

TÜRK ANAYASA HUKUKU SİTESİ

(www.anayasa.gen.tr)

Kemal Gözler, “Aslı Kurucu İktidar - Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?”, *in* Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (Editörler), *Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler*, İstanbul, Metis Yayınları, 2012, s.45-61.

[\[www.anayasa.gen.tr/tbmm-yeni-anayasa.htm\]](http://www.anayasa.gen.tr/tbmm-yeni-anayasa.htm)

NOT: Bu makale Mayıs 2011'de yazılıp editöre gönderilmiştir. Konu güncel hale geldiği ve makalenin yayınlanacağı ortak çalışmanın yayınlanması geciktiği için, editörün izniyle bu makale ilk defa 22 Eylül 2011 tarihinde www.anayasa.gen.tr'de yayınlanmıştır. K.G.

Makalenin yayınlandığı kitaptaki sayfa numaraları aşağıda [s.XX] şeklinde gösterilmiştir.

[s.45]

ASLÎ KURUCU İKTİDAR - TALİ KURUCU İKTİDAR AYRIMI: TBMM YENİ BİR ANAYASA YAPABİLİR Mİ?

Kemal Gözler*

Pozitivist teoriye göre anayasa hukuku biliminin görevi, yeni bir anayasa yapmak değil, mevcut bir anayasanın normlarını açıklamaktır (Gözler 1999: 16, 162). Ne var ki Türk anayasa hukukçularının önemli bir kısmı, geçmişten bu yana, anayasa normlarını açıklamakla yetinmemiş, yeni anayasa normları kaleme almaya da teşebbüs etmişlerdir. Bu kötü gelenek çok eskilere gider. Ama buna örnek bulmak için sadece son yirmi yılı hatırlamak yeterlidir. 1990'dan beri Türkiye'de kim bilir kaç yeni anayasa taslağı hazırlanmıştır. Şu an, ülkemizde 40 yaşın üzerinde olup, bir anayasa taslağı çalışmasına katılmamış bir anayasa hukukçusu bulmak oldukça zordur.

Türk anayasa hukukçuları arasında yeni anayasa taslağı hazırlama konusunda bunca hevese rağmen, anayasaların yapılması ve değiştirilmesi konusunda yapılmış çalışma sayısı fevkalade azdır. Anayasaların yapılması ve değiştirilmesiyle ilgili teorik sorunlar üzerinde pek durulmamıştır.

* Prof. Dr. Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi (kgozler[at]hotmail.com).

Bilindiği gibi içinde bulunduğumuz sene içinde de yeni anayasa tartışmaları gündemdedir. 12 Haziran 2011 seçimlerinden sonra yeni bir anayasa yapma işinin gündeme geleceği söylenmektedir.

Türkiye’de 1982 Anayasasında değişiklik yapmak yerine, yeni bir anayasa yapmak isteyenlerin öncelikle şu soruya cevap vermeleri gerekir: *TBMM yeni bir anayasa yapabilir mi?* İşte bu soru, bu yazının konusunu oluşturmaktadır.

Bu soruya cevap vermeden önce, *anayasaların yapılması ve değiştirilmesi* konusunda bazı teorik bilgiler verelim. Önce anayasa hukukunun [s.46] genel teorisinde anayasaların yapılması ve değiştirilmesi konusunun “kurucu iktidar (*pouvoir constituant*)” başlığı altında incelendiğini hatırlatalım.

Kurucu iktidar, çok kısa olarak, anayasa yapma ve değiştirme iktidarı olarak tanımlanmaktadır (Gözler 2011: 316).

Aslı Kurucu İktidar - Tali Kurucu İktidar Ayrımı

Yukarıdaki tanımın, daha ilk bakışta iki ayrı unsurdan oluştuğu görülmektedir. Bu unsurlardan birincisi “anayasayı yapma”, diğeri ise “anayasayı değiştirme”dir. Buradan, kurucu iktidarın, “aslî kurucu iktidar (*pouvoir constituant originaire*)” ve “tali kurucu iktidar (*pouvoir constituant dérivé*)” şeklindeki ikili ayrımı ortaya çıkmaktadır. Anlaşılacağı üzere, çok kabaca, aslî kurucu iktidar, yeni bir anayasa yapma, tali kurucu iktidar ise mevcut bir anayasada değişiklik yapma iktidarındır (Gözler 1998: 11). Her iki iktidarı da aşağıda ayrıca inceleyeceğiz.

Kurucu İktidar - Kurulmuş İktidarlar Ayrımı

Yukarıda belirttiğimiz gibi, kendisine kurucu iktidar dediğimiz *anayasayı kuran* bir iktidar vardır. Ancak bu iktidarın yanında *anayasa tarafından kurulan* iktidarlar da vardır. Anayasa tarafından kurulan yasama, yürütme ve yargı gibi olağan devlet iktidarlarını, bunların dışında bulunan, onlardan üstün olan ve onları kuran kurucu iktidardan ayırmak gerekir. Böylece “kurucu iktidar (*pouvoir constituant*)” ile “kurulmuş iktidarlar (*pouvoirs constitués*)” arasında bir ayrım yapılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır (Gözler 2011: 316). Burada önemle belirtelim ki, ayrıntılarını aşağıda ayrıca göreceğimiz gibi, tali kurucu iktidar da bir “kurulmuş iktidar”dır; yani bu iktidarın oluşumu ve çalışma usûlü aslî kurucu iktidar tarafından anayasa ile belirlenmiştir. Açıkçası tali kurucu iktidar, yani anayasayı değiştirme iktidarı, aslî kurucu iktidar tarafından *kurulmuş* bir iktidardır.

Şimdi aslî kurucu iktidarı ve tali kurucu iktidarı biraz daha yakından görelim:

Aslı Kurucu İktidar

Aslı kurucu iktidar, hukuk-dışı bir iktidardır. Diğer bir ifadeyle, bu iktidar, “hukuk boşluğu (*vide juridique, legal vacuum*)” ortamında belirir. [s.47] Bir hukuk boşluğu ise ya *baştan itibaren vardır*; ya da *sonradan yaratılmıştır*.

Baştan itibaren mevcut hukuk boşluğu ortamında beliren aslî kurucu iktidar yepyeni bir anayasa yapar. Aslî kurucu iktidarın yeni yaptığı anayasadan önce gelen bir anayasa yoktur. Bu durumda aslî kurucu iktidar, yeni bir anayasa yapmak için eski bir anayasayı yıkmamış, zaten mevcut olan hukuk boşluğundan yararlanmıştır. Bu halde aslî kurucu iktidarın yaptığı anayasa devletin ilk anayasasıdır. Bu tür hukuk boşluğu, sömürgelerin bağımsızlığa kavuşması, bağımsız devletlerin birleşmesi, bir devletin birden çok bağımsız devlete ayrılması gibi yeni bir devletin kurulması durumlarında ortaya çıkar (Gözler 2011: 317-320).

Sonradan yaratılmış hukuk boşluğu ortamında beliren aslî kurucu iktidar ise yeni bir anayasa yapmak, yeni bir hukuk düzeni kurmak için, önce mevcut anayasayı ortadan kaldırarak bir hukuk boşluğu yaratır; sonra, bu hukuk boşluğunu yeni bir anayasa yaparak doldurur. Bu halde yepyeni bir devlet kurulmamakta, mevcut devletin kuruluşu yenilenmektedir. Bu durumda yapılan anayasa devletin ilk anayasası değildir. Bu tür hukuk boşluğu, devrim, hükûmet darbesi, iç savaş gibi durumlardan sonra ortaya çıkar. Bu gibi durumlardan sonra ortaya çıkan asli kurucu iktidar, önce mevcut siyasal rejimi yıkar; "anayasayı ilga (*abrogation de constitution*)" eder; hukuk boşluğu yaratır. Sonra bu boşluğu yeni bir anayasa yaparak doldurur. Aslî kurucu iktidar, bu halde yepyeni bir devlet kurmaz; devletin kuruluşunu yeniler; siyasal rejimi değiştirir (Gözler 2011: 320).

Aslî kurucu iktidarın, "hukuk-dışılık" ve "sınırsızlık" olmak üzere başlıca iki özelliği vardır. Aslî kurucu iktidar, "hukuk-dışı (*extra-juridique; extra-legal*)" bir iktidardır (Gözler 1998: 53). Zira yukarıda belirtildiği gibi, bu iktidar, "hukuk boşluğu (*legal vacuum, vide juridique*)" ortamında çalışan bir iktidardır. Aslî kurucu iktidar, yeni bir anayasa yapmadan önce, varsa mevcut anayasayı ilga ederek hukuk boşluğu ortamı yaratır. Bu ortamda, aslî kurucu iktidarı bağlayacak bir hukuk kuralı yoktur. Bundan sonra aslî kurucu iktidar hiçbir hukuk kuralıyla bağlı olmaksızın, yeniden, sıfırdan (*ab initio*) bir anayasa yapar (Gözler 2011: 322).

Aslî kurucu iktidar, ikinci olarak *sınırsız* bir iktidardır. Zira hukuk-dışı niteliğini açıkladığımız yukarıdaki paragrafta belirttiğimiz gibi, bu iktidar devrim, hükûmet darbesi gibi olağanüstü durumlarda ortaya çıkmakta, mevcut rejimi devirmekte, anayasayı ilga etmektedir. Böyle bir iktidarı sınırlandırabilecek herhangi bir hukukî kural veya güç yoktur. Zaten [s.48] aslî kurucu iktidarı sınırlandıran bir hukukî güç veya kural varsa, bu durumda bu iktidar *aslî* kurucu iktidar olmanın tanımı gereği çıkar. Aslî kurucu iktidar, en üstün, sınırsız iktidar demektir (Gözler 1998: 56-59).

Tali Kurucu İktidar

Tali kurucu iktidar, bir anayasayı yine o anayasada öngörölmüş usûllerle değiştirme iktidarındır (Gözler 2011: 335). Tali kurucu iktidarın sahibinin kim olduğu, diğer bir ifadeyle anayasayı değiştirme yetkisinin hangi organa ait olduğu yine anayasalarda belirtilmektedir. Değiştirme yetkisini anayasalar, kendi kurduğu organlardan birine, örneğin belirli şartlar altında yasama organına vermektedirler.

Bu şu anlama gelmektedir ki, yukarıda da belirtildiği gibi, tali kurucu iktidar, anayasa tarafından kurulmuş bir iktidardır.

Tali kurucu iktidarın başlıca özellikleri şunlardır: (1) Tali kurucu iktidar *hukukî* nitelikte bir iktidardır. Tali kurucu iktidarın kim tarafından hangi usûller dâhilinde kullanılacağına tespit eden hukuk kuralları vardır ki, bu kurallar bizzat anayasa tarafından konulmuşlardır. (2) Tali kurucu iktidar *sınırlı* bir iktidardır. Tali kurucu iktidar bizzat anayasa tarafından düzenlendiğine göre, bu iktidarın yine anayasa tarafından sınırlandırılması her zaman mümkündür. Gerçekten de anayasalara bakıldığında, anayasaların tali kurucu iktidar için birtakım, biçimsel, içeriksel ve zamansal sınırlar belirledikleri görülmektedir (Gözler 2011: 340-356).

Tali kurucu iktidarın biçimleri, diğer ifadeyle anayasayı değiştirme usûlleri, anayasaların kendisi tarafından belirlenmektedir. Yani kural olarak her anayasa, kendisinin değiştiriliş usûlünü yine kendisi belirlemektedir (Gözler 2011: 346-356).

Aslî Kurucu İktidar – Tali Kurucu İktidar Ayrımı Ne Anlama Geliyor?

Yukarıda açıkladığımız gibi kurucu iktidar, aslî kurucu iktidar ve tali kurucu iktidar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yeni bir anayasa yapma işi aslî kurucu iktidar, mevcut bir anayasada değişiklik yapma işi de tali kurucu iktidarın yetkisindedir. Diğer bir ifadeyle, yeni bir anayasa yapma işi, tali kurucu iktidarın değil, aslî kurucu iktidarın işidir. [s.49] Aslî kurucu iktidar ile tali kurucu iktidar arasındaki ayrımın anlamı budur. Eğer tali kurucu iktidar da yeni bir anayasa yapabilecekse, aslî kurucu iktidar-tali kurucu iktidar şeklinde ayrımın bir anlamı kalmaz.

Tali kurucu iktidarın yeni bir anayasa yapamaması bizatihi bu iktidarın anayasal statüsünden çıkan bir mantıkî sonuçtur. Yukarıda açıkladığımız gibi, tali kurucu iktidar, mevcut bir anayasada, yine o anayasanın öngördüğü organ tarafından ve yine o anayasanın öngördüğü usûle uyarak değişiklik yapma iktidarındır. Yani tali kurucu iktidarın temelinde bir anayasa bulunur; bu iktidar bir anayasadan kaynaklanır. Tali kurucu iktidar kendi temeli olan anayasayı nasıl olup da yok edecektir? Kendisinden çıktığı kaynağı nasıl olup da kurutacaktır?

Sonuç olarak tali kurucu iktidarın yeni bir anayasa yapamayacağını, sadece mevcut bir anayasada, yine o anayasanın öngördüğü usûle uyarak değişiklik yapabileceğini söyleyebiliriz.

Uzun lafın kısıması, tali kurucu iktidar, anayasa tarafından kurulmuş bir iktidar olarak anayasayı ilga edip, yerine yeni bir anayasa yapamaz.

Dolayısıyla mevcut bir anayasa tali kurucu iktidar tarafından yürürlükten kaldırılıp yerine yenisi yapılamaz. O halde geriye yeni bir anayasa yapmak için, anayasayı yapan aslî kurucu iktidarın devreye girmesinden başka bir şey kalmıyor. Peki ama aslî kurucu iktidar devamlı bir iktidar mıdır ki, kendisine ihtiyaç duyulan her durumda ortaya çıksın ve yeni bir anayasa yapsın. Şimdi bu sorunu inceleyelim:

Aslı Kurucu İktidar Devamlı Bir İktidar mıdır?¹

1789 Fransız İhtilali döneminde Emmanuel Sieyès tarafından savunulmuş bir görüşe göre aslı kurucu iktidar devamlı bir iktidardır. Anayasada değişiklik yapma ihtiyacı ortaya çıktığı her defasında aslı kurucu iktidar ortaya çıkar ve anayasada değişiklik yapar. Aslı kurucu iktidar, bu değişikliği yaparken de, anayasanın anayasa değişikliği için öngördüğü usûllere uymak zorunda değildir. Sieyès'e göre milletin kurucu iktidarı bütün hukukî şekillerden bağıstır. Millet egemendir. Bir anayasa, kurulmuş iktidarı bağlar; ama kendisinin çıktığı milleti bağlayamaz. Millet, anayasayı, anayasanın öngördüğü usûllerle bağlı olmaksızın [s.50] değiştirme hakkına sahiptir (Sieyès 1970: 181-183).

Aslı kurucu iktidarın devamlılığı tezi savunulması oldukça zor bir tezdır. Bu tezin, istikrarlı bir hukuk düzeniyle uzlaştırılması mümkün değildir. Aslı kurucu iktidarın istediği her zaman ortaya çıkıp, anayasayı anayasanın öngördüğü usûller dışında istediği gibi değiştirmesi, kronik devrim durumuna, anayasal düzende anarşiye yol açar (Burdeau 1930: 38, 44; Burdeau 1983: 1919). Böyle bir tez kabul edilemez. Zaten anayasalar da, ilk anayasadan itibaren, kendi değiştirilişleri için bir değiştirme iktidarı kurarak, aslı kurucu iktidarın devamlılığı tezini reddetmişlerdir.

Bir anayasanın kendi kurduğu anayasal düzende anayasayı değiştirme usûlünü öngörmesi ve bu amaçla bu yetkiyi kendi kurduğu organlardan birine vermesi, anayasanın aslı kurucu iktidarın devamlılığı tezini reddettiği anlamına gelir. Aslı kurucu iktidarın devamlılığı tezi kabul edilirse, anayasanın üstünlüğü, bağlayıcılığı ve giderek barışçıl ve istikrarlı bir hukuk düzeni kavramları bütün varlığını yitirir.

Dolayısıyla aslı kurucu iktidar devamlı olmadığını, aslı kurucu iktidarın ortaya çıkıp bir kez anayasa yaptıktan sonra, kendi yaptığı anayasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte ortadan kalktığını; bundan sonra anayasada değişiklik yapma ihtiyacı ortaya çıkarsa, bu değişikliğin aslı kurucu iktidar tarafından değil, tali kurucu iktidar tarafından yapılması gerektiğini kabul etmek gerekir.

Şüphesiz yeni anayasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte bu anayasayı yapan aslı kurucu iktidarın sonsuza kadar yok olduğunu ve bir daha ortaya çıkmayacağını² veya anayasanın yürürlüğe girmesiyle aslı kurucu iktidarın tali kurucu iktidara dönüştüğünü³ söylemek de mümkün değildir. Aslı kurucu iktidarın mermisi tek atımlık bir mermi de değildir. Ne var ki aslı kurucu iktidar, yukarıda bahsettiğimiz hukuk boşluğu ortamında ortaya çıkıp yeni bir anayasa yaptıktan sonra, sonsuza kadar ortadan kaybolmasa da, uzunca bir süre için uykuya yatar. Bu uyku ne kadar uzun sürerse, aslı kurucu iktidarın kurduğu anayasal [s.51] düzenin o kadar

1. Bu sorun Fransız anayasa hukuku doktrinde "permanence du pouvoir constituant originaire" başlığı altında incelenir. Bu konu hakkında daha fazla bilgi için bkz.: Gözler 1997: 57-84.
2. Fransız doktrinde bu teze "aslı kurucu iktidarın yok olması tezi (these de la disparition du pouvoir constituant originaire)" tezi denmektedir. Bu tezin açıklanması ve eleştirisi için bkz.: Gözler 1997: 69-69-75, 79-81.
3. Fransız doktrinde bu teze "aslı kurucu iktidarın kurulmuş kurucu iktidara dönüşmesi (these de la disparition de la transformation du pouvoir constituant originaire en pouvoir constituant institue)" tezi denmektedir. Bu tezin açıklanması ve eleştirisi için bkz.: Gözler 1997: 69-69-75, 79-81.

sağlam olduğu söylenebilir. Örneğin ABD aslî kurucu iktidarı 1787'de yeni bir anayasa yaptıktan sonra uykuya yatmış ve 230 küsur yıldır da uyumaya devam etmektedir. Türkiye'de 1982 Anayasasını yapan aslî kurucu iktidar, 2011 yılı itibarıyla 29 yıldır uykudadır. Ama aslî kurucu iktidarın bir gün uyanmayacağını kimse garanti edemez. Ancak aslî kurucu iktidarın uyanması için yukarıda gördüğümüz gibi hukuk boşluğu ortamı denen bir ortamın oluşması gerekir.

Kanımızca aslî kurucu iktidar, yeni bir anayasa yaptıktan sonra ortadan çekilir veya uykuya yatar. Artık yeni bir hukuk boşluğu ortamı olmadıkça da uykudan uyanmaz; dolayısıyla söz konusu anayasada değişiklik yapma ihtiyacı doğarsa, bunu yapma görev ve yetkisi bu anayasa tarafından kurulmuş olan tali kurucu iktidara aittir.

Zaten aynı anda birbirine alternatif iki iktidarın bir arada çalışması da düşünülemez. Hem aslî kurucu iktidar, hem de tali kurucu iktidar aynı anda faaliyette olamaz. Aslî kurucu iktidar faaliyette ise tali kurucu iktidar faaliyette değildir. Tali kurucu iktidarın faaliyette olabilmesi için ise aslî kurucu iktidarın faaliyetten çekilmiş olması gerekir.

Burada şunu da belirtelim ki, aslî kurucu iktidarın devamlı olmaması ile tali kurucu iktidarın mevcut bir anayasanın bütününde değişiklik yapıp yapamayacağı sorunu iki ayrı sorundur. Tali kurucu iktidar, değiştirilmesi yasak maddeler dışında anayasanın geriye kalan maddelerini, eğer anayasada değiştirilmesi yasaklanmış madde yoksa, anayasanın bütün maddelerini değiştirebilir. Ancak bu şekilde anayasanın bütün maddelerini değiştiren tali kurucu iktidar, aslî kurucu iktidar haline gelmez; tali kurucu iktidar olarak kalmaya devam eder. Çünkü ortaya hukuk boşluğu çıkmamıştır; anayasanın bütün maddeleri, yine o anayasanın öngördüğü usûlle değiştirilmiştir.

Bu teorik açıklamalardan sonra şimdi Türkiye'de yeni bir anayasa yapma tartışmalarına, TBMM'nin yeni bir anayasa yapıp yapamayacağı sorununa gelelim.

Türkiye'de TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?

Öncelikle Türkiye'de anayasa değişikliği sürecinde TBMM'nin yetkisinin niteliğini, daha açıkçası TBMM'nin bir aslî kurucu iktidar mı, yoksa bir tali kurucu iktidar mı olduğunu tespit etmek gerekir. TBMM'nin anayasa değişikliği sürecindeki görev ve yetkisi, 1982 Anayasasının [s.52] 175'nci maddesiyle belirlenmiştir. Bu maddeye göre, Türkiye'de bir anayasa değişikliğinin gerçekleşebilmesi için, değişiklik teklifinin önce Türkiye Büyük Millet Meclisinin üye tamsayısının üçte iki veya beşte üç çoğunluğu ile kabul edilmesi sonra da değişikliğin Cumhurbaşkanı veya halk tarafından onaylanması gerekmektedir. Değişiklik teklifi TBMM üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla kabul edilmiş ise, bu değişikliği Cumhurbaşkanı onaylayabilmektedir. Ancak değişiklik TBMM üye tamsayısı beşte üç çoğunluğuyla kabul edilmiş ise, değişikliğin gerçekleşebilmesi için halkoylaması sunulması gerekmektedir. Halkoylaması sunulması durumunda anayasa değişikliği hakkında son sözü söyleme yetkisi, halka ait olmaktadır. Buna göre Türkiye'de

tali kurucu iktidarın, yani anayasayı değiştirme yetkisinin TBMM, Cumhurbaşkanı ve halk arasında paylaştırılmış olduğunu söyleyebiliriz.

Anayasa değişikliği sürecinde iradesini açıklayan bu organlar (TBMM, Cumhurbaşkanı ve halk), Türkiye’de bir aslî kurucu iktidar değil, *tali kurucu iktidar*dırlar. Zira bunlar, 1982 Anayasası tarafından kurulmuş ve yetkileri yine bu anayasa tarafından kendilerine verilmiştir. Birer kurulmuş organ olarak, kendilerini kuran anayasayı ilga etme ve yeni bir anayasa yapma yetkisine haliyle sahip olmazlar.

Burada “halk”ın Anayasa tarafından kurulmadığı, halkın egemen olduğu, aslî kurucu iktidara her zaman sahip olduğu yolunda düşünceler ileri sürülebilir; ancak bu düşüncelerin hukukî bir değeri yoktur. Kaldı ki, 1982 Anayasasının 175’nci maddesi çerçevesinde anayasa değişikliği usûlünde, halkoylaması yoluyla iradesini açıklayan organ, “halk” değil, referanduma gidip geçerli oy kullanan “seçmenler”dir. Seçmen kavramı ile halk kavramının aynı şey olmadığı ise aşikârdır. Dolayısıyla anayasa değişikliği sürecinde referandum yoluyla iradesini açıklayan seçmen topluluğu, bir aslî kurucu iktidar değil, tali kurucu iktidar, yani bir kurulmuş iktidardır. Kurulmuş bir iktidar olarak da yeni bir anayasa yapma yetkisine sahip değildir.

Türkiye’de TBMM’nin veya bir başka organın yeni bir anayasa yapabileceğini düşünenlerin, öncelikle, yürürlükte olan 1982 Anayasasının nasıl yürürlükten kaldırılacağını açıklamaları gerekir. Zira yeni bir anayasa yapmak için, yukarıda açıklandığı gibi, öncelikle yürürlükteki anayasayı ilga etmek gerekmektedir. 1982 Anayasası ise, tüm diğer anayasalar gibi, kendi ilga ediliş usûlünü öngörmemiş; sadece 175’nci maddesinde kendi değiştiriliş usûlünü öngörmüştür. Bir anayasa [s.53] ancak aslî kurucu iktidar tarafından ilga edilebilir. Aslî kurucu iktidarın ise ne olduğunu ve ancak hukuk boşluğu ortamında belirlediğini, bu ortamın ise devrim, hükûmet darbesi ve savaş gibi olağanüstü durumlarda ortaya çıktığını yukarıda gördük. Şu an itibarıyla Türkiye’de aslî kurucu iktidarı ortaya çıkaracak böyle bir durum yoktur.

TBMM, 1982 Anayasasını İlga Edilebilir veya “Anayasasızlaştırabilir” mi?

TBMM’nin yeni bir anayasa yapabilmesi için, aslında her şeyden önce, yürürlükte olan ve bağlayıcı olan 1982 Anayasasının “ilga” etmesi veya “anayasasızlaştırılması” gerekmektedir. Burada “anayasanın ilgası (*abrogation de constitution*)” ve “anayasasızlaştırma (*déconstitutionnalisation*)” kavramları üzerinde kısaca duralım.

Anayasanın ilgası, anayasanın *tümden* yürürlükten kaldırılması demektir. İlga edilen anayasanın hiçbir hukukî değeri kalmaz. Ancak, aslî kurucu iktidarı ele geçirenler, devrim veya hükûmet darbesinden hemen sonra anayasayı bütünüyle değil, kısmen yürürlükten kaldırmakta, anayasanın özellikle siyasal sisteme ilişkin olmayan pek çok hükmünü yürürlükte bırakmaktadırlar. Diğer bir anlatımla, anayasaların ilga edilmemiş hükümleri, devrimden sonra açık ya da kapalı bir şekilde

ilga edilmedikçe yürürlükte kalırlar. Ancak devrimle birlikte bu hükümler, anayasal değerlerini yitirirler; olağan bir yasa hükmü haline dönüşürler. Yani, bunlar için artık "anayasanın üstünlüğü" ilkesi geçerli değildir. Olağan yasa koyucu bu hükümleri istediği gibi değiştirebilir. Özetle devrim bu hükümleri *ilga etmemiş*, ama bu hükümleri *anayasa hükmü olmaktan çıkarmış*, teknik terimi ile *anayasasızlaştırmıştır* (Gözler 2011: 321).

Örnekler

Anayasanın ilgasına veya anayasasızlaştırılmasına Türkiye'den iki örnek verelim:

1924 Anayasasının İlgası: 12 Haziran 1960 Tarih ve 1 Sayılı Kanun

27 Mayıs 1960 hükümet darbesinden 15 gün sonra çıkarılan ve 14 Haziran 1960 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 12 Haziran 1960 tarih [s.54] ve 1 sayılı 1924 tarih ve 491 sayılı Teşkilâtı Esasiye Kanununun Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında Geçici Kanun ile, 1961 Anayasası, bu Anayasada öngörülme-yen bir organ tarafından ve öngörülme-yen usûlle değiştirilmiş ve pek çok hükmü ilga edilmiştir. Örneğin 12 Haziran 1960 tarih ve 1 sayılı bu Kanunun 1'nci maddesi şöyle demektedir:

"Millî Birlik Komitesi, yeni Anayasa ve Seçim Kanunu, demokratik usûllere uygun olarak, kabul edilip buna göre en kısa zamanda yapılacak genel seçimlerle yeniden kurulacak olan Türkiye Büyük Millet Meclisine iktidarı devredeceği tarihe kadar Türk Milleti adına hâkimiyet hakkını kullanır.

Türkiye Büyük Millet Meclisinin Teşkilâtı Esasiye Kanununa göre sahip olduğu bütün hak ve yetkiler, bu süre içinde, Millî Birlik Komitesine aittir".

Yine aynı Kanunun 24'üncü maddesi

"1924 tarih ve 491 sayılı Teşkilâtı Esasiye Kanununun 4 - 7, 9 - 25, 27 - 36, 38 - 40 nci maddeleri ile 41 inci maddesinin ikinci ve üçüncü cümleleri ve 42 - 50, 52, 61 - 67, 95, 102, 104 üncü maddeleri hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır"

demektedir.

Görüldüğü gibi 2 Haziran 1960 tarih ve 1 sayılı Kanun, 1924 Anayasasının pek çok maddesini ilga ediyordu ve pek çok maddesini de değiştiriyordu. Oysa bu Kanun, 1924 Anayasasının kendi değiştirilişi için 102'nci maddesinde öngördüğü organ olan TBMM tarafından değil, tersine 27 Mayıs 1960 hükümet darbesini yapan askerler tarafından yapılmıştır. Nitekim bu Kanunun altında bu Kanunu yapan 38 kişinin ismi ve imzası yer almaktadır. İşte 1961 Anayasasını bu Kanun altına imza atan 38 kişi yürürlükten kaldırmıştır. Bu 38 kişinin böyle bir Kanun yapıp altına imza atıp bunu yayınlamaları hukuka aykırıdır ve normalde suç teşkil eder. Ama ne var ki, o zamandan bu yana bu kişiler bu suçlarından dolayı yargılanabilmiş değildir. Bu da asli kurucu iktidarın bir özelliğidir.

1961 Anayasasının İlgası: 27 Ekim 1980 Tarih ve 2324 Sayılı Kanun

1961 Anayasası da, 12 Eylül 1980 hükümet darbesini yapan Millî Güvenlik Konseyi tarafından çıkarılan ve 28 Ekim 1980 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 27 Ekim 1980 tarih ve 2234 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun ile kısmen ilga edilmiş, kısmen de anayasasızlaştırılmıştır. Bu Kanunun 1, 2, 3 ve 6'ncı maddeleri şöyledir:

[s.55] MADDE 1.- 9 Temmuz 1961 tarihli ve 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile değişiklikleri, aşağıdaki maddelerde, belirtilen istisnalar saklı kalmak üzere, yeni bir Anayasa kabul edilip yürürlüğe girinceye kadar yürürlüktedir.

MADDE 2.- Anayasada Türkiye Büyük Millet Meclisine, Millet Meclisine ve Cumhuriyet Senatosuna ait olduğu belirtilmiş bulunan görev ve yetkiler 12 Eylül 1980 tarihinden itibaren geçici olarak Millî Güvenlik Konseyince ve Cumhurbaşkanına ait olduğu belirtilmiş bulunan görev ve yetkiler de Millî Güvenlik Konseyi Başkanı ve Devlet Başkanıca yerine getirilir ve kullanılır.

MADDE 3.- Millî Güvenlik Konseyince kabul edilerek yayımlanan bildiri ve karar hükümleri ile yayımlanan ve yayımlanacak olan kanunların Anayasaya aykırılığı iddiası ile sürülemez.

MADDE 6.- Millî Güvenlik Konseyinin Bildiri ve Kararlarında yer alan ve alacak olan hükümlerle Konseyce kabul edilerek yayımlanan ve yayımlanacak olan kanunların 9 Temmuz 1961 tarihli ve 334 sayılı Anayasa hükümlerine uymayanları Anayasa değişikliği olarak ve yürürlükteki kanunlara uymayanları da kanun değişikliği olarak yayımlandıkları tarihte ve metinlerinde gösterilen tarihlerde yürürlüğe girer.

Görüldüğü gibi Millî Güvenlik Konseyi 1961 Anayasasını toptan ilga etmiştir. Aşağıda göreceğimiz yasama ve yürütme yetkisinin kullanılmasına ilişkin bazı hükümlerini değiştirmiştir. 1961 Anayasasının geri kalan hükümlerini, 1982 Anayasası yürürlüğe girinceye kadar "anayasal değerlerini" ortadan kaldırarak yürürlükte bırakmıştır. Yani 27 Ekim 1980 tarih ve 2324 sayılı Kanun, 1982 Anayasasının yürürlükte bıraktığı hükümlerini anayasasızlaştırmıştır.

Ayrıca belirtelim ki, 12 Eylül 1982 darbesini gerçekleştiren beş generalden oluşan Millî Güvenlik Konseyinin çıkardığı 29 Haziran 1981 tarih ve 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanun ile yeni bir anayasa hazırlama görevi, bu Kanunla kurulması öngörülen Kurucu Meclise verilmiştir. Kurucu Meclis de, 1961 Anayasasından değil, bu kanundan aldığı yetkiyle 1982 Anayasasını hazırlamıştır.

Yukarıda örnek olarak verilen Kanunları, yani 1924 Anayasasını ilga eden 2 Haziran 1960 tarih ve 1 sayılı Kanun ve 1961 Anayasasını ilga eden 27 Ekim 1980 tarih ve 2324 sayılı Kanunu yapanlar, bu Kanunları yaparak aslında suç işlemişlerdir. Ama darbe sonrası koşullar yüzünden yargılanamamışlardır. Ama bu sonsuza kadar yargılanamayacakları anlamına gelmez. Bunu yapanlar, ileride bir gün, hayattaysalar ve zamanaşımı meselesi ortaya çıkmaz ise dava açılıp yargılabilebilirler. [s.56] Bu açıdan söz konusu Kanunun altında birinci sırada imzası bulunan Kenan Evren hakkında yapılan suç duyurularında suç teşkil eden fiil olarak 27 Ekim 1980 tarih ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanunun çıkarılmasının zikredilmesi anlamlı ve yerindedir.

1982 Anayasası bugün yürürlüktedir. Yeni bir anayasa yapmak için, önce bu Anayasanın ilga edilmesi veya anayasasızlaştırılması gerekir. Nasıl 1924 Anayasası 1 sayılı Kanun ve 1961 Anayasası da 2324 sayılı Kanun ile ilga edilmiş ve anayasasızlaştırılmış ise, 1982 Anayasasının da benzer bir şekilde ilga edilmesi veya anayasasızlaştırılması gerekir. 1924 Anayasasını, 1 sayılı Kanun altında imzası yer alan 38 subaydan oluşan Millî Birlik Komitesi ilga etmiştir. 1961 Anayasasını 2324 sayılı Kanunun altında imzaları yer alan beş generalden oluşan Millî Güvenlik Konseyi ilga etmiştir. 1982 Anayasasını 2012 yılında kim ve nasıl ilga edecektir? Bu merak konusudur. Bunu yapacak kişilerin, 27 Mayıs ve 12 Eylül darbelerini yapan kişiler kadar kuvvetli olması gerekir. Keza bunu yapan kişilerin suç işlemekten ve bir gün yargılanmaktan korkmamaları gerekir. 1982 Anayasasını ilga eden veya anayasasızlaştıran her işlem suç teşkil eder ve böyle bir durumda bu suçu teşebbüs edenler hakkında savcıların dava açması gerekir.

* * *

Türkiye’de TBMM’nin yeni bir anayasa yapabileceğini söyleyenlerin her şeyden önce bize, yürürlükte olan ve bağlayıcı olan 1982 Anayasasını nasıl ilga edileceğini açıklamaları gerekir. TBMM’nin yeni bir anayasa yapabileceği tezinin en zayıf yanı, yürürlükteki 1982 Anayasasının nasıl olup da yürürlükten kaldırılacağı hususunu tartışmamaları ve bu sorunu görmezden gelmeleridir.

Şunu açıkça söyleyelim: 27 Mayıs 1960 ve 12 Eylül 1980 hükûmet darbeleri gibi bir hükûmet darbesi olmadıkça, Türkiye’de aslî kurucu iktidarın ortaya çıkması mümkün değildir. Aslî kurucu iktidar ortaya çıkmadıkça da, mevcut Anayasa ilga edilemez. Mevcut Anayasa ilga edilemez ise, yeni bir anayasa da yapılamaz.

Yürürlükteki Anayasaya göre seçilmiş ve yürürlükteki Anayasaya göre çalışmakta olan TBMM, nasıl olacak da, kendisinin varlık sebebi olan, kendisini kuran Anayasayı yürürlükten kaldıracaktır? TBMM’nin kendisini kuran Anayasayı ilga etmesi, bizzat kendisini de ortadan kaldırması anlamına gelir. TBMM, nasıl olacak da kendini ve keza diğer anayasal organların varlığına son verecektir?

Ayrıca belirtelim ki, Türkiye’de birilerinin yürürlükteki Anayasayı ilga etmeye ve bu şekilde bu Anayasa ile kurulmuş olan yasama, yürütme [s.57] ve yargı organlarını ortadan kaldırmaya veya bunların anayasal görevlerini yapmasını engellemeye teşebbüs etmeleri, sadece mantıkî bir tutarsızlık değil, aynı zamanda ceza hukuku bakımından suç teşkil eder.

TBMM, 1982 Anayasasını İlga Etmeye veya Anayasasızlaştırmaya Teşebbüs Ederse Ne olur?

Varsayalım ki, TBMM, kendisini 27 Mayıs 1960 darbesini yapan Millî Birlik Komitesi veya 12 Eylül 1980 darbesini yapan Millî Güvenlik Konseyi kadar güçlü gördü ve yürürlükteki 1982 Anayasasını ilga edilmesini veya anayasasızlaştırılmasını öngören, 1924 Anayasasını ilga eden 1 sayılı Kanun veya 1961 Anayasasını ilga eden 2324 sayılı Kanun benzeri bir kanun çıkardı. Bu kanun Anayasa aykırı

rıdır ve hakkında iptal davası açılırsa Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilir. Böylece 1982 Anayasası yürürlükte kalmaya devam eder.

Ama yok eğer 1982 Anayasasını ilga eden bir kanun çıkarılmış ve bu kanun hakkında iptal davası açılmamış veya açılmakla birlikte Anayasa Mahkemesi böyle bir kanunu iptal etmemiş ve kanun etkili bir şekilde uygulanmaya başlamış ise, artık hukuken Türkiye’de bir ihtilal olduğunu ve TBMM’nin asli kurucu iktidarı eline geçirdiğini söyleyebiliriz. Böyle bir TBMM, 1924 Anayasasını ilga eden Millî Birlik Komitesi veya 1961 Anayasasını ilga eden Millî Güvenlik Konseyi ile aynı durumdadır. Böyle bir TBMM’nin üyesi milletvekilleri ile MBK üyesi subaylar ile MGK üyesi generaller arasında hukuken bir fark yoktur.

TBMM’nin Yeni Bir Anayasa Yapmaya Teşebbüs Etmesi Durumunda Ne Olur?

Varsayalım ki TBMM, yürürlükteki 1982 Anayasasını ayrıca ilga etmeden veya anayasasızlaştırmadan yeni bir anayasa yapmaya teşebbüs etti. Acaba böyle bir durumda ne olur? Bu soruya TBMM’nin yeni anayasa yaparken izleyeceği yol esas alınarak iki değişik cevap verilebilir:

a) TBMM “Yeni Anayasa”yı Yaparken 1982 Anayasasının 175’nci Maddesindeki Usûlü İzler ise Ortaya “Yeni” Bir Anayasa Değil, Anayasa Değişikliği Çıkar

Normal olarak TBMM’nin “yeni Anayasa”yı yaparken mevcut Anayasasının 175’nci maddesinde hükme bağlanan anayasa değişikliği usûlünü izleyeceği tahmin edilebilir. Ehven-i şer çözüm de budur. Ancak böyle bir durumda TBMM’nin yapacağı kanun, tartışmasız yeni bir anayasa değil, bir Anayasa değişikliği kanunudur. Böyle bir anayasa [s.58] değişikliği kanunuyla da yepyeni bir anayasa yapılamaz; örneğin Anayasasının ilk üç maddesi değiştirilemez; böyle bir anayasa değişikliğine de “2012 Anayasası” ismi verilemez. Haliyle böyle bir anayasa değişikliği de, kendisine karşı iptal davası açılması durumunda Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi olur.

b) TBMM “Yeni Anayasa”yı Yaparken 1982 Anayasasının 175’nci Maddesindeki Usûlü İzlemez ise, Ortaya Çıkan Metin Yoklukla Malûl Olur

Bir ihtimal, TBMM, kendisine bazı kişilerce tavsiye edildiği üzere, yürürlükteki 1982 Anayasasını ayrıca ilga etmeden veya anayasasızlaştırmadan ve 1982 Anayasasının 175’nci maddesinde belirtilen anayasayı değiştirme usûlüne uymadan yeni bir anayasa yapmaya teşebbüs ederse ne olur? Yukarıda açıklandığı gibi, TBMM’nin böyle bir şey yapmaya yetkisi yoktur. Ama varsayalım ki, böyle bir şey yaptı ve 175’nci madde dışında öngörülen usûlle “Anayasa” ismini taşıyan bir metin kabul etti. Hatta yine varsayalım ki, bu metin, halkoylamasına sunuldu ve halkın % 90’ı tarafından kabul edildi. Böyle bir metnin bir hukukî geçerliliği yoktur. Zira burada ne TBMM’nin, ne de halkın böyle bir metnin kabulü konusunda irade açıklama yetkisi vardır. Kaldı ki, böyle bir durumda 1982 Anayasası hâlâ yürürlüktedir. Zira ayrıca ilga edilmemiş veya anayasasızlaştırılmamıştır.

Böyle bir metni TBMM'nin kabul etmemesi, kabul ettiyse böyle bir metin ile ilgili Yüksek Seçim Kurulunun halkoylaması düzenlememesi, halkoylaması düzenlenmiş ve kabul edilmiş ise bu metni Cumhurbaşkanının Resmî Gazetede yayınlaması gerekir. Çünkü ortada mevsub bir kanun yoktur. Resmî Gazetede yayınlanmış olsa bile, böyle bir metnin bir bağlayıcılığı olamaz. Çünkü söz konusu metin, sadece Anayasaya aykırı değil, hukuken "yokluk" ile malûldür. Zira böyle bir metin yetkili bir makamın iradesinin ürünü değildir. Dolayısıyla söz konusu metnin yokluğunun tespiti herkes tarafından her mahkemeden istenebilir.

Görüldüğü gibi Anayasanın 175'nci maddesinin öngördüğü usûl dışında bir anayasa yapma düşüncesi bir fanteziden ibarettir. Üstelik bu fantezi hukuk güvenliğini sarsacak tehlikeli bir fantezidir. Hukuk devleti ilkesini ağızından düşürmeyen insanların böyle düşüncelere itibar etmemeleri gerekir.

Yeni Anayasaya İhtiyaç Var Diye, TBMM Yeni Bir Anayasa Yapma Yetkisine Sahip Olabilir mi?

Türkiye'de bugün yeni bir anayasa yapılmasını savunanların [s.59] büyük bir kısmı, hatta bu yeni anayasanın yapımına karşı olanların bir kısmı dahi, Türkiye'de yeni bir anayasaya ihtiyaç olduğu konusunda hem fikirdirler. Bir ülkenin yeni bir anayasaya ihtiyaç duyup duymadığı sorunu, hukukî değil, siyasal ve sosyolojik bir sorundur. Bir ihtimal, Türkiye'nin yeni bir anayasaya ihtiyaç duyduğu hususu, tarihsel ve sosyolojik olarak bir gerçeklik de olabilir. Ancak böyle bir gerçeklikten, böyle olgulardan normatif sonuçlar çıkarılmasına "Hume kanunu (*Hume's law*)"nu⁴ engeldir. Bu kanuna göre, olgusal öncüllerden normatif sonuçlar istihraç edilemez. Tasvirî önermeler ile normatif önermeler iki ayrı dünyaya aittir. Norm normdan kaynaklanır; olgudan değil. Olgusal dünyadan normatif dünyaya geçiş yoktur. O nedenle, yeni bir anayasa yapma ihtiyacının varlığı ispatlansa, yeni bir anayasanın memleketin yararına olacağı gösterilse bile, bundan yola çıkarak, TBMM'nin yeni bir anayasa yapma yetkisine sahip olduğu sonucuna ulaşamaz. Hukukta ihtiyaç, yetki doğurmaz. Yetki, yetkiden doğar. Yetki, bir makama bir hukuk normu tarafından verilir. Bir makam, kendisine verilmemiş bir yetkiye sahip olamaz. Ve hiçbir makamın yetkileri kendinden menkul yetkiler değildir.

TBMM'nin yeni bir anayasa yapabileceğini savunanların yeni bir anayasa ihtiyacından bahsetmeyi bırakmaları ve bize bundan önce TBMM'nin nasıl olup da yeni bir anayasa yapma yetkisine sahip olabileceğini göstermeleri gerekir.

Peki Ne Yapılabilir?

Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı gibi aslî kurucu iktidarın ortaya çıkması ihtimali dışında, yapılabilecek tek şey, 1982 Anayasasında, bu Anayasanın 175'nci maddesinde öngörülen usûle uyarak değişiklik yapmaktan ibarettir. Bu da Türki-

4. Hume, David (1739). *A Treatise of Human Nature*, Book III, Part I, Section I (<http://books.google.com.au/books?id=Sp8B0ZdyAYC&pg=PA335>) s.335; Rachel Cohon, "Hume's Moral Philosophy", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/hume-moral/>>.

ye’de 1982’den bu yana pek çok defa (toplam on yedi defa) yapılmıştır. Bir kere daha yapılır. Hepsi bu. Yapılan değişiklik şüphesiz şimdiye kadar yapılanlardan daha kapsamlı olabilir. Ancak değişikliğin kapsamı, değişikliğin niteliğini değiştiren bir şey değildir.

Bilindiği gibi 1982 Anayasasının ilk üç maddesi değiştirilemez. Geri kalan bütün maddeleri değiştirilebilir. Dolayısıyla Türkiye’de tali kurucu iktidar, Anayasanın ilk üç maddesi dışında geriye kalan bütün maddelerini, Anayasanın 175’nci maddesinde öngörülen usûle uyararak değiştirebilir. [s.60] Buna hukuken diyeceğimiz bir şey yoktur. Ancak bu durumda “yeni bir anayasa” yapılmış olmaz; 1982 Anayasasında şimdiye kadar yapılmış olan değişikliklere ilave yeni bir “değişiklik” daha yapılmış olur. Bu şekilde ilk üç maddesi hariç geri kalan bütün maddeleri yeni olan anayasa da yeni bir anayasa değildir; hâlâ 1982 Anayasasıdır. Bu metni de “2012 Anayasası” olarak değil, “1982 Anayasası” olarak isimlendirmeye devam etmek gerekir.

Bunun böyle olmasının sebebi, “yeni” metinde ilk üç maddenin değiştirilmemiş olması değil, “yeni” metnin, 1982 Anayasasının öngördüğü usûlle yapılmış olmasıdır. 1982 Anayasasında değiştirilemeyecek hükümler olmasaydı dahi değişen bir şey olmazdı. Böyle bir durumda, Anayasanın 175’nci maddesinde öngörülen anayasa değişikliği usûlüne uyularak anayasanın bütün maddeleri değiştirilip, tamamen yeni bir anayasa metni kabul edilebilirdi. Ancak bu durumda da ortaya yeni bir anayasa çıkmazdı; bu anayasa da 1982 Anayasası olarak isimlendirilmeye devam edilirdi; çünkü söz konusu metin, aslî kurucu iktidar tarafından değil, tali kurucu iktidar tarafından kabul edilmiş olurdu.

Yapılabilecek tek şey, 1982 Anayasasında ilk üç madde haricinde istenilen maddelerde, hatta arzu ediliyorsa, geriye kalan 174 maddenin hepsinde, Anayasanın 175’nci maddesinde öngörülen usûle uygun olarak değişiklik yapmaktan ibarettir.

Ancak Türkiye’de hazırlanan yeni anayasa taslaklarında maalesef yapılan şey bu değildir. Anayasa taslaklarında birinci maddeden son maddeye kadar madde madde yeni bir anayasa metni kaleme alınmaktadır. Üstelik bu taslaklar, yeni bir kanun teklifi formatında kaleme alınmaktadırlar. Oysa bu taslaklar, mevcut bir kanunda değişiklik yapan kanun teklifi formatında kaleme alınmalıdır. Yani anayasa değişikliği teklifinin maddelerinde “Anayasanın şu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir” denmeli ve bunun altında maddenin yeni metni verilmelidir.

* * *

Burada yeri gelmişken şunu da belirtmek isterim: 1982 Anayasası, kabul edildiği günden bu yana toplam 18 defa değiştirilmiştir. Bunların bazıları oldukça kapsamlı değişikliklerdir. Örneğin 2001 değişikliğinde 33, 2010 değişikliğinde 26 madde değiştirilmiştir. Anayasamızın şu anki maddelerinin yarısından fazlası 1982’de kabul edilen maddeler değil, değiştirilmiş olan maddelerdir. Ancak görünen odur ki, bunca değişiklik, 1982 Anayasasını sevmeyenleri tatmin etmemiştir. Aslında onları rahatsız eden asıl şey, 1982 Anayasasının *içeriği* değil, muhteme-

len bu Anayasanın *doğum tarihidir*. Görünen odur ki, bu Anayasanın [s.61] önündeki "1982" rakamı kalkmadıkça da, Türkiye'de yeni anayasa tartışmaları sona ermeyecektir.

Nihayet, şunu da belirtmek isterim ki, bir şeyde aksayan yönler var ise, aksayan yönleri gidermek gerekir. Çatısı akıyor diye bir evi temelden yıkıp, yerine yenisini yapmanın bir âlemi yoktur. Zaten yeni evi, ilk evi yapanlar yapacaklarsa, muhtemelen yeni ev de eski ev kadar kusurlu olacaktır. Yazımımı Mecelleden bir alıntıyla bitirelim: "Beka ibtidadan esheldir" (Mecelle, m.56)⁵.

Makalenin Kağıt Versiyonu Haricinde Son Gözlemler: Bu makale Mayıs 2011'de yazılmıştır. O tarihten bu yana (Kasım 2011) yeni anayasa yapımı konusunda önemli gelişmeler yaşanmıştır. Örneğin TBMM Başkanı, anayasa yapımı konusunda anayasa hukuku profesörlerini davet etmiş ve 19 Eylül 2011 günü TBMM'de bir toplantı yapmıştır. İzleyen günün gazete haberlerinden anlaşıldığı kadarıyla davet edilenlerden, -biri ben olmak üzere- sadece 3 kişi toplantıya katılmamıştır.

Toplantıya katılan profesörlerin toplantıda yaptıkları konuşmaların tutanakları <http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/anayasa-hukukculari-ile-toplanti.pdf> de yayınlanmıştır.

Bu tutanaklardan görüldüğü kadarıyla bir iki istisna dışında anayasa hukuku profesörlerimizin ezici çoğunluğunun TBMM'nin yeni bir anayasa yapabileceği yolunda görüş bildirdikleri anlaşılmaktadır.

Ben, Murat Sevinç gibi*, bu toplantıya katılanlardan TBMM'nin yeni bir anayasa yapabileceği yolunda görüş bildiren meslektaşlarımızın, bundan sonra derslerinde öğrencilere "asli kurucu iktidar - tali kurucu iktidar" ayrımını nasıl anlatabildiklerini / anlatabileceklerini merak ediyorum. Ayrıca belirtmek isterim ki, bu meslektaşlarımızdan bu alanda kitap yazmış olanlarının kitaplarında "asli kurucu iktidar - tali kurucu iktidar" ayrımı, "tali kurucu iktidarın sınırlı bir iktidar olduğu, yeni bir anayasa yapamayacağı yolundaki" yolundaki açıklamaları olduğu gibi durmaktadır.

Yine Anayasamızın 175'inci maddesi yürürlükte iken, Anayasanın bir başka şekilde değiştirilebileceği yolunda görüş bildiren meslektaşlarımız beni hayal kırıklığına uğrattıyor. Bir hukuk normuna (m.175), üstelik normlar hiyerarşisinde en yüksek seviyede yer alan bir norma uysanız da olur, uymasanız da olur yolunda şeyler söyleyen meslektaşlarımızın bundan böyle "hukuk devleti" lafını ağızlarına nasıl alabileceklerini merak ediyorum. KG, 21 Kasım 2011.

* Bana gönderdiği bir emailde dostum Murat Sevinç şöyle yazıyordu: "Bu anayasacılar yarın öbür gün kitaplarında 'kurucu iktidar' kısmını nasıl yazacaklar bilemiyorum. Önerdikleri yöntemin hukuk-sallığın tartışmıyorlar bile. Herhalde 'eğer sevmiyorsanız anayasa bağlayıcı değildir vs.' diyecekler".

Kaynakça

Gözler, Kemal (1997) *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq: Presses universitaires du Septentrion, 1997, 2 Cilt (www.anayasa.gen.tr/these.htm).

Gözler, Kemal (1998), *Kurucu İktidar*, Bursa: Ekin (www.anayasa.gen.tr/kurucuiktidar.htm).

Gözler, Kemal (1999), *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, Bursa: Ekin (www.anayasa.gen.tr/metodoloji.htm)

5. İlk hâli Mayıs 2011'de yazılan bu makaleye, Eylül ve Aralık 2011'de bazı ilaveler yapılmıştır.

- Gözler, Kemal (2011), *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Bursa: Ekin, Cilt I.
- Sieyès, Emmanuel (1970) *Qu'est-ce que le Tiers Etat* (Edition critique avec une introduction et des notes par Roberto Zapperi), Genève: Librairie Droz.
- Burdeau, Georges (1930) *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit français*, Paris: Macon.
- Burdeau, Georges (1983) *Traité de science politique* (Tome IV: Le statut du pouvoir dans l'Etat), Paris: L.G.D.J., 3. Baskı.

Bu makaleye aşağıdaki şekilde atf yapılması önerilir:

- Kemal Gözler, "Asli Kurucu İktidar - Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?", in Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (Editörler), *Yeni Anayasa: Demokratik Bir Anayasa İçin neriler*, İstanbul, Metis Yayınları, 2012, s.45-61. [www.anayasa.gen.tr/tbmm-yeni-anayasa.htm]. ■