağını belirtmek suretiyle yasama organı olan Meclis yanında ve özellikle yargı organının da, bir kuvvet olarak egemenlik yetkisi kullandığını kabul etmiş olmaktadır.

1961 Anayasası'nın egemenliğin kullanılışına ilişkin olarak getirdiği bu yenilik yanında, liberal anayasacılık modeline uygun bir biçimde sınırlı ve bölünmüş iktidar tasarımına uygun olarak kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemek üzere bir Anayasa Mahkemesi kurduğunu da göz önünde tutmak gerekir. Bu husus büyük öneme sahiptir, çünkü 1924 Anayasası döneminde sergilendiğini ifade ettiğimiz çoğunlukçu demokrasi anlayışı nedeniyle, bir anayasa mahkemesinin bulunmadığı bu dönemde, *"kanunlar anayasaya aykırı olamaz"* biçimindeki anayasal hükmün hiçbir yaptırımı bulunmamasından dolayı, başta temel hak ve özgürlüklerle ilgili olmak üzere önemli sıkıntılar yaşanmıştır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi olmadan gerçek anlamda anayasanın üstünlüğü prensibinin temin edilemeyeceği 1924 Anayasası döneminde Türkiye'de örneklendirilmiştir.

Ancak, şüphesiz iktidar partisi mensuplarının bu yöndeki beyanlarda bulunmalarının da sebeplerini anmak yerinde olacaktır.

Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi iktidar partisini laiklik karşıtı eylemelerin odağı olduğuna hükmederek devlet yardımından kesinti yapılması cezasına mahkum etmiştir, aynı mahkeme iktidar partisinin Cumhurbaşkanı seçimine engel olacak biçimde Meclis'te yapılan oylamada yetersayıya uyulmadığı gerekçesiyle oylamayı iptal etmiş, ancak bu iptal kararı, hemen sonrasında yapılan seçimde iktidar partisinin %47 gibi yüksek bir oy oranı ile Meclis'te çoğunluğu sağlaması üzerine anlamsız hale gelerek Cumhurbaşkanı yine iktidar partisi tarafından seçilmiştir; aynı Anayasa Mahkemesi artık dünya siyaset ve anayasa literatürüne mal olan türban sorunun çözümüne yönelik olarak getirdiği Üniversitelerde türban takılmasına serbestiyet getirilmesine sağlamayı amaçlayan anayasa değişikliğini son derece tartışmalı bir kararla anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.

Tüm bu meseleler derin siyasal sorunlardır ve Anayasa Mahkemesi'nin zaman zaman fazlasına müdahil olduğu düşünülebilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin bu sorunların içine çekildiği de bir gerçektir. Demokrasimizin iyi işlemesinin mümkün olduğunca bu gerilim konularının siyasal platformda çözüme kavuşturulmasına bağlı olduğu söylenebilir. Mutsuz kitleler yaratmak, anayasanın ve onun koruyucularının hedeflemesi gereken son şey olmalıdır. Ancak, Türkiye'de yargıdan daha çok, siyasi iradenin sebep olduğu bir başka mutsuz kitle daha bulunmaktadır.

Mutsuz Kitleler Ülkesi Olmamak

Vatandaşların memnuniyeti açısından bakıldığında Türk demokrasisi açısından durumun çok da parlak olmadığını iddia etmek mümkündür. Öncelikle azınlıklar açısından ciddi problemler vardır. Etnik azınlık problemleri arasında başı Kürt sorunu çekmektedir. Ülkenin Güneydoğu ve Doğusunda yoğunlaşmış olan ve siyasal temsilcisi durumunda partinin %6 civarında oy aldığı bir azınlık grubundan söz ediyoruz. Diğer tarafta, bir dini küme olarak Alevilerin durumu bulunmaktadır. Bu noktada, dini bir mezhep olarak Aleviliğe zaman zaman etnik kimlik farkı da eşlik etmektedir, Tunceli Alevilerinde olduğunun iddia edildiği gibi. Muhafazakar kesim açısından en

önemli sorunlardan birisi başörtüsü sorunudur ve özellikle kız öğrencilerin Üniversitelere başörtüsü ile girememeleri bu noktada ön plana çıkmaktadır.

Unutulmamalıdır ki, bir demokrasinin nihai amacı mümkün olduğunca geniş halk kitlelerinin mutluluğunu sağlamaktır. Batı siyaset bilimi literatürü bu sebeple, refah devleti ve sosyal devletle ilgili sorunlara eğilmektedir. Ancak, Türkiye'deki durumu göz önüne alarak ben bu amacı, mutsuz kitleler yaratmamak olarak değiştirmek istiyorum. Mutsuz kitlelerin, demokratik taleplerinin uzlaşmacı bir üslupla ele alınması zorunludur. Özellikle, etnik ve dini farklılıkların ifadesi çerçevesinde, talepleri ele almak gerekmektedir. Yapılacak bir anayasa değişikliğinde ya da yepyeni bir anayasada bu meseleleri görmezden gelmenin artık mümkün olmadığı bilinci yerleşmelidir. Bazı sorunların çözümü, ötelenemeyecek kadar gecikmiştir. Türkiye'yi, mutsuzlukların, başka mutsuzlukların kaynağı haline geldiği bir ülke olmaktan çıkarmak için bu sorunları ciddi ve önyargısız biçimde masaya yatırmak yerinde olacaktır.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim.

* * *

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - Efendim, çok teşekkür ederiz.

Değerli konuklar; görüyorsunuz, çok renkli, güzel, aydınlatıcı, öğretici geçiyor konuşmalar, ama bir 10 dakika kahve içmeyi zannediyorum herkes hakketti. 10 dakika sonra tekrar bir arada olacağız.

Av. Berra Besler (Oturum Başkanı) - Değerli konuklar; hiç bitmesini arzu etmediğim oturumumuzun ikinci yarısına geçtik.

Efendim, dördüncü konuşmamız olarak Sayın Doç. Dr. Ece Göztepe'yi yeni bir Anayasa Mahkemesi nasıl olur, bu konuda bizi aydınlatmaları için konuşmalarına başlamasını rica edeceğim.

Buyurun efendim.

YENİ BİR ANAYASA MAHKEMESİ

Ece Göztepe[*]

Bu konu bana verildiğinde, ne tür bir yetkiyle yeni bir Anayasa Mahkemesini yoğurabileceğimi ve önerebileceğimi düşündüm ve bu soruya en sonunda kısa bir cevap vermekle yetinmeye karar verdim. Burada yapmak istediğim, daha çok bunun bir adım öncesini açıklığa kavuşturmak. Çünkü, Türkiye'deki tartışmaların *"Nasıl bir Anayasa Mahkemesi istiyoruz?"* cevabından önce, başka bazı soruların yanıtlanmasına ihtiyaç duyduğunu düşünüyorum. Türkiye, biliyorsunuz bir anayasa taslakları cenneti ve burada hepsini alt alta koyduğumuzda, hepsinin üç aşağı beş yukarı ortak paydaları var, birbirinden ayrıldığı noktalar var. Ama, günümüzdeki anayasa tartışmaları, dediğim gibi, daha temel bir soruda uzlaşmamızı ya da kafa yormamızı gerektiriyor. O yüzden de konuşmama Fransız filozof Jean Paul Sartre'ın bir cümlesiyle başlamak istiyorum: *"Adını koyduğumuz kavramlar, davranışlarımızı belirler."* Yani, ne üzerine tartıştığımızı ve nasıl bir tür kurumdan bahsettiğimizi bir kez daha düşünmemiz gerekiyor.

Bugün Türkiye'de yaşanan genelde anayasa reformu, özelde de Anayasa Mahkemesi etrafında yaşanan tartışmalar da bu temel ihtiyacın bir göstergesi. Bu tartışmalarda dikkat çekici olan yön, siyasal iktidar sahiplerinin anayasal demokrasinin

* Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

gereklerini ve zorunluluklarını neredeyse göz ardı eden mutlak bir iktidar talebiyle ortaya çıkmaları. Siyasal iktidar sahipleri, argümanlarını demokratik çoğunluğa dayanan iktidarlarını haksız biçimde sınırlandıran mağdur bir demokratik güç olmaları etrafında kurmaktalar.

Bu çerçevede, sorulması gereken ilk soru, anayasal bir demokrasinin ölçütleri nelerdir? Demokrasi, acaba seçmenlerin özgür iradeleriyle gerçekleştirdikleri seçme, dolayısıyla kaderlerini tayin hakkı olarak anlaşıldığında, buna başka bir organ tarafından sınır konulması demokrasiye aykırı mıdır? Eğer bir sınır varsa, bu sınırların içeriği ve kapsamı nasıl belirlenecektir? Bir diğer ifadeyle halkın seçtiği temsilcileri kapsamlı bir anayasa değişikliğinde sınırlayan yazılı ve yazılı olmayan normlar var mıdır, bunlar nelerdir? Bunları dün Hocam Sayın Ergun Özbudun, Richard Kay, Prof. Sadurski ele aldılar. Dolayısıyla, bu soruya çok fazla girmeyi gerekli görmüyorum bu sebeple.

Üçüncü soru, demokratik olarak seçilmiş bir siyasal iktidarın işlemlerini denetleyen bir anayasal organ olarak Anayasa Mahkemesinin demokratik meşruiyeti var mıdır ya da bu demokratik meşruiyet sağlanmak isteniyorsa, bunun koşulları nelerdir? İşte bugünün Türkiye'sindeki gerilimli anayasa tartışmalarına bir ölçüde de cevap bulmak için, bu soruları özelde Anayasa Mahkemesi çerçevesinde iki soruyla sınırlandırdım. Anayasa Mahkemesi, bir yargı organı olarak demokratik meşruiyete sahip, siyasal iktidarın eylem ve işlemlerini denetlediğinde, siyasal bir eylemde mi bulunmaktadır? Bu soru çok büyük bir önem taşıyor, çünkü Türkiye'de özellikle Anayasa Mahkemesinin 2007'den bu yana verdiği gerek anayasa değişikliğine ilişkin kararında, gerekse türban kararı olarak nitelediğimiz 2008 tarihli kararında hep bu tartışmanın merkezine oturdu. *"Anayasa Mahkemesi siyasal karar vermiştir, hukuki karar vermemiştir"* ya da tam aksi yönde, *"DPT'nin kapatılması kararında hukuk karar vermiştir. Oysa ki siyasal karar vermesi beklenirdi"* örneğinde olduğu gibi.

Bir yargı organının siyasal nitelikli kararlar üzerinde denetim yapıyor olması, demokratik iradenin tekel altına alınması anlamına gelir mi? Yani, Anayasa Mahkemesinin hukukla siyaset arasında bağdaşmaz gibi görünen, hatta kuvvetler ayrılığı çerçevesinde buna aykırı gibi görünen bir bağlamda hareket etmesi nasıl açıklanabilir? Bu ilk soruya tarihsel bir perspektiften cevap vermeye çalışacağım.

İkinci sorum, bu ilk soruya olumlu cevap verildiği takdirde, Anayasa Mahkemesinin bu özel işlevi, yani siyasal iktidarı denetleme işlevi, onun üyelerinin de demokratik meşruiyete sahip olmasıyla aşılabilir mi ve eğer bu soru da olumlanırsa, bu demokratik meşruiyeti sağlamanın yolları neler olabilir?

Bir adım geriye giderek, bu adım bir hayli bir uzun zaman sürecini kapsayacak merkezileşmiş Anayasa Mahkemesi fikrinin doğuşuna geri dönelim. Bildiğiniz üzere, Amerika'da örneğini gördüğümüz merkezileşmemiş genel mahkemeler ve nihayetinde *"Supreme Court"* tarafından gerçekleştirilen anayasaya uygunluk denetimi 1803 tarihli Marbury Madison davasına kadar geri gitmekte. Her ne kadar Amerikan hukuk literatüründe Marbury Madison davası öncesinde de eyaletler düzeyinde anayasanın normlar hiyerarşisindeki yeri dolayısıyla anayasaya aykırı normların uygulanmaması pratiğinden söz edilse de, milat federal düzeydeki bu kararda başlatılmakta. Bu örnek, Anglo-Amerikan geleneğini benimsemiş birçok ülkede tercih edilen yol olmuştur.

Kıta Avrupası'da Türkiye'nin de benimsediği merkezileşmiş anayasa yargısı fikri ise, Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen'in normlar hiyerarşisi teorisine dayanarak fikir babalığını yaptığı bir anayasa mahkemesi modelidir ve bu model ilk kez 1920 yılında Avusturya'da gerçekleştirilmiştir. Bu çerçevede, Hans Kelsen'in çok sık atıf yapılan, ama çok az okunan, yani bütün büyük klasiklerin başına gelmiş kaderi paylaşan birisi olduğunu söylemekte fayda var. Kelsen, hep üçüncül-dördüncül kaynaklardan atıflarla ele alınır. Ben bu çerçevede tekrar öze dönmeye karar verip, Kelsen'i birinci elden okumayı tercih ettim ve bu bağlamda Kelsen'in çok sık atıf yapılan, anlamı ve

bağlamı en çok deforme edilen kavramlardan bir tanesinin de anayasa mahkemelerinin negatif yasama işlemine sahip organlar olduğu tespitinin nasıl bir bağlamda söylendiğini tekrar ortaya koymayı denedim.

Bütün bu tartışmalar, aslında 1928 yılında Viyana'da yapılan kamu hukukçuları toplantısında tartışılmış ve o dönemde Kıta Avrupası'nın, özellikle de Almanca konuşulan ülkelerinden gelen en önemli, bugün büyük klasik saydığımız hukukçuları tarafından etraflı bir şekilde tartışılmış. Bu tartışmaların en temel noktası, anayasa yargısının işlevi ve hukuk-siyaset ilişkisi. İlginçtir, buradaki tartışmaların ve muhtemel teorik sorunların birçoğu, bugünkü Türkiye düşünülerek tartışılmış izlenimini uyandırıyor. Dolayısıyla, Kıta Avrupa'sında 20'li yıllarda hukukçuların öngördüğü tehlikelerin, endişelerin birçoğu bugün hâlâ Türkiye'de mevcut olan tehlike ya da endişeler.

Tek fark şu: Bugün akademik literatürde Kelsen'e dayanılarak dile getirilen anayasa yargı karşıtı fikirlerin hiçbirisi Kelsen'e ait değildir ve Kelsen'e dayanılarak yapılan atıflar da bu anlamda biraz bağlamından soyutlandığı için anlamını kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya. Çünkü, Kelsen, örneğin negatif yasa koyucu kavramını anayasa yargısını degrade etmek için değil, sistem içindeki vazgeçilmez önemli işlevini açıklamak için kullanmıştır. Bu çerçevede, Kelsen'e geniş bir yer ayırarak anayasa mahkemesinin hukuk ve siyaset arasındaki gerilimli ilişkide nasıl bir işlevi olabileceği, nasıl açıkladığını birazcık uzatmak pahasına anlatmak istiyorum.

Kelsen'e göre anayasa mahkemesi, demokrasi karşıtı bir kurum değildir; tam aksine, çoğulcu demokrasinin güvencesidir. Yine Kelsen'in deyişiyle, ki o dönemin yine bir başka ünlü hukukçusu Karl Schmidt'le yaptıkları karşılaştıkları bilimsel atışmanın başlığını taşıyan anayasanın koruyucusu olarak görmektedir, *"Hüter der Verfassung."* Ama, yine Kelsen, çok önemli bir şekilde bu anayasanın koruyucusu olma işlevini üstlenen anayasa mahkemesinin tek koruyucu olmadığını önemle vurguluyor ve diyor ki, *"Çoğulcu bir demokraside anayasa mahkemesi, anayasayı koruyan organlardan sadece bir tanesidir."* Dolayısıyla, çoğulcu de-

mokrasiyi burada anayasayı ve anayasal düzeni koruyan organlar açısından da ele alıyor. Bu çerçevede, dün Prof. Sadurski'den de dinledik; anayasa mahkemesi, anayasayı yorumlama tekeline de bu anlamda Kelsen'e göre sahip olmamalıdır.

Kelsen, hukuku ve siyaseti bu anlamda birbirinin karşıtı olarak anlamıyor, çünkü anayasayı işlevsel bir şekilde tanımlıyor ve Kelsen'e göre bu işlev, siyasal iktidar ilişkilerinin düzenlenmesi. Kelsen, anayasayı çok basit bir şekilde tanımlıyor ve diyor ki, "Çoğulcu bir toplumda anayasa, siyasal gruplar arasındaki yarışı ve 'kavga'yı rasyonel, öngörülebilir, çerçevesi çizilmiş ve önceden belli sınırlara çekerek bunlara bir sınır koyar ve birbiriyle uzlaşmaz görünen siyasal çıkar çatışmalarına minimum bir tartışma zemini hazırlar, işlevsel anayasayla kastettiği bu. Bu nedenle, Kelsen için önemli olan, herhangi bir azınlık kriteri fark etmeksizin -bu cinsel azınlık olabilir, etnik azınlık olabilir, dinsel ya da dilsel azınlık olabilir- azınlık olma halinin anayasa tarafından korunması ve gücü sınırsız bir çoğunluk demokrasisi karşısında bu çoğunluğun egemen olmasının engellenmesidir.

Dolayısıyla, Kelsen'in burada çoğulculuktan anladığı ilk şey, azınlığın yok olmasının ve sesinin duyulmasının yine birden çok anayasal organ tarafından engellenmesidir. Bu nedenle, yine Karl Schmidt'in tezinin aksine, anayasa yargısı demokrasinin karşısında yer almaz, aksine, çoğulcu demokrasinin garantisidir ve özellikle de soyut norm denetimi, azınlıklara tanınan bir hak olmalıdır. Dolayısıyla, Kelsen eğer bugün 1982 Anayasasına bakacak olsaydı, iktidar partisi grubuna dava açma hakkı tanınmasına bir anlam veremeyecekti.

Yine anayasa mahkemesi, Kelsen'e göre tartışmasız bir şekilde siyasal bir organdır, bunu her ne kadar tırnak içinde belirtmiş olsa da ve yine 1928 yılında Viyana'daki bütün tartışmaları okuduğunuzda, hep hukuki pozitivist olmakla suçlanan ve siyaseti, hayatın gerçeklerini dikkate almamakla suçlanan Kelsen'in tam aksine, siyasal iktidarı siyaseten dost-düşman ayrımını fazlasıyla pozitif hukuka aktarmakla suçlanan Karl Schmidt'e ciddi bir siyaset dersi verdiğini de görüyoruz.

ECE GÖZTEPE'NİN TEBLİĞİ

Anayasa mahkemesi, yine Kelsen'e göre çıkarlar üzerinde etkili olan, negatif yasa koyucu işleviyle iktidar kullanan bir organdır. Kelsen bunu hiçbir şekilde negatif anlamıyla kullanmıyor. Bu nedenle, Kelsen de sınırlı sayıda anayasa yargıcının yasama organındaki partilerin -ama burada tekrar nitelikli çoğunluğa, Serap Hocam da bunu vurguladı- temsili gücü oranında parlamento tarafından seçilmesinin yerinde olacağını söylüyor. Ama, buradaki koşulu, bunun bütün parlamentoda temsil edilen siyasi partilerin temsili oranında seçime yansıması, hem de bu anayasa yargıçlarının çok sınırlı bir sayıda tutulması, yani belirleyici bir sayıya ulaşmaması.

Yine Kelsen'in söylediği bir şey; *"Anayasa mahkemesi, diğer siyasal aktörlerin ya da organların karşısında yer alan bir organ değil, siyasal organlarla birlikte siyasal süreci belirleyen organlardan bir tanesidir."* Dolayısıyla, bu pro kontra pozisyonu Kelsen'de hiçbir şekilde mümkün değil. Yine bu düşünürün söylediği biçimiyle kuvvetler ayrılığı dediğimiz şey, mutlak anlamda kuvvetlerin izolasyonu anlamına gelmez. Bu kuvvetlerin izolasyonu olarak anlaşılan kuvvetler ayrılığı, mutlak monarkın kendisini demokratikleşmekte olan yasama organına karşı izole etmesi anlayışına dayanır. Oysa ki çoğulcu bir anayasal demokraside artık bu kastedilmemektedir. Kuvvetler ayrılığıyla kastedilen, kuvvetlerin bölüşümü yoluyla iktidarın kötüye kullanılmasının araçlarını sağlamaktır.

Burada Kelsen'in gerçekten de şaşırtıcı bir şekilde siyaset-hukuk ekseninde ele aldığı anayasa mahkemesi, bu nedenle siyasal bir organ olduğu kabul edilen, ama bu siyasal işlevini yargı kararları yoluyla yerine getiren bir organ olma niteliğini taşımaktadır. Yine Kelsen'e göre, çıkar çatışmalarının çözümündeki her eylem aslında siyasal niteliktedir. Burada Kelsen, yine bir başka önemli, Weimar döneminin Adalet Bakanı Gustav Radbruch'a atıfla bu saptamasını yapıyor ve Radbruch'un deyimiyle *"Siyasal olmayan hukuk kavramı ve talebi, mutlakıyetçi devletin en büyük yalanıdır"* diyor. Kelsen, bu çerçevede sadece yasa koyucunun siyasal bir niteliği olduğunu, ama yargının siyasal bir nitelik taşımadığını söylemenin yanlış olduğunu

söylüyor. Diyor ki, *"Yasa koyucunun bir yasa yoluyla yargı organlarına çıkar çatışmalarını belli sınırlar içinde tartma ve sorunu çözme yetkisi vermesi, ona aynı zamanda siyasal bir iktidar vermesi anlamına da gelir. Dolayısıyla, yargıyla yasa koyucu arasındaki siyasallık açısından mevcut olan fark niteliksel değil, olsa olsa niceliksel bir farktır. Burada her türden hukuki uyuşmazlık, aslında bir siyasal anlaşmazlıktır."* Biraz hukuk felsefesi alanına girmekle birlikte, bir mülkiyet davasına bakan bir Yargıtay Hukuk Dairesinin mülkiyetin ne olduğunu tanımlamaktan başlayıp, bir mülkiyet, alacak davasında ya da kamulaştırma davasında Danıştayın ne ölçüde siyasetten yoksun bir karar verdiğinin tartışmasını bir kenara bırakıyorum.

Sonuç olarak Kelsen, 1928 yılında anayasa mahkemelerinin siyasal karakterinde bir kusur olmadığını, tam aksine, bu siyasal karakterin anayasa yargısının vazgeçilmez bir parçası olduğunu belirterek, bu tartışmayı en azından Kıta Avrupası'ndaki İkinci Dünya Savaşı sonrası anayasa mahkemeleri için büyük ölçüde belirlemiştir. O halde, *"Anayasa mahkemesi, doğası gereği siyasal bir organdır"* saptaması, bir ara durak olarak burada bir kenara konulabilir. Ama, yine de bizim sorumuz açısından bu siyasal karakter, siyasetle hukuk arasındaki gerilim nasıl çözülebilir, *"Bu çözülebilir bir gerilimdir ve biz bunun çözümlerini mi bilemiyoruz?"* sorusuna hâlâ bir cevap değil. Yine Almanya kökenli, ama daha sonra akademik kariyerini Amerika'da tamamlayan Karl Loewenstein, *"Siyasal bir sorun için demokrasilerde siyasal iktidarın özüne, iç ve dış egemenliğe ve hükümet etme biçimine ilişkin her türden mesele"* diyor.

Bu çerçevede baktığımızda, yine Kelsen'e dönüyoruz aslında; siyasal iktidarın özüne, iç ve dış egemenliğe ve hükümet etme biçimine ilişkin olmayan bir anayasa metnini bize kim gösterebilir? Dolayısıyla, anayasa yargısı açısından sorun, anayasa mahkemesinin bu türden meselelere değen her türden sorunu çözmeye yetkili kılınıp kılınmayacağı noktasındadır ve gerçekte bu gerilim, hukuk-siyaset gerilimi çözümsüzdür. Çünkü, siyaset, doğası gereği kendisini sürekli olarak değişen koşullara adapte etmeye çalışan, dinamik, ama dinamik ölçü-

de de çok büyük ölçüde irrasyonel bir olgudur. Buna karşılık hukukun işlevi, bu türden dinamik süreçleri sınırlandırmaya çalışan, statik ve argümanlara dayanması gerektiği için de rasyonel bir kavram olarak ve yapı olarak karşımıza çıkmakta. Ancak, hukukun salt bu statik rasyonel düzlemde kaldığı ve hiçbir şekilde şekillendirmediği, sadece bir saptama yapmakla yetindiği saptaması da ya da varsayımı da elbette mesele anayasa hukuku olduğunda, hiçbir şekilde mümkün değil. Bu nedenle de anayasa hukuku, birçok dilde siyasal hukuk olarak anılmakta ve siyasetin norm alanını belirlemekte.

Yine bir başka ünlü hukukçunun veciz edebi tasviriyle hukuksuz siyaset, pusulasız yapılan bir deniz yolculuğuna benzer, ama siyasetsiz anayasa hukuku da, karada yapılan bir deniz yolculuğu gibidir. Dolayısıyla, hukukla siyaseti birbirinden vazgeçemeyen gerilimli bir aşk hikayesine benzetebiliriz. Bu nedenle, siyasal olayların yargısal denetimi, belki de modern demokrasinin en önemli kazanımlarından birisi olarak karşımıza çıkmakta. Dolayısıyla, ilk soruma cevabım; katı bir anayasanın zorunlu kıldığı normlar hiyerarşisinin anayasal bir demokrasi çerçevesinde korunmasının da zorunlu olduğu ve bu korumanın da siyasal bir organ olan, ancak bu işlevini hukuk argümanları ve rasyonalitesi içinde yapan anayasa mahkemelerine verilmesinin Kıta Avrupası içinde tercih edilen bir yol olduğudur.

İkinci sorum, anayasa mahkemesi demokratik bir meşruiyete sahip olmak zorunda mıdır ve bu soruya vereceğimiz cevaba göre bunun yolları ne olabilir? Acaba hukukla politika arasındaki ayrım, temsil ilkesinde, dolayısıyla demokratik meşruiyetin kaynağında mı yatmaktadır, yukarıda demin sözünü ettiğim gerilimli ilişki? Bence bu ayrım doğru değil, çünkü temsili tek başına demokrasideki gibi seçimle sınırlandırmak, hukukla siyaset arasındaki ayrımı mutlak anlamda kaldırmak anlamını taşıyacaktır. Çünkü, her iki alandaki, yani hukuktaki ve siyasetteki temsilin nitelikleri ve koşulları, yapılan işin -her ne kadar örtüşmeler olsa da- farklılığı sebebiyle niteliksel bir ayrılık içindedir.

Siyasal sistemde hepimizin malumu olduğu üzere -Ozan Bey 2500 yıl öncesinden kökenine kadar açıkladı- temsil doğrudan seçim yoluyla gerçekleştirilir. Hukukta ise temsil, siyasal düzenin normatif temellerini ortaya çıkaran ve bunu somutlaştıran bir işlev görür ve bu yolla siyasal sistemin temellerini, yani halk egemenliğini temsil eder. Bu sebeple de mahkemeler halk adına karar verirler ve halkı temsil ettiği için de bir otoriteleri vardır. Bu elbette ki mahkeme kararlarının bu dolayımlı temsil ilkesine dayanarak irrasyonel kararlar verebilecekleri anlamına gelmiyor. Demin sözünü ettiğim dinamik irrasyonel siyasal süreçler ve rasyonel statik hukuki süreç arasındaki gerilim, hukuk ve yargı açısından baktığımızda, rasyonel karar ve rasyonel argümanları zorunlu kılmakta.

Mahkemelerin kararlarının temsil niteliği ve meşruluğu dolayısıyla siyasal temsildeki kurallardan farklı olarak toplumdaki çoğunluk görüşünü yansıtmak, toplumdaki değer yargılarına ya da kararların siyasal organlar üzerindeki etkilerine bakmak zorunda değildir. Meşruiyet, nihai kertede mahkeme kararlarının normatif hiyerarşi içinde anayasaya uygunluğundan kaynaklanmaktadır. Burada bazılarınızın *"Ama, Anayasa Mahkemesi anayasaya aykırı kararlar da vermedi mi?"* sorusunu duyar gibi oluyorum. Bu mesele, sadece Türkiye'ye özgü bir mesele değil. Buradaki temel soru, bir mahkemenin verdiği kararların doğruluğu, yanlışlığı, argümanlarının sağlamlığı ya da sakatlığı tartışılırken, mahkemenin varlık sebebinin tartışılması noktasına gelinmemesi. Çünkü, hep bir ideal olarak, bugün meslektaşım Levent Gönenç de bahsetti, merkez, yarı çevre ve çevrelerin hep merkeze bakmasındaki bu idealleştirme, şöyle bir idealleştirmeye de götürebiliyor bizi: *"Almanya ne kadar muhteşem, Anayasa Mahkemesi ne kadar prestijli, ne şahane kararlar veriyorlar."* Hiç de böyle değil.

Daha 57 yılında dönemin Başbakanı Adenauer, *"Biz Anayasa Mahkemesini hiç de böyle bir şey gibi düşünmemiştik. Bu mahkemenin yetkilerini kısıtlamayı düşünmeliyiz"* dediğinde, dönemin çok güçlü devletler hukukçusu Anayasa Mahkemesi Başkanı, -hatta çok önemli bir dergide de tam metni yayınlanmıştır- bir

ECE GÖZTEPE'NİN TEBLİĞİ

mektupla bütün anayasal organlara başvurmuş ve Anayasa Mahkemesinin neden önemli bir anayasal organ olduğunu ifade etme gereği duymuştur. Aynı şekilde Alman Anayasa Mahkemesinin -sanıyorum Alman meslektaşlarım da buna katılacaklardır- birçok hukukçu tarafından hiç katılınmayan birçok kararı var, ama bu tartışmalar, bu eleştiriler, hiçbir zaman mahkemenin varlık sebebini tartışma noktasına gelmemekte. Benim de temel sorunum, bu tartışmanın çizgisini çekme noktasını belirlemekti.

Tam da bu noktada, Türkiye'deki tartışmaların Anayasa Mahkemesi üyelerinin demokratik meşruiyeti meselesinde olduğumuzu hatırlatmak istiyorum. Türkiye'deki bir kör nokta olduğunu düşündüğüm bir tartışma noktası var. Anayasa reformu ve Anayasa Mahkemesinin yetkilerinin genişletilmesi, daraltılması ya da mahkemeye üye seçimi tartışılsa da, buna paralel bir şekilde gelen egemen söylem, Anayasa Mahkemesinin siyasal iktidarı sınırladığı, bunun demokratik meşruiyetine gem vurduğu, kararlarıyla hükümetin önünü tıkadığı söylemi.

Bu nedenle de söz ettiğim kör nokta, bence şöyle bir noktaya geliyor: Eğer temel yaklaşım, Anayasa Mahkemesinin yargı yetkisini sorgulamaya devam etmekse, o halde üyelerinin tamamının ya da bir kısmının siyasal organlar tarafından seçilmesindeki talep, acaba demokratik meşruiyetin sağlanmasından başka bir amaç da taşıyor olabilir mi? Yani, demokratik meşruiyet, eğer hâkimlerin tamamının ya da bir kısmının ya da bazı kısmının parlamento tarafından seçilmesini gerekli kılıyorsa ve bu Anayasa Mahkemesinin kararları, acaba bundan sonra eleştirilmeyecek nitelikte kararlar olacağı için mi bu isteniyor? Dolayısıyla, mevcut hükümetin ya da hükümetlerin kararlarını etkilemeyecek kararlar vermesi mi bekleniyor? Bu durumda aklımıza *"Yargı bağımsızlığı nerede kalacak?"* sorusu geliyor. Yoksa, gerçekten de amaç, demokratik meşruiyetin sağlanması mı? Çünkü, eğer tartışma, demokratik meşruiyet tartışması, Anayasa Mahkemesinin varlık sebebi tartışmasına kadar ileri götürülürse, o zaman bu ikisi örtüştüğünde, demokratik meşruiyetin doğrudan seçim yoluyla sağlanması,

eşittir Anayasa Mahkemesinin temel işlevini yerine getirmemesi denkliğine kadar bizi ölü bir noktaya taşıyabilir.

Dolayısıyla, söylemek istediğim kısaca şu: Anayasa Mahkemesine üye seçim prosedürünü tartışmak, demokratik meşruiyetinin sağlanması ihtiyacının bir sonucu olabilir ve haklıdır da. Ama, buna paralel biçimde Anayasa Mahkemesinin işlevi de eğer tartışılmaya devam edilecekse, o zaman asimetrik bir iktidar savaşı olduğunu söylemek sanırım yanlış olmaz.

Dediğim gibi, Türkiye bir anayasa taslaklar cenneti. Benim kitaplığımın bir rafında duruyordu hepsi, şimdi ikinci rafa doğru taşmaya başladılar. Ancak, bu taslakları, özellikle son 2 yıldaki, 2007'de Hocam Sayın Prof. Özbudun Başkanlığındaki Bilim Kurulunun yaptığı taslak ve bunu müteakip birçok tartışmanın getirdiği taslakları önüme koyduğumda, ortak payda, Anayasa Mahkemesinin hiçbir yetkisi artırılmasa, ek bir yetki verilmese ya da değiştirilmese bile, mevcut iş yükünün azaltılması için üye sayısının artırılması ve üye seçiminin değiştirilmesi yönünde. Bu tamamen ortak payda, diğer taslaklar da bunun çerçevesine birazcık bir şeyler eklemeye devam ediyorlar. Bu çerçevede, kanımca anayasa koyucu sıfatıyla yasama organının yapması gereken, bir defa yapılacak değişiklikte iç tutarlılığı sağlamak ve tüm siyasal aktörlerin benimseyebileceği ve belli temel ilkeleri ve amaçları ortaya koymak. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesiyle ilgili bir anayasa değişikliği yapılacaksa, bunun bir pakette üye seçimi, bir pakette yetkilerin artırılması, bir pakette başka bir şey biçiminde olmaması, kurumun bütün olarak ele alınması yerinde olacaktır. Yine Anayasa Mahkemesi reformundan ne bekliyoruz?" sorusunun bence çok açık, *"ama"*sız ve *"fakat"*sız bir şekilde cevaplanmasında sonsuz yarar var.

Bu ilkeler çerçevesinde benim naçizane önerim şu: Birincisi, Anayasa Mahkemesinin işlevi, anayasal düzeni korumak ve temel hak ve özgürlükleri korumak olduğu için, sağlamak ve gözetmek olduğu için, bu çerçevede sadece soyut ve somut norm denetimi değil, aynı zamanda anayasa şikâyeti yolu da benimsenmelidir. Birazdan Sayın Prof. Kunig de Almanya'da-

ki örneği zannediyorum ağırlıklı olarak anlatacak. Üye seçiminde sadece parlamentodaki siyasal iktidar çoğunluğu gözetilmemelidir. Serap Hoca da bahsetti, burada nitelikli çoğunluk aranmasında ve bu nitelikli çoğunluğun uzlaşmayı zorunlu kılan bir çoğunluk olmasında sonsuz yarar var. Bu yapılmak istenmiyorsa ve siyasal partilerin temsili oranında bir seçime olanak tanımıyorsa, en azından gruplar arasından uzlaşmaya imkân tanıyan yine nitelikli bir çoğunluğa gerek duyulmasında sonsuz yarar var.

Ayine Oktay Hocanın değindiği bir şeye bağlantı kurmak istiyorum. Üye seçiminde yine pozitif ayrımcılık çerçevesinde, ben buna geçici özel önlem demeyi tercih ediyorum, pozitif ayrımcılığın değişik ve yanlış anlamalara sebep olan çağrışımlarından dolayı. Geçici özel önlem olarak cinsiyetler arası eşitlik de gözetilmelidir. Bunun dışında, yine 1961 Anayasasındaki sisteme dönülerek, çoğulcu demokrasinin ayrılmaz bir parçası olan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ve sendikaların üst kuruluşlarına organ davası hakkı tanınarak, anayasal düzeninin korunması çoğulcu demokrasinin gereği olan çoğul aktörlerin bu sisteme katılmasıyla sağlanmaya çalışılmalıdır.

Sabrınıza teşekkür ederim.

* * *

Av. Berra Besler (Oturum Başkanı) - Efendim, çok değerli Doç. Dr. Ece Göztepe'ye çok teşekkür ediyoruz. Ben de aynen size katılıyorum, burada tabii konuşma fırsatım olmadığı için, görüşlerimi böyle sizin gibi değerli bir akademisyenden duymak beni de doğrusu cesaretlendirdi. Teşekkür ederim.

Efendim, sıra Prof. Dr. Philip Kunig'de. Anayasa şikâyetleri konusunda sizden bilgiler bekliyoruz Sayın Profesör.

Buyurun.

ANAYASA ŞİKAYETİ VE YARGI SİSTEMİ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ - ALMANYA DENEYİMİ

*Philip Kunig**

Anayasa şikâyetinin anayasal konularda, özellikle anayasal haklarda, bireysel hak arama aracı olarak kabul edilmesi, anayasa mahkemelerinin diğer anayasal organlara karşı hem fonksiyonunu ve rolünü, hem de yargının farklı mahkemeler ile ilişkisinin resmini süreğen şekilde değiştirir. Anayasa mahkemeleri, devlet organlarının önlerinde yetkilerini savunması anlamında devlet mahkemeleri olabilirler ve bu durum özellikle kanunların anayasaya uygunluğu konusunda bireyler için dolaylı etkiler doğurabilir. Bireyler bu tip norm kontrolünü, uzman mahkemede açtıkları davanın konusu olan normun geçerliliğinin tespiti için, anayasa mahkemesine gönderilmesi ile de sağlayabilirler. Ancak, bireylere dolaysız anayasa yargısı yolunu açan anayasa şikayetidir.

Aşağıdaki bölümde -ilk olarak- kavramları tanımlayacağım ve Almanya'daki anayasa şikayetini ve bu konudaki deneyimleri anlamak için gerekli olan bazı gerçeklere dikkat çekeceğim. Daha sonra -ikincil olarak- anayasa şikayetinin usul açısından kabulü için gerekli olan şartları anlatacağım

* Prof. Dr., Berlin Freie Universitesi
Çeviren: Deniz Dursun

PHILIP KUNIG'İN TEBLİĞİ

ve sonra anayasa şikayetinin ağırlığını ve anlamını açıklayan, anayasa hukukunun Almanya'daki esasını oluşturan şartların çerçevesi üzerinde duracağım. Dördüncü sırada anayasa şikayeti başvurusu nedeniyle, anayasa yargısı ve uzman mahkemeler arasındaki ilişkide oluşan bazı sorunlara değineceğim, zira bu açıdan da, anayasa şikayet başvurusunun kabulü, bazı değişiklikler gerektirmektedir. Beşinci bölümde bazı değerlendirmelerde bulunup, Türkiye'deki tartışmayı da ilgilendirebilecek, hukuk politikası yönünden bazı düşüncelerimi aktaracağım.

I. Kavramlar ve Gerçekler

Anayasa şikayeti, bireyin anayasada tanınmış kişisel haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle, hakkının korunması için, direkt anayasa mahkemesine başvurabileceği bir davayı tanımlar. Temel haklar ve insan hakları bu tip kişisel haklardandır.[1] Anayasa şikayetinin belirleyici özelliği, kişinin anayasa mahkemesine başvurusunun dolaysız olarak sağlanmasıdır. Tüm diğer dava çeşitlerinde devlet organlarının ya da bunların birimlerinin başvurusu, ya da mahkemelerin kendilerinde olan davalara yönelik bir tespit için başvurusu sağlanır. Sadece anayasa şikayeti, bireysel hak korunmasına yönelik bir araçtır. Anayasa şikayeti, maddi hukuki konum ile bu konumun bireysel hakları garantiye aldığı kapsam ve garantiye aldığı hakların sahipleri açısından, bağdaşıktır. Bu anlamda birey, gerçek kişilerdir, bazı durumlarda sadece vatandaşlar ile sınırlanabilir, bazı durumlarda ise daha kapsamlıdır. Bu anlamda birey, temel haklardan yararlanabilecekleri oranda tüzel kişileri de kapsar. Anayasa şikayeti, potansiyel olarak her kamu gücüne karşı kullanılabileceğinden, mahkeme kararlarının denetlenmesini de sağlamaya yarayan bir araç olabilir. Yazının devamında anayasaya dayanmayan bütün davalardan, uzman mahkeme davaları olarak bahsedeceğim.

---

1 Burada kastedilen anayasada yazılı olarak yer alan ve söz konusu mahkemenin kendine ölçü olarak alacağı haklardır.

Bu kapsamdaki anayasa şikayetinde bulunma hakkı, Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1951 yılında kurulmasıyla, 1949 Anayasası'nda buna ilişkin bir düzenlemenin yer almamasına rağmen, kabul görmüştür. Anayasada direkt ilişkili bir düzenleme olmamasına rağmen, anayasa bu tip bir davaya izin veriyordu. 1969 yılında yapılan bir anayasa değişikliği ile bununla ilişkili düzenleme anayasaya da eklenmiştir.

1951 yılından, bugüne kadar gelen istatistiklere baktığınızda, 175.900 anayasa şikayeti başvurusunun yapılmış olduğunu görürsünüz ki, bu sayı Federal Anayasa Mahkemesi'nde açılan davaların 96,44%'ne karşılık gelir.[2] Soyut ve somut norm kontrolü sadece 2% ve organlar arası anlaşmazlıklara dayanan davalar ise sadece 1,5% orana karşılıktır. Bu anayasa şikayetlerinden 4.205 tanesi başarılı olmuştur ki, bu da 2,4%'lik bir orandır. Bir yıl içinde yapılan başvuru sayısı, 1991 yılında 2000'i, 2004 yılında ise 3000'i aşmıştır. 2009 yılında 3321 başvuru yapılmıştır.

Başarılı olan anayasal şikayetlerinin sayısı değişse de, 5%'i aşmasına az rastlanmaktadır. Yalnız 1990 yılında 17%'nin üzerine çıkmıştır ki, bu Doğu ve Batı Almanya'nın birleşmesinden doğan ve çok sayıda başvuruya neden olan hukuki problemlerden kaynaklanmaktadır. Son yıllarda başarı oranları hafif düşüş göstermektedir, 2008 ve 2009 yıllarında oran yaklaşık 1,9%'dur. Bu binlerce başvurudan, yılda sadece 10 ile 20 arasında başvuru Federal Anayasa Mahkemesi'nin iki senatosu tarafından karara bağlanmaktadır. Kararların çoğu 'Kammer,, adı verilen ve ileride değineceğim, bir dairede 3 hakiminden oluşan bir heyet tarafından verilmektedir.

Mahkeme kararlarına karşı yapılan anayasa şikayetlerinde, adli uzmanlık mahkemelerinin kararlarına karşı olanlar istatistiki açıdan en başta yer almakta, idare mahkemelerinin kararlarına karşı -ki buna genel idare mahkemelerinin yanında

---

2 Bu ve ileriki bölümde yer alan rakamlar, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin kendi yaptığı duyurudan alınmıştır.

PHILIP KUNIG'İN TEBLİĞİ

sosyal ve finans mahkemeleri de dahildir- ise bunları izlemektedir. Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht, Bundessozialgericht, Bundesarbeitsgericht ve Bundesfinanzhof gibi en yüksek uzman mahkemelerin kararlarına karşı da şikayet başvuruları yapılmakta ve kimi zaman bu mahkemelerin kararları iptal edilmektedir.

Anayasa şikayetinin verilere dayanan etkisi ilk plandaki, Federal Anayasa Mahkemesi'nin kapasitesini zorlayan bir yükün ortaya çıkmış olmasıdır. Bu durum, yükü hafifletmeye yönelik çabaların içinden farklı etkilerin doğmasını da, beraberinde getirmiştir. Nitekim, 'Kammer'lerin yetkilerini belirleyen hükümler zamanla değiştirilip, yetkileri genişletilmiştir. Bugün 'Kammer'ler sadece anayasa şikayetlerini usul eksikliği veya açık bir esastan aykırılık yönünden reddetme hakkına sahip değildirler. Aynı zamanda anayasa şikayetini haklı da bulabilirler ki, bu durum Federal Anayasa Mahkemesi'ne yapılan anayasa şikayetinin bir daire tarafından değerlendirilmeden de haklı bulunmasını mümkün kılmaktadır. Yalnız bu, ancak daire daha önceki bir davada söz konusu hukuki sorun hakkında bir karar vermiş ise mümkündür, yani 'Kammer'ler sadece daire içtihadının belirli bir konuda varmış olduğu sonuca uyabilir. Uygulamada 'Kammer'ler bu konudaki yetkilerini cömertçe kullanmakta -bu arada bu kendi görüşümdür- ve yetkilerini aşmaktadırlar.

Diğer yükü hafifletme tedbirleri, organizasyona yönelik olmuştur. Federal Anayasa Mahkemesi'ne destek olan çalışanların sayısı, giderek arttırılmıştır. Federal Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu karar ile anayasa şikayeti başvurularının eyalet anayasa mahkemelerine yapılmasını mümkün kılmıştır -Almanya'daki 16 eyalette bu kısmen uygulanmaktadır-, bu da yükünün hafiflemesini sağlamıştır.[3] Ve Federal Anayasa Mahkemesi özellikle istatistiki olarak, çok sayıda anayasa şikayeti

[3] Bu büyük ölçüde Berlin Eyaleti Anayasa Mahkemesi'nin kararlarından doğmustur. Bkz. BVerfGE 96, 345 ff. ve Ph. Kunig, Die rechtsprechende Gewalt in den Ländern und die Grundrechte des Landesverfassungsrechts, NJW 1994, 687 ff.

başvurusunun dayandırıldığı -mahkeme sürecinde tarafların dinlenmesi hakkı, kanuna uygun, yani yetkili hakimin davayı görmesi temel hakkı gibi- temel hakların çiğnendiği yönünde yapılan başvuruların gerekçelendirilmesini, başvurunun kabulü açısından sıkılaştırarak, başka bir deyişle uzman mahkemelerin de anayasayı koruma fonksiyonunun altını çizerek, yükünü hafifletmiştir.

II. Anayasa şikayeti başvurusunun kabulü için gerekenler

Anayasada yer alan ve Federal Anayasa Mahkemesi kanununda daha ayrıntılı şekillendirilen kurallara göre, herkes anayasa şikayeti başvurusunda bulunabilir.[4] Önceden belirttiğim gibi, temel hak süjesi olabilecek tüzel kişiler de, bir kamu gücüne dayanan fiil sonucunda kendilerine öznel garanti sunan bir temel hakkın (ya da temel hak ile eşit sayılan bir hakkın, yani yargılamaya ilişkin hakları da kapsayan, önceden belirttiğim yargılama sürecinde tarafların dinlenmesi hakkı gibi) ihlal edildiğini iddia ederek başvuruda bulunabilirler. Bu bağlamda 'savunma', sözü edilen ihlalin, anlaşılabilir bir biçimde muhtemel olması anlamına gelir. Baştan itibaren, böyle bir ihlali olanaksız kılan bir durumun mahkemeye sunulmuş olmaması gerekmektedir. Bu, Federal Anayasa Mahkemesi'nin o güne kadar ki kararlarında, bu tür bir kanunsuzluğa hükmetmiş olması gerektiği anlamına gelmez. Başvurunun kabulü açısından, temel hakkın ihlal edilmiş olması ihtimali, yeni tehdit durumları veya aydınlatılmamış sorular ile karşılaşıldığında da, varsayılabilir. Kısaca şöyle denilebilir: Federal Anayasa Mahkemesi temel hakkın ihlal edilmiş olma ihtimalini öngördüğü için, eğer daha önceki bir kararında temel hakkın bu şekilde çiğnenmemiş olduğuna hükmetmemiş ise, kendisini yetkili görür.

Bu anlamda kamu gücüne dayanan fiil, şikayet konusu edilebilirliği anlamında, bütün kamusal fiillerdir. Kuvvetin

[4] Bkz. Art. 93 I Nr. 4 a GG, §§ 90 ff. BVerfGG.

PHILIP KUNIG'İN TEBLİĞİ

paylaşılmış olduğu bir sistem açısından bakıldığında, bütün kanunları, idari kararları ve mahkeme kararlarını kapsar. Başvurunun usulen kabulünün diğer bir şartı, -genel olarak, istisnaları saymazsak[5]- eğer mevcut ise hukuki yolların tüketilmiş olması gerekliliği olduğu için, yapılan anayasa şikayeti başvurularının çoğunluğu uzman mahkeme kararlarını hedef almaktadır. Kanunlara karşı bazı hallerde direkt başvuru yolu açıktır, ama bu durum bir istisna oluşturmaktadır. İki hafta önce, hükümsüz kılınan kişisel verilerin stoklanması kanununa karşı yapılan anayasa şikayetleri, bu anlamda sansasyonel bir örnek sergilemektedir[6].

Hukuki yolların tüketilmiş olmasından sonra, üst temyiz mahkemesinin kararına karşı anayasa şikayeti başvurusunun mümkün olması, Federal Anayasa Mahkemesi'nin süper temyiz mercii olarak nitelendirilmesine yol açmıştır. Bu terimi mahkemenin kendisi üretmiştir. Mahkeme bu terimi sıkça ve 1950'li yıllardan beri, süper temyiz mercii olmadığı, olmaması gerektiği ve olmak istemediği bağlamında kullanmıştır. Yani, son, en yüksek veya ilave bir yargı mercii değildir. Bu ifade ile anlatılmak istenen, Federal Anayasa Mahkemesi'nin -merci sıralamasındaki bir mahkemeden farklı olarak- uygulanan yasa hakkında, yani sıradan yasa bazında karar vermediğidir. Aksine, bu yasanın yorumlanmasını, anayasa ışığında inceler. Sadece anayasa hükümlerini inceler, yasanın yorumlanmasında temel hakların oluşturduğu arka planın yeterince gözetilip gözetilmediği konusunda karar verir. Mahkeme kararlarına karşı yapılan anayasa şikayetinin kabulü ve maddi hukuk yönünden başarısı, sair yasaların anayasal hükümler ile olan ilişkisine belirleyici ölçüde bağlıdır[7]. Bu da bizi üçüncü bölümüme getiriyor.

---

5 Bkz. § 90 II BVerfGG

6 2.3.2010 Tarihli - 1 BvR 256/08 numaralı karar

7 Bu konuya ilişkin problemler hakkında bkz. Ph. Kunig, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2001), 34 ff.

III. Maddi hukuk bakımından çerçeveyi oluşturan şartlar

Geçerli kabul edilmiş bir anayasa şikayeti başvurusu kapsamında, anayasa mahkemesinin yasa koyucu tarafından çıkarılmış bir kanunu değiştirip değiştiremeyeceği ve hangi ölçüde bir değişikliğe gidebileceği -kanunun yürürlükten kaldırılması, anayasa mahkemesinin yaptığı yorumun bağlayıcı kılınması ve hatta yorumun yürürlükteki yasanın yerine geçirilmesi, yani yasa koyucu fonksiyonların kullanılması gibi- maddi hukuk bakımından anayasayı oluşturan zeminin erimine, anayasa hükümlerinin diğer yasalara karşı menziline bağlıdır. Burada düşündürücü olan özellik, anayasa mahkemesinin büyük ölçüde kendisinin, anayasanın içeriği hakkında karar vermesi, yani ölçüyü kendisinin biçmesidir. Anayasa hukuku, doğası gereği diğer yasalardan daha büyük ölçüde somutlaştırılmaya gerek duyar. Anayasanın yorumu, diğer yasaların yorumuna nazaran daha az oranda, önceden başkaları tarafından ortaya konulmuş fikirlerin açıklanmasıdır. Federal Anayasa Mahkemesi'nin çalışmaları da, bu şekilde pek çok kez, yorum ve anayasa koyucuyu ayıran sınır çizgisine dayanmıştır. Bazı görüşlere göre, hatta bu sınır çizgisini -ki bu sınır çizgisi hiç bir zaman çizgisel olarak değil, daha çok bir koridor olarak belirlenmiştir- kimi zaman geçmiştir. Bu anayasanın tamamı için geçerlidir, devletin organizasyonunu içeren bölümünü de kapsar, ama öncelikle temel haklar düzenini, yani anayasa şikayeti davasında maddi hukuk bakımından ele alınacak ölçüleri ilgilendirir.

Alman hukuk düzeninin tamamının, sıklıkla anayasallaştırılmış bir hukuk düzeni olduğunun söylenmesine, büyük ölçüde neden olan iki nokta üzerinde durmak istiyorum. Burada kastedilen anayasa hukukunun, özellikle temel hakların, kanunların yorumlanmasında göz önünde tutuldukları ve göz önünde tutulmaları gerektiğidir.

Şekil açısından, temel hakları, yasama, mahkemeler ve idare için direkt uygulanacak ölçü kılan anayasanın birinci maddesinin üçüncü paragrafı, bunun için bir başlangıç noktası

PHILIP KUNIG'İN TEBLİĞİ

oluşturur. Aslında bu, gereksiz bir düzenlemedir, çünkü bütün devlet organlarının anayasaya bağlılığı zaten, anayasanın 20. maddesi üçüncü paragrafında yer alan, hukuk devleti olma ilkesinden doğar. Anayasanın doruğunda yer alan ve temel haklarla ilgili bölümünü açan anayasanın birinci maddesinde, anayasaya bağlılık tekrarla ve açık bir şekilde kuvvetlendirilmiştir. Bunun, Almanya'da temel hakların olmadığı nasyonal sosyalizim devrinin aşılmış olduğuna vurgu yapan sembolik nedenleri vardır, -hatta ondan önceki- 1919 Weimar Cumhuriyeti Anayasası, üç kuvveti sınırlı oranda anayasaya bağlamaktaydı. O dönemde temel haklar program niteliğine sahip sözlerdi ve ilk etapta yasa koyucu tarafından somutlaştırılmaya bağımlıydılar ki, yasa koyucu bu görevi tam olarak yerine getirmemekteydi.

Söylediğim gibi burada, anayasaya direkt olarak bağlılığı, kuvvetli bir biçimde yansıtan iki noktaya değinilmeli.

Birincisi, kişiliğin özgürce geliştirilmesi (Art. 2 I GG) temel hakkının, Federal Anayasa Mahkemesi yargısında, geçtiğimiz yüzyılın 50'li yıllarından beri yerleşmiş içeriğinin anlaşılmasıdır. Bu temel hak, dar anlamda herkesin kişilik haklarına saygıyı koruyan bir norm olarak değil, aksine geniş bir anlamda koruma alanının belli sınırları olmadan tasarlanmış ve bu şekilde yerleşmiştir[8]. Bu yüzden genel eylem özgürlüğü şeklinde adlandırılır. İnsanların her türlü eylemini ve eylemsizliğini, ister zararlı, isterse yasak olsun, korur. Bu anlamda *"koruma"*, bu temel hakkın her türlü harekete izin verdiği anlamına gelmez. "Koruma,, devlet tarafından kişinin neyi yapabileceği ve neyi yapamayacağına yönelik getirilen her türlü kısıtlama için geçerli bir gerekçenin olması gerektiği anlamına gelir. Bu noktada sınırsız eylem özgürlüğü, Alman hukukundaki en önemli, en şekillendirici ve yaygın, orantılılık prensibi ile buluşur.[9]

---

8 Bkz. Kunig, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: Ph. Kunig/M. Nagata, Persönlichkeitsschutz und Eigentumsfreiheit in Japan und Deutschland, 2009, 95 ff

9 Bkz. Ph. Kunig, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im deutschen Recht, in: Ph. Kunig/M. Nagata, Deutschland und Japan im wissenschaftlichen

Bu ölçü içerisinde, eylem özgürlüğünün sınırlandırılmasının bir gerekçesinin olması gerekmektedir. Bunun için belirli bir amacın olması gerekir. Getirilen yaptırımın en azından amaca ulaşmayı sağlamaya uygun olması şarttır. Yaptırımın yerine, amaca ulaşmayı eşit şekilde sağlayan, ama daha az yük bindiren başka bir aracın geçirilmesinin mümkün olmaması gerekir. Son olarak amaç ile kişiye getirilen yük karşılaştırıldığında uygun ve ölçülü bir ilişki gözükmelidir. Bu bağlam, dar anlamda orantılılık olarak adlandırılır.

Temel hakların kapsamlı olarak korunması ile ölçülülük ilkesinin birleşimi, her bireyin devletin getirdiği sınırlayıcı yükümlüklere karşı temel haklar ile karşı koyabilmesi sonucunu doğurur. Bu ilgili kişinin, yükümlülüğün yargısal denetimini ve hatta gerektiğinde anayasa şikayeti yoluyla denetlenmesini sağlayabileceği anlamına gelir. Ölçülülük ilkesi, özellikle birey ile devlet arasındaki ilişkide kendisini gösterir, ama bununla sınırlı kalmaz. Her kanun ve en azından idarenin yükümlülük getiren her takdire bağlı kararı, temel haklara getirilen sınırlamalar içerir. Bu yükümlülükler, yukarıda bahsettiğim yoruma açık hukuk terimleri olan elverişlilik, gereklilik ve oranlılık bağlamında yargı denetimine açıktırlar.

Söylediğim gibi Federal Anayasa Mahkemesi bunun yolunu çok evvelden açmıştı.[10] Geçmişte buna karşı yapılmış olan eleştirilerin arkası kesildi. Bu şekilde sadece yasamanın değil, yürütmenin de bütün hareketleri anayasa yargısının kontrolü altına alınmıştır. Yoruma açık hukuk terimlerinin netleştirilmesinde, diğer güçlere ne kadar bir belirleme önceliği tanıyacağı Federal Anayasa Mahkemesi'nin iç disiplinine ve sorumluluğuna bağlıdır.

İkinci değinmek istediğim husus, maddi hukuk nedeniyle, bireyler arasındaki ilişkiyi ve dolayısıyla sivil hukuku ilgilendirmektedir. Temel haklar, her ne kadar düşünsel tarihi temel-

Dialog, 2006, 169 ff.

10 1957 yılında, BVerfGE 6, 32 ff.

PHILIP KUNIG'İN TEBLİĞİ

leri ve temel haklar teorisinin anayasanın yürürlülüğe giriş tarihindeki durumundan bakıldığında, bireyin devletle olan ilişkisini ilgilendirse ve belli ölçüde korunma haklarını içerse de, kısa bir zaman içinde onların bireyler arası hukuk ilişkilerde de anlamsız olamayacakları fikri doğmuştur. Bu da yine 50'li yıllarda temel hakların dolaylı etkisi başlığı altında tartışılmıştır. Özellikle iş hukukunda, temel hakların birey-devlet ilişkisindekine eşit bir etkisi olduğunun kabulü düşünülmüştür. Federal Anayasa Mahkemesi, akademik literatürde kısaca üçüncü taraf etkisi[11] olarak adlandırılan tasarımın kabulüne karar vermiştir. Özellikle medeni hukukun yoruma açık terimlerinin sözleşmelerde ya da kanunların genel hükümlerinde kullanılması halinde, anayasaya uygun bir şekilde yorumlanmaları gerektiğine karar verilmiştir. Bu tip yorum, kanunların bilinen genel yorumlanma ilkelerine dahil edilmiş ve lafzın izin verdiği ölçüde bu yorumların sonuçlarının düzeltilmesinde kullanılmasına karar verilmiştir. Ama genel hükümlerin belirleyici özelliği - mesela dürüstlük kuralı veya ahlak ve adaba uygunluk ilkesi gibi- lafzın gerçek sınırlarının olmamasıdır.

Ses getiren ve bir devrim niteliğinde olan temel hakların dolaylı etkisinin tanınmasından sonra, Federal Anayasa Mahkemesi, yeni bir keşfe imza atmıştır. Temel hakların bilinen savunma fonksiyonuna, korunma fonksiyonunu eklemiştir.[12] Bu şekliyle temel haklar, sadece devletin temel haklar tarafından korunan alanlara gerekçesiz müdahalesini engellemez, aynı zamanda devleti, temel hakların içerdiği objektif değerler düzeninin gerçekleştirilmesinden de sorumlu tutar. Bu sorumluluk yasa koyucunun, yine anayasa yargısı denetime açık olacak biçimde yasa çıkarması sonucunu doğurabilir. Tuhaf bir şekilde bu yorum, kısa bir süre sonra ceza hukukunda, temel haklar yönünden kürtajı cezalandıran yasaların çıkarılması gerekliliği düşüncesi ile etkisini göstermiştir.[13] Bu, tuhaf olarak nitelene-

11 Temel olarak 1958 yılında, BVerfGE 7, 377 ff.

12 Başka kararların yanında temel olarak BverfGE 46, 160 ff.

13 BVerfGE 39, 1, 41.

bilir, çünkü temel haklar tarihi, daha çok devletin koyduğu cezai sorumlulukların yasaklaması yönünde şekillenmiştir.

Bu bağlamda oluşan temel hakları koruma fonksiyonu, bütün hukuk sistemi geneline yayılmıştır. Çevreyi koruyan yasaların çıkarılması, temel haklar yönünden zorunlu olabilir, ama özellikle özel hukukta bu fonksiyon kendini göstermektedir: Devlete, temel haklar, toplum baskısı veya diğer kişiler tarafından zarara uğratıldıklarında, yasama ve yasaların yorumu yoluyla -bu noktada adli yargı işin içine giriyor- temel hakların değerlerini koruma ve destekleme görevini yükler. Eğer adli yargı bu görevi yerine getirmezse, Federal Anayasa Mahkemesi devreye girebilir. Böylece, adli yargı düzeninin tamamı, temel haklarla yoğrulmuştur. Başladığım noktaya, genel eylem özgürlüğünün sınırsız olarak kişiliğin ortaya konulması özgürlüğü olması anlamına dönecek olursak: Federal Anayasa Mahkemesi, örneğin bir banka ile kredi alımında yapılan kefalet sözleşmesini, eğer kefilin ekonomik özgürlüğü aşırı derecede sınırlandırılıyorsa, anayasaya aykırı bulabilir[14].

Bütün bunlar medeni hukuka veda, ya da medeni hukukun yerini, anayasaya dayandırılan yorum hukukun alması anlamına gelmez. Bu noktada başta değindiğim rakamları hatırlayalım: Her yüz anayasa şikayetinden sadece iki tanesi haklı bulunuyor. Yargı düzeninin anayasallaşması ve Federal Anayasa Mahkemesi'nin kapsamlı yetkileri, uzman mahkemelere veda edilmesini ya da anayasa yargısının egemenliğini *(gouvernement des judges constitutionnels)* beraberinde getirmemiştir. Bu bir potansiyeldir. Farklı sorunlara yol açmıştır. Aşağıda bu sorunlara değineceğim.

IV. Sorunlar

Alman anayasa yargısı için etkin olan bireysel anayasa şikayetinin kapsamlı yetkiler (II. bölümde anlatıldığı gibi) ile kabul edilmesi, III. bölümde anlatılan maddi hukuk durumu da göz

[14] Bkz. BVerfGE 89, 240 ff.

PHILIP KUNIG'İN TEBLİĞİ

önüne alındığında, on yıllardan beri Alman hukukunu ve siyasi tartışmaları meşgul eden, iki yapısal soruna yol açmaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi'ne ısrarla getirilen eleştiriler de, bu sorunlardan kaynaklanmaktadır. Birincisi anayasa yargısı ile yasama arasındaki ilişkiyi, diğeri ise, anayasa yargısı ile uzman mahkemelerin kararları ilişkiyi ilgilendirmektedir.

Birinci soruna ilişkin -yasama ve anayasa mahkemeleri arasındaki ilişki- şunu hatırlamalı: Doğrudan ve bireysel anayasa şikayeti yoluyla, bir yasaya karşı itirazda bulunmak sadece çok sınırlı durumlarda mümkündür. Eğer bir yasa, temel hakka sahip olan kişiyi, dolaysız ve içinde bulunulan anda bu temel hakla ilişkili olarak zedeliyorsa, yani temel hakka yapılan müdahale, genelde uygulamada hareket serbestliği bırakan kanunun uygulamasından ortaya çıkmıyorsa, mümkündür. Yasama ve yargı arasındaki ilişkinin esas önemi, anayasa şikayetinin uzman mahkemelerin kararlarına karşı mümkün olmasından kaynaklanmaktadır. Bu durumlarda Federal Anayasa Mahkemesi, sadece yasanın uygulanmasının anayasaya uygunluğunu değil, ondan önce, yani ön koşul olarak, kararın dayandırıldığı yasanın kendisinin, uygulamadaki yorumundan bağımsız olarak, anayasaya uygun olup olmadığını incelemektedir. Uç noktaya tırmandırarak şöyle denebilir: Anayasaya aykırı bir yasaya dayanan mahkeme kararının kendisi, her zaman anayasaya aykırı olacaktır. Bu yüzden bir sebep olduğu takdirde, hemen hemen mahkeme kararlarına karşı yapılan anayasa şikayeti başvurularının tümünde, dolaylı olarak norm kontrolü yapılmaktadır. Bu, çok kez mahkeme kararlarına karşı yapılan anayasa şikayeti sonucunda, tek bir olaya ilişkin olarak yasaların kusurlu bulunmasına yol açmıştır. Böylece, devlet organlarının sebep olabileceği soyut norm kontrolünü ve bir mahkemenin kararını dayandırması gereken yasayı, anayasaya aykırı bulması nedeniyle yapılabilecek somut norm kontrolü başvurusunun yanı sıra, dolaylı norm kontrolü denilen üçüncü bir norm kontrolü şekli daha bulunmaktadır.

Böylece anayasa şikayeti başvurusunda da, birbirine zıt düşen bireysel çıkarların değerlendirilmesinde, yasa koyucunun

öncelikli takdir ve karar yetkisi ile ilgili olan sorularla karşı karşıya kalınmaktadır. Pratikte bu kısmen ceza hukukuna ve ceza usul hukukuna, idare hukukuna ve büyük ölçüde medeni hukuka -aile ve miras hukuku, özellikle isim hakkı, evli olmayan çiftler hukuku, özellikle kadının konumu-, etki etmiştir. Bazı alanlarda yasama, anayasa yargısının kararlarına tepki olarak, anayasa mahkemesinin belirttiği sakıncalara uygun şekilde, yasaları değiştirmek zorunda kalmıştır. Tatmin edici olmayan bu durumun sorumluluğunu, anayasa mahkemesine yüklemek adil olmaz. Almanya'daki yasa koyucu çoğu zaman, hatta kimi durumlarda eski kararlar göz önüne alındığında anayasa mahkemesinin kararı öngörülebilir ve büyük ölçüde muhtemel olduğu halde, anayasa mahkemesinin vereceği dersе ihtiyaç doğuracak şekilde hareket etmiştir. Bazen yasa koyucunun, büyük ölçüdeki demokratik meşruiyetinden doğan anayasaya karşı siyasi sorumluluğunu, anayasa mahkemesine yüklemek istediği izlenimi doğmaktadır. Bu durumlarda anayasa mahkemesi demokratik süreçte son kararı veren merci durumuna düşmekte, yani yedek yasa koyucu rolüne bürünmek zorunda bırakılmakta ve bu görevi bazen severek, bazı durumlarda ise itiraz ederek üstlenmektedir.

İkinci sorunu oluşturan durum -yargının kendi içindeki ilişki- farklı niteliktedir. Burada, birbirinden ayrı tutulması gereken iki farklı erk arasındaki çatışmaya değil, yargı erkinin kendi içindeki iş bölümüne bakıyoruz. Daha önceden belirttiğim ve bir çizgiden çok bir koridora benzettiğim bu durum, anayasal düzenleme ve diğer yasal düzenlemeler arasındaki sınır aracılığı ile birbirlerinden ayrı tutulmalıdır.[15]

Bir yasanın doğru olmayan yorumunun ne zaman anayasaya aykırılık niteliğinde olduğu veya buradaki anlamı ile ne zaman temel haklara aykırılık olarak nitelendirileceği sorusu, aynı zamanda, anayasa yargısının uzman mahkemeleri denetleme yoğunluğuna ilişkin bir sorudur. Bu soru yasalarda yanıt-

15 Bkz. III.

PHILIP KUNIG'İN TEBLİĞİ

lanmamıştır. Uygulamada ise, on yıllardır süre gelen, yargının geliştirdiği, çoğu zaman süslü, fakat boş görünen formüllerle üstesinden gelinmeye çalışılmaktadır. Belirleyici olan, bu formüllerin, büyük ölçüde hareket alanı sağlamasıdır, yani sonuçta, genel olarak kararı veren mahkemenin kendisi, yanlış olduğu öne sürülen hukuk uygulamasına müdahale edip etmeyeceğine karar verir. Sadece özgül anayasa hukuku, anayasa mahkemesinin müdahalesine olanak vermelidir - peki ama özgül olmayan anayasa hukuku nedir? Temel hakların diğer yasal düzenlemeye olan ilkesel etkisinin yanlış yorumlanmış olması nedir? Bilindiği gibi, ilkesel etki teriminin hukuktaki içeriği çift anlamlıdır. Her seferinde uygulanan olarak anlaşılabileceği gibi, *"prensip olarak"* yani istisnaları saymazsak şeklinde de anlaşılabilinir[16].

Bu tür formüllerin kullanılması hem başvurunun kabulünde, - II bölümde değinilmiş olan temel hakkın ihlal edilmesinin mümkün görülmesi- hem de esasın incelenmesine ilişkin bölümde etkin rol oynamaktadır. Anayasa şikayetlerinin büyük bölümüne bakan Kammer'lerin verdikleri kararların merkezinde bunlar yer alır. Sınırlandırma kriterlerinin birden çok anlama gelmesi, Kammer'lerin yönlerini kendilerinin çizmesi sonucunu doğurmaktadır. Özellikle, Kammer'in önüne gelen olaya ilişkin dairenin daha önceden yeterli bir değerlendirmesinin olması - ki bu Kammer'in olayı sonuca bağlama yetkisinin varlığı için ön koşuldur-, Kammer'lerin somutlaştırıcı rol oynamasına ve böylece kararlarında hareket alanı elde etmelerine engel olmamaktadır. Bu konu, kimi zaman anayasa şikayeti başvurularının başarı şanslarının tam olarak öngörülememesine yol açması yönünden eleştirilmektedir. [17]

Böylece, şimdiye kadar çizdiğim tabloyu değerlendireceğim ve hukuk politikası açısından, kuvvetli bir anayasa şikayeti aracının inşası tartışması içinde ne tür tavsiyelerin türetilebileceğine değineceğim beşinci bölümüme geldim.

---

16 Bununla ilgili 7 numaralı dipnota bakınız.

17 Bkz. Kunig, 7 numaralı dipnot, 66 ff.

V. Değerlendirme

Değerlendirme için iki farklı ölçü baz alınabilinir. Hukuk bilimi açısından hukuki bir durumun ve hukuki pratiğin nasıl değerlendirileceği, bu durumun hukuk dogmatiği açısından tatmin edici olup olmadığı, hukuk devleti kriterleri olan açıklık, şeffaflık, hukuki belirlilik, güvenirlilik ve son olarak adaletin teşkiline yetip yetmediği sorgulanabilir. Bundan ayrı tutulması gereken ölçü ise, hukuk politikası kriteridir. Bu ölçüt, sistemin fonksiyonları açısından verimliliğini, sistemin bütün katılımcılar, devletin sorumlu birimleri ve etkilenmiş, hakkını arayan bireyler tarafından, kabulünü sorgular. İlerleyen bölümde bu iki ölçütü, birbirleri ile bağlantıları olduğu için, kesin olarak birbirinden ayırmak istemiyorum. Hukuk devleti olma kendine yeten bir amaç değildir, siyasi açıdan kabul gören sonuçlar üreterek kendini gerçekleştirmesi gerekir. Ama bir hukuk devleti olmak, benim kanaatimce, bunun ön koşuludur.

Değerlendirmemde pozitif ve negatif tarafları arasında ayrım yapıyorum.

Negatif tarafları olarak eleştirilen noktalar şunlardır: Federal Anayasa Mahkemesi, -ayni şey eyalet anayasa mahkemeleri için de geçerlidir- anayasa şikayetinin kabulüne ilişkin önkoşulları çoğu zaman fazla cömertçe değerlendirmektedir. Kabule ilişkin ölçütleri, çoğu zaman karar verme isteğine bağlı olarak kullanmaktadır. Yapılandırma isteği varsa müdahale etmekte ve fikrini açıklamaktadır. Bir örnek vermek gerekirse: Federal Anayasa Mahkemesi, Avrupa'nın entegrasyonunu geliştiren Maastricht Sözleşmesi'ne karşı yapılan bir anayasa şikayeti başvurusunu, pek inandırıcı olmayan bir açıklama ile bir yandan temelde sözleşmeye onay vermek, ama aynı zamanda Avrupa'nın entegrasyonunun ulusal açıdan sınırlarını çizmek isteği çerçevesinde kendi fikrini beyan edebilmek için kabul etmiştir[18]. Siyasi açıdan bu durum sevindirici olabilir ama sorulması gereken, bu fonksiyonu üstlenmenin Federal Anayasa

[18] BVerfGE 89, 155 ff.

PHILIP KUNIG'İN TEBLİĞİ

Mahkemesi'nin görevi olup olmadığıdır. Uluslararası açıdan o kadar sansasyonel olmayan, diğer bir örnek: Almanya'da yıllarca yazım ve imla reformunun artı ve eksileri üzerinde tartışma yapıldı. Federal Anayasa Mahkemesi, bu konuya ilişkin, karar çıktığında yapılan başvuru geri çekilmiş olmasına rağmen, ayrıntılı bir fikir beyanında bulunmuştur[19]. Oysa, tek bir cümle ile başvuruyu ret edebilirdi.

Bununla benzerlik gösteren bir başka durum ise, mahkemenin çok sayıda obita dicta niteliğinde, yani karşısındaki somut olayda gerekli olmamasına rağmen, başka olaylarda önem kazanabileceği için ve bunun farkında olarak, yaptığı açıklamalardır.

Sonuçta mahkeme, maddi açıdan anayasa yorumunun sınırlarını zaman zaman aşmıştır. Mesela önüne gelen mülkiyet güvencesi ve evlilik ile ailenin anayasadaki korunmasıyla ile ilgili olaylarda, vergilendirme oranları türetmiştir. Tekrar etmek gerekirse: Hukuk politikası açısından, bu şekilde, devletin vergi yoluyla uyguladığı yaptırıma dikkate değer sınırlar konmuş olması, takdir edilebilir. Böyle bir şeyin, bu kadar somut bir şekilde, gerçekten anayasadan türetilebilecek olması ise, oldukça şüphe vericidir.

Sonuç olarak: Süreç içinde zaman zaman bir taraftan yasa koyucuya karşı, diğer taraftan uzman mahkemelere karşı olan sınırların aşıldığı sorusunu beraberinde getiren kararlara imza atılmıştır.

Öte yandan pozitif olarak değerlendirilecek çok sayıda husus ve örnek saymak da mümkündür. Burada açıkladığım iki problem, yasa koyucu ve uzman mahkemeler ile ilgili ilişkilerde de geçerlidir. Örnekleri kendi zevkime göre seçiyorum. Ceza yargılaması uygulaması, Federal Anayasa Mahkemesi sayesinde hukuk devletine uygun bir hale gelmiştir. Polis hukukundaki ve hatta güvenlik ile ilgilenen resmi makamların ta-

[19] BVerfGE 98, 218 ff.

mamıyla ilişkili, tehlikenin önlenmesinde ve adli kovuşturma sırasında, kişisel bilgi ve verilerin korunması, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından sağlanmış, hatta zorunlu tutulmuştur. Sivil hukukta, özellikle iş hukukunda, ama aynı zamanda çevre hukukunda da, Federal Anayasa Mahkemesi, temel hakların koruması altındaki alanları belirleyerek, çığır açan kararlar vermiş ve hem yasa koyucuya, hem de yasaların yorumlanmasına önderlik etmiştir.

Bu yüzden: Anayasa şikayeti başvurusunun olmadığını düşündüğümüzde, Almanya'daki hukukun gösterdiği gelişme, şu anda ulaşmış olduğu seviye ile kıyaslandığında, çok geride kalmış olurdu.

Bu sonuç, yakından bakıldığında, uzman mahkemelerin de aslında anayasa mahkemeleri olmasına rağmen geçerlidir. Uzman mahkemeler de yorumlamalarında anayasanın direktiflerini gözetmelidirler. Onlar da normları denetlemeye ve şüphelenmelerine neden olan durumlarla karşılaştıklarında, somut norm denetimini işleterek anayasa mahkemesine başvurmaya yükümlüdürler. Almanya'daki gerçeklik bunun yeterli olmadığını göstermiştir. Bütün hukuk düzeninin anayasaya bağlılığı, anayasa şikayetinde bulunma hakkının kapsamlı bir şekilde kullanılmasının mümkün kılınması ile gerçekleştirilmiştir.

Ayrıca, uzman mahkemelerin anayasa mahkemeleri olması gerekliliği durumu, başka bir sonucu doğurmaktadır: Bu görevin yerine getirilmesinin kalitesi, anayasa mahkemesinin devreye girebileceği ya da devreye girmesinin gerekliliği ile orantılıdır. Yasa koyucunun ve uzman mahkemelerin anayasal disiplini, anayasa mahkemesinin işini büyük ölçüde hafifletebilir.

Bu noktada son olarak Avrupa'daki hukuki gelişme ile bir bağlantı kurmak istiyorum. Bir devletin kendi içinde temel hakların ve insan haklarının tam olarak gözetilmesi, bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne gönderme yapmak istiyorum, Strasbourg'da düzeltmelerin yapılmasına gerek kal-

TARTIŞMA

mamasına yol açar. Almanya için şu söylenebilir: Ulusal uzman mahkemeler anayasayı ne kadar daha çok korursa, Federal Anayasa Mahkemesi'nin araya girmesine o kadar az gerek kalır. Ulusal düzenlemede, temel hakların korunması görevinin yerine getirilmesinde, anayasa yargısı ve uzman mahkemeler arasındaki bağlantı ne kadar yoğun ve tatmin edici olursa, dışarıdan o kadar daha az etki gelir. Anayasa şikayeti başvurusuna ilişkin düzenlemenin getirilmesi, hukuk devletinin gelişmesini kendi ellerine alması için ve temel hakların ve insan haklarının yorumlanmasında kendi özel durumunu, dışarıdan gelen, yeknesak müdahaleden korumak için bir şanstır. Bu açıdan bakıldığında, anayasa şikayeti başvurusuna ilişkin düzenlemenin getirilmesi, yabancı tarafından kararların verilmesine karşı, dolaylı yoldan koruma sağlar.

* * *

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - Sayın Prof. Kunig'e çok teşekkür ediyoruz, başından beri teşekkür ediyoruz ve bu çalışmalara katılmalarının da devamını arzu ediyoruz.

Değerli konuklar; oturumun değerli akademisyenlerimizin açıklamalarına ilişkin bölümü sonuçlandı. Şimdi sizlerin sormak istediğiniz hususları değerli akademisyenlerimiz cevaplayacaklarını zaten konuşmaları sırasında da ifade ettiler.

Şimdi söz sizde, sizleri bekliyoruz.

Buyurun efendim.

Aydın AYDIN- Türkiye Barolar Birliği Yönetimine, sizlere teşekkür ediyorum.

İki hususta Sayın Ozan Ergül Hocaya yöneltiyorum; öneridir bunlar.

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) -Sayın çok değerli

katılımcı, soru sahibi değerli konuğumuz; genel bir açıklama yapmam için müsaade edin. Tabii ki bir tebliğ niteliğinde olmamasını rica ediyoruz. Sorular sorulması gerekiyor ki, bir tartışma, bir aydınlanma ortamı yaratalım. Siz başlamadan bu açıklamayı yapayım da, sonra bir yanlış anlama olmasın diye sözünüzü kestim, kusura bakmayın.

Buyurun efendim.

Aydın AYDIN- Çok kısa iki soru, ama iki öneriyle birlikte değerlendirilsin. Birincisi, "Temsilde adalet, yönetimde istikrar" ilkesi benimsenmiş. 2003'teki Siirt seçimi çok ilginç. Buradan şuraya geleceğim: Teknolojik yenilik ortamında, artık yüzde 10 rotasyon sistemi işletilebilir mi? Siirt seçimiyle irtibatlı olsun diye bunu söylüyorum.

İkincisi, tek parti iktidarı olsa da, AK Parti için kapatılma korkusu var. Şunu öneriyorum: Siyasal partilerin kapatılması rasgele olmamalı, demokratik değil. İşte bu korkuyu yok edebilmenin yolu da dokunulmazlıkların kaldırılmasıdır. Sayın tebliğ sunan Hocamız, dokunulmazlık konusunda ilginç rakamlar verdi, o nedenle bunu yöneltiyorum. Dokunulmazlık konusunda, yani uzun vadeli değil, hemen, seçmenin inisiyatifinde 5 yıl değil, her yıl seçmenin hesap sorabilme şansı ancak böyle olur.

Teşekkür ederim.

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) -Teşekkür ederim.

Buyurun.

Yrd. Doç. Dr. Ozan ERGÜL- Ben birinci sorunuzu öneri olarak alayım. Yalnız, partilerin kapatılması korkusuyla dokunulmazlıklar arasındaki bağlantıyı anlayamadım. Parti kapatma konusunda değerli hocalarım da ve meslektaşlarım da burada açıklamada bulundular. Türkiye bugün karşılaştırmalı literatürde de, kendi doktrinimizde de açık bir biçimde militan demokrasi modeline uyan bir yapıya sahip ülkeler arasında gösteriliyor, bu şüphesiz.

TARTIŞMA

Militan demokrasi dediğimizde ne anlıyoruz? Militan demokrasi -ki doktrinde yine haklı olarak "militan demokrasi" yerine *"mücadeleci demokrasi"* tabirinin kullanılması da önerilmektedir- şu: Demokrasi, demokratik araçlar yoluyla kendisinin tahrip edilmesine müsaade etmemelidir, yani naif, saf olmamalıdır demokrasi. Parti kapatma da bu anlayışın bir ürünüdür, çünkü siyasi partiler, demokratik süreçleri kullanmak suretiyle iktidarı ele geçirip, daha sonra demokratik süreçleri ortadan kaldırabilirler. Yani, bir kez köprüyü geçtikten sonra, köprüyü kesip atma yoluna gidebilirler. İşte militan demokrasi, bunu önlemeye yönelik olarak parti kapatmayı bir araç olarak öngörmüştür.

Ancak, militan demokrasi ya da mücadeleci demokrasi anlayışı, sadece parti kapatmayla da ilgili değildir. Bizim kamuoyumuzda genellikle militan demokrasi, mücadeleci demokrasi, eşittir parti kapatma gibi anlaşılıyor, ama özellikle 2000'li yıllarla birlikte, 11 Eylül saldırılarından sonra Batı dünyasında gündeme gelen "Hukuk devleti içinde terörle mücadele, özgürlük ve terör ikilemi içinde nasıl terörle mücadele edilir?" noktasında temel hak ve özgürlüklere ilişkin pek çok yeni yaklaşımlar ve uygulamalar gündeme geldi. Bu türden terörle mücadele adına girişilen, örneğin Fransa'da parti kapatılmıyor, ama çok sayıda dernek kapatılıyor. İlla parti kapatmak gerekmiyor mücadeleci demokrasi olarak sayılmak için. Temel hak ve özgürlükler, kolektif haklar açısından söylenen tarzda bir naiflik içermeyen, bunun aksine, mücadeleyi tercih eden demokrasi modeline mücadeleci demokrasi deniliyor.

Ülkemizde bu konuda tabii ciddi sıkıntılar var, Serap Hocam ve dün Ergun Hocam bunlara değindiler. Türkiye'de özellikle toplumu rahatsız edecek bile olsa, terör ve şiddet içermemek ve Refah Partisi/Türkiye kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin belirttiği gibi, terör ve şiddet içermese bile, demokratik temel ilkelerle uyuşmazlık içinde olmamak kaydıyla farklı görüşlere açık olmamız gerekir ve bu anlamda anayasamızdaki ve Siyasi Partiler Yasamızdaki belki rejimi bir gözden geçirmemiz gerekecektir. Dediğim gibi, hocalarımız bunlara değindi zaten.

Dokunulmazlıkların kaldırılması konusunda, dokunulmazlıkların kaldırılmasından ziyade, belki bu mekanizmanın gözden geçirilmesi ve kolaylaştırılması gerektiğini söyleyebiliriz. Tamamen dokunulmazlığın kaldırılması biçiminde değil belki, ama dokunulmazlıkların bugün Türkiye'de uygulanma biçimi, milletvekilleri dokunulmazlığından söz ediyoruz tabii, tamamen bir imtiyaz haline gelmiştir ve kamuoyunu rencide eden bir yapıya ulaşmıştır. Biraz evvel verdiğim rakam da basında yer alan geçen haftaki rakamlardır, teyit edilmiş rakamlardır, çünkü parti genel başkan yardımcıları çıkıp bunu söylemişlerdir. Tabii ilginçtir, iktidar partisinin genel başkan yardımcısı çıkıp, oransal olarak bakıldığında, "Muhalefet milletvekillerinin daha fazla dosyası var" diye bir savunma yapmaktadır. Bu da bir savunma olarak kabul edilebilir mi, bilemiyorum, ama genel çerçeve hakkında bir fikir vermektedir sanırım.

Teşekkürler.

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - Teşekkür ederiz efendim.

Buyurun.

Halil İbrahim ÖNCÜ (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1. Sınıf Öğrencisi)- Öncelikle Sayın Serap Yazıcı'ya bir sorum olacak, hatta iki sorum olacak. Birincisi, cumhuriyet tarihi boyunca anayasalar ya tek partili dönemde ya da darbe dönemlerinde yapılmıştır. Bu anayasadaki hükümler, illa bir güç dayatmasıyla mı varlık kazanmaktadır? Bunun yanında, sivil kanadın anayasa yapma girişimine tepki gösterilmesinin altında da bu neden mi yatmaktadır?

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - İki tana soru soracaksanız, bir birinci sorunun cevabını alalım.

Buyurun Hocam.

Prof. Dr. Serap YAZICI- Anladığım kadarıyla cumhuriyet dönemine hâkim olan anayasa yapımı yöntemlerini eleştiriyorsunuz. Bunu ben de eleştiriyorum. Gerçekten cumhuriyet dö-

TARTIŞMA

nemi boyunca kabul edilen anayasalarımızın hiçbiri demokratik yöntemlerle kabul edilmemiştir. 1924 Anayasası, ironik bir biçimde belki de diğerleriyle kıyaslandığında, en demokratik yöntemlerle yapıldığı izlenimini veren anayasadır, ama o da şüphelidir. Çünkü, 2. Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından hazırlanmıştır, bu meclise tek bir parti hâkimdir. Üstelik bu meclisin seçimlerinin yapılmasından önce tek parti, kendi içindeki muhalif unsurları tasfiye etmiştir, yani yekpare bir yapı söz konusudur. Tabii yine bir başka unsur da 2. Türkiye Büyük Millet Meclisinde kadınlar temsil edilmemektedir, henüz seçme ve seçilme hakkı kadınlara tanınmış değildir.

Diğer iki anayasamız zaten malum, askeri müdahaleleri takiben hazırlanmıştır. Her iki anayasanın yapımı sürecine de genel oy ilkesi hâkim olmamıştır. Her iki anayasanın yapımı sürecinde de müdahaleyi gerçekleştiren askeri liderler rol almıştır. Tabii bu iki anayasayı mukayese edersek, 1961 Anayasasının hazırlandığı Kurucu Mecliste, Temsilciler Meclisi kanadında görece daha geniş bir yelpazenin mevcut olduğunu söyleyebiliriz, ama yine genel oy ilkesi mevcut değildir. Çünkü, iki siyasi partinin temsilcileri vardır, ama bunlar halk tarafından seçilmiş kişiler değildir. Zaten bu meclis, Demokrat Partiye tümüyle kapatılmıştır, meslek temsilcileri yer almaktadır bu mecliste.

Diğerine gelince, zaten daha vahim bir tablo söz konusu. Danışma Meclisi kanadı, tamamen partisiz bir kanattır. Bu meclisin toplam 160 üyesinin tümünü Milli Güvenlik Konseyi üyeleri belirlemiştir, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak. Üstelik daha da vahimi, Milli Güvenlik Konseyi, anayasa yapımı sürecinde son söz sahibidir, Danışma Meclisinin hazırladığı taslakla bağlı değildir. Neticede 1982 Anayasası, 5 generalin iradesinin eseri olarak yürürlük bulmuştur ve bu anayasa, halkoylamasına sunulduğunda da serbest bir tartışma ortamı olmamıştır. Bu anayasanın halkoylamasına sunulması aşamasında da çeşitli yasaklar mevcuttur. Bir kez zaten Konsey yönetimi döneminde sivil ve siyasal haklar askıya alınmıştır. Konsey yönetimi, yayınladığı 70 ve 71 sayılı kararlarıyla anaya-

sanın serbestçe tartışılmasını yasaklamıştır. Bu kararlara göre, anayasayla ilgili ancak olumlu görüşler beyan edilebilecektir ve anayasayı halka tanıtma yetkisi münhasıran Kenan Evren'e verilmiştir. Nitekim Sayın Evren, Türkiye'yi dolaşmak suretiyle anayasayı kamuoyuna tanıtmıştır ve neticede çok yüksek bir "evet" oyu çıkmıştır.

Tabii hemen soru sahibine cevap verelim: Bu yüzde 92 oy, elbette kamuoyunun anayasanın içeriğinden memnuniyetini ifade etmemektedir. Tam aksine, ayrıntısıyla düşünülürse, kamuoyunun bir an önce askeri yönetimden kurtulmak arzusunun eseri olarak görülebilir. Nitekim Kenan Evren, anılarında da açık olarak beyan etmektedir; anayasanın halkoylamasına sunulduğunda, "evet" oylarının yüksek olacağına kanilerdir, çünkü bunun aksi, askeri yönetimin uzun bir süre için devamı anlamına gelecektir ve Sayın Evren şunu demektedir: *"O takdirde zaten yapacak bir şey yok, biz de yönetimde kalmaya devam ederiz."*

Sayın Bülent Ulusu da kendisine yöneltilen bir soru karşısında aynı şeyleri söylemiştir: *"Bu halk, bu anayasayı kabul etmeye mecburdur, çünkü eğer 'hayır' diyecek olursa, bundan şu sonuç çıkar: Askeri yönetimden halk çok memnundur, demokrasiye geçmek istememektedir."* Benzer sözlere Anayasa Komisyonu Başkanı Orhan Aldıkaçtı da yer vermiştir, dolayısıyla uzatmayalım.

Ayrıca tabii şöyle bir durum söz konusudur: Bu anayasayı demokratik kılmanın en etkin yöntemi, bir an önce sivil yönetime geçmek olacaktır. Dolayısıyla, sivil yönetime geçiş, anayasanın demokratikleşmesinin bir aracıdır, kamuoyu bu sebeple de "evet" oyu vermiştir. Nihayet Sayın Kenan Evren'in Cumhurbaşkanlığına adaylığı ile anayasanın halkoylamasına sunulmasında tek bir oy pusulasının kullanılması da yine "evet" oylarını teşvik eden bir faktördür.

Dolayısıyla, bugüne kadar kabul edilen anayasalarımız, yapımı süreci yönünden değerlendirildiğinde, -kanıtları artırabiliriz, ama süre sorunumuz var- demokratik değildir. Tabii bir

 anayasanın yapımı süreci demokratik olmayınca, onun içeriğinin demokratik olma şansı da zayıflamaktadır.

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - Peki, çok teşekkür ederiz. Ben Serap Hocama iki küçük soru soracağım, düşüncelerini istiyorum.

Birincisi, bugün Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda her ne kadar Türkiye'de adalet bakanının bulunması pek çok açıdan eleştiriliyor olsa da, hesap sorulabilirlik açısından yargı organının idaresinin siyasi sorumluluğunun bir kişiye yükletilmesi gerekecekse, bunun yürütme organının bir parçası olması gerektiği kanaatindeyim. Yani, hesap sorulabilir birinin olması açısından her halükârda yürütme organının bir üyesinin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu gibi bir kurulda bulunmasının gerektiği kanaatinde mi? Bu birincisi.

İkincisi de, bugün Türkiye'de Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kararları yargı denetimine açılsaydı, ancak yapısında hiçbir değişiklik olmadan, idari bir kurul olması dolayısıyla bu kararların Danıştayda denetlenecek olduğunu düşünürsek, kendilerini atayan hâkimleri denetleyecek olan Danıştayın gerçekten bu işlevi yerine getirebilecek olduğunu düşünüyor mu?

Teşekkürler.

Prof. Dr. Serap YAZICI- Teşekkür ederim.

Önce ilk soruya cevap verelim. Tabii Türkiye'de bazı meseleler şablonlarla düşünülüyor. Bunlardan biri de Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu içinde adalet bakanının yer almasının bu kurulu yürütmeyle ilişkilendirdiği ve yargının bağımsızlığını zedelediği yolunda.

Adalet bakanının bu kurulda olması, sizin de işaret ettiğiniz gibi, parlamenter bir sistemin gereği olarak, adalet hizmetlerinden dolayı parlamentoya karşı sorumlu olacak kişinin bu kurulda yer alması, gerçekten bu hizmetlerin yürütülmesi bakımından fayda yaratabilir. Nitekim çok değerli bir meslektaşımız, Prof. Kemal Gözler bu görüşü savunmaktadır. Ancak,

tabii bu faydanın yanında, adalet bakanının kurulda yer almasının yol açabileceği sakıncaları da bertaraf etmek gerekir. Nedir bu sakınca? En çok karşımıza çıkan problem, daha doğrusu en sakıncalı olması muhtemel problem, disiplinle ilgili kararlarda Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda adalet bakanının oy hakkının olup olmaması meselesidir. Dolayısıyla, adalet bakanı bu kurulda muhafaza edilse dahi, hâkim ve savcıların disiplin soruşturmasıyla ilgili kararlar verildiği sırada oy hakkının olmaması gerektiği, herhalde yargının bağımsızlığı gereğince isabetli bir yöntem olacaktır.

Öte yandan, bu konuda bir rapora da referans vermek istiyorum. Venedik Komisyonu, konuşmamda bahsettiğim 2007 tarihli raporunda, yürütme organıyla Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu benzeri organların ilişkilerini incelerken, bu organlar içinde devlet başkanının veya adalet bakanının yer almasının da nasıl problemlere yol açabileceğini analiz etmiştir ve sadece Türkiye'yle ilgili açıklamalarına yer vereceğim; adalet bakanının bu kurulda yer almasını ciddi sorun doğurucu bir problem olarak görmemektedir ve kurulda varlığının devamında bir sıkıntı olmadığına işaret etmiştir. Eğer kurulun üye sayısı da artırılacak olursa, o sayı içinde adalet bakanının pozisyonunun problem yaratacağı kanısında değilim.

Gelelim ikinci sorunuza: Evet, HSYK'nın yeniden yapılandırılması tek boyutlu bir mesele değildir, çok boyutlu olarak ele alınması gerekir. Bugünkü yapısı muhafaza edilerek, sadece kararlarına karşı yargı denetimi yolu açılırsa, bundan çok faydalı bir sonucun doğacağı kanısında değilim. Çünkü, mesleki kooptasyon ilişkisi, gerçekten Danıştayın Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları üzerinde ne yönde karar verebileceği konusunda bize bir ipucu sunmaktadır. Üstelik bundan daha da önemlisi, Türkiye'de hukuk devleti kültürünün yerleşmesinde önemli bir problem vardır. Bunlardan biri de yargı denetiminin yerindelik denetimine dönüşmesidir. Bunu hem idari yargı alanında görüyoruz, hem anayasa yargısı alanında görüyoruz. Her iki yargı organı da kendi denetimine tabi olan konularda karar verirken, maalesef bu kuralları koyan makamlar gibi davranmaktadır.

TARTIŞMA

Bakınız, Anayasanın 125. maddesi, idari yargıyla ilgili yetki sınırını tayin ederken şu ifadeye yer veriyor: *"İdari yargı, idari işlem yerine geçecek biçimde karar ihdas etmemelidir."* Oysa bu kamu hukukunun bilinen bir kuralıdır, ama anayasa koyucu, bu hükme yer vermek gereğini duymuştur ve buna rağmen Danıştay, idari işlem niteliğinde karar verebilmektedir. Aynı konu anayasa yargısı alanında da gözümüze çarpıyor.

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - Teşekkür ederim.

Buyurun.

Atalay ERSAN (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencisi)- Benim sorum Sayın Prof. Dr. Serap Yazıcı'ya olacak. Az önceki soruya paralel bir soru, yargı bağımsızlığıyla ilgili. Ben kendisinden bir ütopya kurmasını istiyorum, yargının tam anlamıyla bağımsız olduğu bir Türkiye hayal etse, bu nasıl olurdu? Maddeler halinde ve somut olarak kendisinin görüşlerini almak istiyorum. Yargı bağımsızlığının yüzdeyüz gerçekleştiği, kurumların birbiriyle çatışması olmadığı, hukuk devletinin tam anlamıyla gerçekleştiği bir Türkiye hayal etse, bu nasıl bir Türkiye olurdu?

Teşekkürler.

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - Buyurun.

Prof. Dr. Serap YAZICI - Doğrusu benim bu konuda verecek bir sihirli formülüm yok. Tabii bu konuda pek çok unsur üzerinde durabiliriz, ama bu herhalde en az yarım saatlik bir tebliğ olur. Beni mazur görün, sonra dışarıda arzu ederseniz, bir başka zaman konuşuruz.

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - Teşekkür ederiz.

Buyurun.

Halil İbrahim ÖNCÜ- Bu soruyu Sayın Ece Göztepe'ye sormak istiyorum. Anayasa Mahkemesi, bildiğiniz gibi 1961'den sonra ortaya çıkmıştır. Bu durum 1950'ye kadar Anayasa Mah-

kemesi denetimine ihtiyaç duyulmadığı anlamına mı geliyor, yoksa 1950'den sonraki dönem mi ihtiyaç doğurdu Anayasa Mahkemesinin ortaya çıkmasına?

Doç. Dr. Ece GÖZTEPE- Yanlış anlamadıysam, 24 Anayasası döneminin ilkyarısıyla çok partili hayata geçildikten sonraki ikinci dönem arasındaki farkı soruyorsunuz. Bir defa anayasa mahkemelerinin bugün sabah meslektaşım Levent Gönenç de küresel anayasa hareketlerinden bahsederken değindi, anayasal fikirlerin ne zaman, hangi topraklara düştüğüne de bakmak gerekir. Anayasa yargısı fikri her ne kadar İkinci Dünya Savaşı öncesinde Kelsen'in fikir babalığıyla Avusturya'da kurulduysa da, aynı zamanda bir öncü niteliği taşıdıysa da, asıl anayasal toprağa düşme dönemi İkinci Dünya Savaşı sonrasında olmuştur ve bu da yine demin meslektaşım Ozan Ergül'ün söylediği gibi, demokrasilerin naif olmaması gerektiğinin acı bilinciyle gerçekleşmiştir. Ama, buna karşılık, 50 sonrasında muhalefet partilerinin bir anayasa yargısı kurma talepleri, o zamanlarda tabii ki olumlu bir fikre çarpmamıştır. Yani, bunu yine bütün dünyadaki anayasal gelişmeler çerçevesinde ele almak lazım. 50-60 arasındaki dönemde de Türkiye'deki muhalefetin acı deneyimlerine bağlayabiliriz.

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - Teşekkür ederiz.

Galiba az önce Prof. Thomashausen bir sual sormak istedi.

Buyurun.

Prof. Dr. Andre THOMASHAUSEN- Teşekkür ederim sayın başkan. Yalnızca Prof. Dr. Uygun'a kısa bir sorum olacak.

Bahsettiğiniz doğrultuda yeni temel haklar getirilmesi için herhangi bir teklif var mı? Aklımdan özellikle bu yeni Angola Anayasası'ndaki çok ilginç yeni bir hüküm geçiyor. Eski *Habeas corpus*'tan yola çıkarak *Habeas data* diye adlandırdıkları ve vatandaşa, kendisi hakkında toplanan ve elde tutulan herhangi bir bilginin açıklanmasını talep etme hakkı veren bir 69. madde var. Ayrıca ayrımcı amaçlarla her türlü bilgi toplanmasına

TARTIŞMA yasak getiriyor ve bilginin düzeltilmesi hakkı veriyor. Bu yüzden bu, dünyamızda olup bitenler açısından da bakıldığında, herhangi bir anayasal yenilenmede oldukça öncelikli bir konu olmalı gibi görünüyor.

Teşekkür ederim.

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - Buyurun efendim.

Prof. Dr. Oktay UYGUN- Soruyu umarım tam anlayabildim, bu kişisel verilerin korunmasıyla ilgili şeyden yola çıktı. *"Habeas corpus"*la bir bağlantı kurdu. Şu andaki anayasa değişikliklerini tabii göremedik, Pazartesi göreceğiz, anayasanın hangi maddeleri değişecek, Pazartesi kamuya açıklanacak. Ama, gazetelerden izlediğimiz kadarıyla bu konuya ilişkin bir düzenleme yok, yani mevcut anayasa değişiklikleri başka konularda olacak. Bu konu, iktidar partisinin daha önce bir bilim kuruluna hazırlattığı bir anayasa taslağında dile getirilmişti. O taslakta kişisel verilerin korunmasına ilişkin bağımsız bir madde vardı, iyi bir düzenlemeydi. Onun belki tek eksik olan tarafı şuydu: Kişisel verilerin kötüye kullanımının önlenebilmesi için, bu konuda bu verilerin nasıl kullanılacağını denetleyen bağımsız bir kurula yer vermek gerekir. Ama, o taslakta böyle bir şey yoktu, yani yine hükümetin denetiminde olacak bu veriler, o da kötüye kullanımını kolaylaştıran bir düzenleme olarak görülüyor.

Teşekkür ederim.

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - Teşekkür ederim. Buyurun.

Adem HACIAHMETOĞLU (Ankara Hukuk Fakültesi)- Öncelikle bütün hocalarımıza değerli bilgilerini bizimle paylaştığı için ve soru sorma fırsatı verdiğiniz için size teşekkür ederim.

Benim sorum Ece Göztepe Hocama olacak: Türban kararından bahsettiniz konuşmanız sırasında. Ben bu türban kararına ilişkin, onu odak alacak bir soru soracağım. Bu karar gündem-

deyken ve karar verdikten sonra yapılan tartışmalarda, Anayasa Mahkemesinin şekil yerine esastan incelediği konusunda bir tartışma vardı. Bunu odak alarak, bu söylemi odak alarak, Anayasa Mahkemesi böyle bir yetki aşımına girecek olursa, yani yasada belirtilen şekil yerine esastan incelemeye girecek olursa, bunu önlemeye yönelik en azından Cumhurbaşkanıyla Anayasa Mahkemesi arasında Amerika'da uygulanan sisteme benzer bir şekilde -gerçi orada senato ile başkan arasında, ama- isabetli bir yetki dağılımı yaparak bu soruna çözüm bulunabilir mi? Eğer bulunabilirse, bu isabetli yetki dağılımı nasıl olmalıdır?

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - Peki, teşekkür ederim.

Doç. Dr. Ece GÖZTEPE- Ben sorunuzu şöyle anlıyorum: "Anayasa Mahkemesi son sözü söylemesin, onun üzerinde tartışmalı addedilen konularda son sözü kim söylesin?" Bu noktada ilk sorulacak soru, tartışmalı konular ya da yetki aşımına kim karar verecek? Bu noktada bu yetkiyi Cumhurbaşkanına verirseniz, yargıyla yürütmeyi bir noktada birleştirmiş olacaksınız. Bu sebeple, konuşmamda da zannediyorum yeterince vurguladım, yapmamız gereken, bu türden herkesin tepkisini çektiğini düşünebileceğimiz, toplumun tamamen reddettiğini düşünebileceğimiz yüksek mahkeme kararlarıyla yaşamayı öğrenmek. Ama, bu, tabii ki mahkemenin kulaklarını topluma tıkamasının da meşru olduğu anlamına gelmiyor, bu interaktif bir süreç. Bu tepkilerin orta vadede mahkeme tarafından dikkate alınıp bu türden yetki aşımlarına girmemesini ummak durumundayız. Ama, bence bunun çözümü, kuvvetler ayrılığı ilkesini ve bir üst yargı makamının üzerine bir son sözü söyleyecek bir başka kuvveti koymak olmasa gerek. Sorun, burada demokrasi kültürüyle ve hukuk kültürüyle ilgili bir sorun, normatif olarak düzenlenmesi kanımca mümkün olmayan bir sorun. Kararı kim verecek; o sorunun yanıtını vermemiz mümkün değil.

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - Teşekkür ederiz.

Buyurun efendim.

TARTIŞMA

Engin SAYGIN (Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Çok fazla sorunun Serap Hocama gittiğinin farkındayım, ama izninizle kendisine ben bir soru soracağım. Kendisinin keyifle dinlediğim sunumunda, Türkiye'de kapatılan partilerin kapatılma nedenlerinin çok sayıda olduğunu ve bunların çok soyut olduğunu belirttiler. Ama, biz bu kapatılan 26 partiye baktığımızda, aslında bunları iki grup halinde görebiliriz, o kadar da çeşitli değiller. Onların bir grubunu laiklik karşıtı eylemlerin odağını oluşturan partiler, diğeri de etnik ve sınıf esasına dayalı politika yürütülen partiler. Bu da bize bence şunu gösteriyor: En azından toplumda mevcut anayasanın temel değerleriyle uzlaşı içinde olmayan bir kesim var. Yeni yapılan anayasada sizce toplumda yer alan bu kesimlerin uzlaşacağı bir metin ortaya çıkabilir mi?

Prof. Dr. Serap YAZICI- Bu sorunuz oldukça zor. Öncelikle içinde acaba şöyle bir varsayımı barındırıyor mu; ben emin olamadığım için size mukabil bir soru yönelteyim. Önce şuna cevap verelim: Acaba Anayasa Mahkemesinin bu iki grup parti üzerinde vermiş olduğu kapatma kararları gerekten hukuki ölçülere dayanıyor muydu, gerçekten laikliğin evrensel tanımına dayanıyor muydu ve etnik partilerle ilgili olarak da gerçekten hukukilik ölçüsü var mıydı ve Avrupa normlarına uygun muydu? Ben öyle olduğunu düşünmüyorum. Dolayısıyla, acaba asıl sorunumuz, yeni anayasada bu kavramları tanımlamak mı, yoksa bu kavramlara izafe ettiğimiz anlamlar üzerinde düşünmek mi? Bence Türkiye'nin sorunu ikincisi.

Parti kapatma müeyyidesi, Türkiye'de gerçekten demokrasiye yönelik ciddi tehditler olduğu için değil, sadece ideolojik varsayımlar çerçevesinde uygulanmaktadır ve bahsettiğiniz gibi de iki gruptaki siyasi parti sıklıkla bu müeyyideyle karşılaşmaktadır ve bu kararlar verilirken Avrupa standartları göz önünde bulundurulmamaktadır.

Mesela bir küçük noktaya işaret etmek istiyorum: Anayasamız, 90. maddesinde temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası antlaşmalara referansta bulunuyor. Dolayısıyla, bütün

yargı kuruluşları bakımından bu emredici bir kaide ve bunu Anayasa Mahkemesinin kararları bakımından değerlendirelim. Anayasa Mahkemesi, mesela Adalet ve Kalkınma Partisiyle ilgili verdiği kararda bu referansı göz ardı edebiliyor. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin özellikle ifade hürriyeti bağlamındaki içtihatlarını göz ardı edebiliyor. Ama, iş başka bir noktaya geldiğinde, DTP'nin kapatılması kararına geldiğinde, Batasuna kararına referans vererek, üstelik bu kararı kamuoyunda meşrulaştırmak için de sürekli olarak bu referansı vuruluyor. Demek ki uygulamalarımızda ciddi bir standart yok. O yüzden, sadece anayasa yapmanın, anayasa hükümleri yoluyla kuralları sınırlamanın yeterli olduğu kanısında değilim.

Ancak, bir noktayı çok önemsiyorum: Dava açma yetkisini sadece başsavcıya bırakmanın doğru olmadığı kanısındayım, çünkü tabloya bakarsanız, Sayın Cumhuriyet Başsavcısı dava açıyor ve davasında sadece aleyhteki delilleri öne sürüyor. Oysa ceza hukukunun bir genel prensibidir, aleyhteki ve lehteki deliller birlikte davada öne sürülür. Bu yargılamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu uygulandığı halde, lehteki deliller göz ardı edilebiliyor ve Anayasa Mahkemesi, otomatik olarak kapatma talebini kapatma müeyyidesiyle sonuçlandırıyor. Şu halde, öze ilişkin kurallar kadar usul kurallarının önemli olduğunu düşünüyorum ve mutlaka bu konunun dikkate alınması gerektiği kanısındayım.

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - Teşekkür ederiz.

Buyurun.

Haydar Kemal KURT- Öncelikle Barolar Birliğine böyle bir toplantıyı tertip ettiği için teşekkür ediyorum. Ben 22 yıl avukatlık yaptım İstanbul'da, şu anda milletvekiliyim, Anayasa Komisyonu üyesiyim, bu sıfatlarımla teşekkür ediyorum.

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - Biz de size gösterdiğiniz ilgi dolayısıyla teşekkür ederiz.

Buyurun.

TARTIŞMA

Haydar Kemal KURT- Ben teşekkürün dışında, Ozan Beye bir şey sormak istiyorum. Milletvekili olduğum için, diğer 549 milletvekili adına herhalde bunu sormak hakkım var. 586 dokunulmazlık dosyasından bahsettiler. Ben Dokunulmazlık Komisyonunda bulunmuş birisiyim, zaman zaman Anayasa Komisyonunda bu tür çalışmalar yapılıyor. Bu dokunulmazlık dosyalarının kaç tanesi insanların kişisel ahlakıyla, karakteriyle alakalıdır, kaç tanesi Siyasi Partiler Yasasından ya da seçim kanunlarından gelen hususlardır? Buradaki arkadaşlar, burada birçok öğrenci arkadaşımız var, genç arkadaşımız, bunlar yarın bizlerin olduğu yerlere talip arkadaşlarımız. Siyaset mesleği diye bir meslek olduğuna inanmıyorum, ama siyasetçi kimliği, korunması gereken bir kimlik. Ben hem avukatlık, hem siyasetçilik yapan birisi olarak, ikisi birbirine çok yakın konumlar.

Ben şöyle küçük bir soruyla sorumu da sormuş olayım: Bu 586 dokunulmazlık dosyası içerisinde bir partinin kapatılmasına sebep olacak şekilde yüz kızartıcı cürüm sayılan, toplumun ahlaki değerlerini bozucu bir suçlama var mıdır, yok mudur; 26 tane kapatma davasında değerlendirilmiş olan bir suç var mıdır, yok mudur?

Teşekkür ederim.

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - Pardon. Siz şu anda Anayasa Komisyonunda mısınız?

Haydar Kemal KURT- Evet.

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - O halde Sayın Hocam sorunuzu cevaplasın, ondan sonra ben yerinde sizi bulmuşken, ben bir soru soracağım size.

Teşekkür ederim.

Buyurun.

Yrd. Doç. Dr. Ozan ERGÜL- Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Öncelikle yüz kızartıcı suç, ahlaki açıdan eksiklik olarak kabul edilebilecek bir eyleme karşılık gelebilecek suç ve parti kapatma davalarında kapatma kararı verilmesine esas alınabilecek bir suç ayrımını ben tam açıkçası net bir şekilde yapamıyorum. Eğer Ceza Kanununda veya başka bir kanunda ceza normu olarak düzenlenmiş bir eylem tipine uygun eylem gerçekleştirilmişse suç vardır. Yüz kızartıcı suç kavramı, zaten son derece sübjektiftir. Dolayısıyla, burada milletvekillerinin dokunulmazlığının kaldırılması taleplerinin hangi suçtan dolayı olduğu açıkçası bence çok da önem arz etmiyor veya hangi suçlamayla ilgili olarak dokunulmazlıklarının kaldırılmasının talep edildiği bence çok önem arz etmiyor. Önemli olan, ortada böyle bir şey olması. Rakam çok yüksek olduğu için dikkat çekiyor, sanıyorum siz de bundan kişisel olarak bir rahatsızlığınız var.

Haydar Kemal KURT- Yok...

Yrd. Doç. Dr. Ozan ERGÜL- Ama, kaldırmıyorsunuz, dönem sonuna erteliyorsunuz. Yani, ben bu tasnifi yapmıyorum.

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - Ben kişisel olarak rahatsız olmadığınızı da öğrenmekle ayrıca daha memnun oldum. Bakın, biz her şeyi basından öğreniyoruz. Siz Meclisin içinde ve de Komisyonun içindesiniz. O zaman bu sorunun cevabını siz kendinizde daha iyi bulurdunuz diye düşünüyorum veyahut da bu değişikliklerin neler olduğunu da birinci ağız olarak sizin daha iyi bilmiş olacağınızı ümit ediyorum.

Buyurun.

Haydar Kemal KURT- Tabii ben burada tartışma yaratma maksadıyla sormadım. Sadece küçük bir ayrıntıyı hatırlatmak için söyledim.

Bakın, bugün Yargıtayda dosyası bekleyen, mahkemelerde dosyası bekleyen binlerce belediye başkanının davası vardır, senelerce bunlar bitmez. Bir milletvekilinin hakkında açılan davalar, dedim ki Seçim Kanunu... Mesela akşam güneş bat-

tıktan sonraya rastlayan, 5 dakika, 3 dakika, 3 saat, her neyse, bu şekilde dokunulmazlığın kaldırılması için gelen birçok dosya vardır.

Benim kastetmek istediğim şey şu: Meclisteki bütün milletvekilleri bu seçmen niteliğine haiz vatandaşlar tarafından seçildi. Ben hiçbirini savunma gibi bir durumum yok. Ben sadece bunu hatırlatmak istedim, başka bir şey değil.

Teşekkür ederim.

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - Biz de hatırlamış olduk, evet.

Yrd. Doç. Dr. Ozan ERGÜL- Sayın Vekilim; ben bu rakamı telaffuz ettikten sonra şu noktanın da altını vurguladım: Türkiye'de savcılar tarafından açılan kamu davalarının mahkûmiyetle sonuçlanma oranı son derece düşüktür. Dolayısıyla, bu suçlamaların önemli bir kısmından zaten bu istatistikleri uyguladığımız takdirde beraat çıkacağı, yargılanma olması halinde muhakkaktır. Çünkü, Türk yargı sisteminin işleyiş ve savcılarımızın dava açma tarzı ortada, ben bunu da vurguladım zaten. Ancak, ne olursa olsun, 586 rakamı çok dikkat çekiyor, onu söylemek istedim.

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - Teşekkür ederim.

Buyurun, sizinle kapatıyoruz artık, başka soru soracak kimse kalmadı.

Av. Turgay DEMİRCİ - Sayın Vekilin anlattıklarından anlaşılan o ki, yanlış anlamadıysam, dokunulmazlıkların kaldırılmasına taraf olmadığını söyledi. Bir siyasi iktidarın, ki parlamentodaki yeterlilik sayısıyla dokunulmazlıkları kaldırması gayet basitken ve Türkiye'nin demokratik gelişimi açısından da son derece yararlı olacakken, böyle bir siyasi anlayışın anayasa değişikliğinde, özellikle anayasa değişikliğinin temelini de yargıya ilişkin odaklandırması, yani yargı denetiminden kaçan bir anlayışın anayasa değişikliğiyle yargıyı başka bir şekle sokmasını nasıl buluyorsunuz? Ozan Beye ve Serap Ha-

nıma soruyorum. Serap Hanımın bu konuda oldukça değerli görüşleri var, paylaşmak istiyorum.

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - Buyurun Ozan Bey.

Yrd. Doç. Dr. Ozan ERGÜL - Tabii milletvekilleri hakkında çok yüksek sayıda dokunulmazlığın kaldırılması talebi, yani belli bir somut suçlama olması, onların anayasal çerçevede sahip oldukları yetkileri kullanamayacakları anlamına gelmez. Ama, ben sunuşum sırasında da şunu ifade etmeye çalıştım: Bir kere Mecliste oluşacak 2/3 veya 3/5 çoğunluk, parti disiplini açısından özellikle düşünüldüğü zaman, bir uzlaşma olarak tek başına değerlendirilemez. Nitekim ilk gün burada sunuş yapan değerli yabancı profesörlerimiz, Thomashausen, Prof. Sadurski, demokratik anayasa yapımı yöntemlerinden uzlaşmadan ne anlaşılması gerektiğini post-komünist dönemde bu süreci yaşayan ülkeleri ve Güney Afrika örneğini bize aktararak anlattılar.

Bunun yanında, ben bir noktaya daha vurgu yapmak istedim; o da liberal ahlaki etik anlamında ve hesap sorulabilirlik anlamında erdemlilik. Bunu da her vatandaşın tabii kendi bünyesinde sorgulamaya hakkı vardır. Ama, biraz evvel de söylediğim gibi, salt suçlama altında kalmak, anayasa çerçevesinde sahip olunan yetkilerin kullanılamaması sonucunu doğurmaz. Zira, bir mahkeme tarafından mahkûm edilene kadar herkes masum kabul edilmek durumundadır, ama biraz evvel söylediğim çerçevede bir sorgulama yapmamıza tabii engel değildir.

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - Peki, teşekkür ediyorum.

Buyurun Serap Hoca.

Prof. Dr. Serap YAZICI- Çok kısa cevap vereceğim, herkesin sabrı taştı.

Ben her vesileyle belirtiyorum, Türkiye'nin demokratikleşme sürecinde karşı karşıya olduğu sorunları çözebilesi için kısmi anayasa değişiklikleri yeterli değildir. Mutlaka Türkiye'nin

TARTIŞMA yeni bir anayasa yapma ihtiyacı vardır. Bu anayasanın da özgürlükçü, çoğulcu demokrasinin icaplarına uygun olması ve hukukun üstünlüğünü teminat altına alması gerekmektedir.

Yargıyla ilgili düşüncelerime gelince; bir noktada sanıyorum bir yanlış anlama var. Hiçbir biçimde, hiçbir yerde ve burada da ben yargı denetiminin siyasal iktidarın kontrolüne sunulacağı bir sistemi savunmadım. Tam aksine, her zamanki düşüncelerim şudur: Çoğulcu demokrasinin gerektirdiği gibi, hukukun üstünlüğüne dayanan bir anayasa düzeni ve yargı organının da kendi görevini sadece hukukun üstünlüğüyle sınırlı gördüğü bir sistemin kurulmasını arzu ediyorum. Yoksa, zaten eğer yargı sistemi siyasal iktidarın kontrolüne girecek olursa, bunun adı çoğulcu demokrasi olmaz, çoğunlukçu demokrasi olur. Herhalde konuşmamda bu demokrasi anlayışına karşı olduğumu da anlamışsınızdır. Benim amacım veya arzum diyelim, Türkiye'de çoğulcu bir demokrasinin kurulmasından yana.

Av. Berra BESLER (Oturum Başkanı) - Çok teşekkür ediyorum.

Değerli konuklar; iki gün boyunca anayasacılık, anayasa yapımı, anayasaların değiştirilmesi, anayasaların gelişimi ve Türkiye'de anayasal değişim beklentileri konusunda fevkalade doyurucu, öğretici, aydınlatıcı bilgiler edindik. Gerçekçi, ciddi ve seviyeli sorularınızla siz değerli katılımcılar, sempozyuma zenginlik kazandırdınız, bizleri mutlu ettiniz, onurlandırdınız. Hepinize sonsuz teşekkürlerimizi sunuyorum ve bir dahaki toplantılarda daha artan bir kalabalıkla katılımlarınızı bekliyoruz.

Çok teşekkür ederiz. Hepinize sağlıklı, mutlu, iyi günler diliyorum.

15 TL

Türkiye Barolar Birliği
Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad. Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06520 Balgat – ANKARA Tel: + 90 312 292 59 00