

2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN DEMOKRATİK NİTELİK SORUNU

DEMOCRATIC QUALITY PROBLEM OF THE 2017 CONSTITUTIONAL AMENDMENT

Ömer KESKINSOY*
Semih Batur KAYA**

Özet: Bu çalışma 2017 Anayasa değişikliğinin kuruculuk vasfını demokratik perspektifle sorgulamaktadır. 2017 Anayasa değişikliği her şeyden önce bir kurucu iktidar tekniği ortaya koymaktadır. Şu hâlde bu Anayasa değişikliğinin kuruculuk vasfının sorgulanması gerekir. Bu çalışmada vardığımız sonuç 2017 Anayasa değişikliğini öngören kurucu iktidarın gerek oluşumu, gerek işleyişi bakımından pek çok soruna işaret etmiştir. Bu sorunlardan en önemlisi demokratik meşruluk meselesidir. İşte çalışmada bu doğrultuda demokratik kurucu iktidarın vasfı incelenerek demokrasi ve hukuk devleti ile ilişkisi ele alınmıştır. Ardından 2017 Anayasa değişikliğinin özellikleri ve demokratik mahiyeti tartışılmıştır. Tüm bunlar dikkate alınarak sonuç bölümünde bir değerlendirme yapılmış ve öneriler sunulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Devleti, Demokrasi, Kurucu İktidar, 2017 Anayasa Değişikliği, Meşruluk

Abstract: This study questions the founding nature of the 2017 Constitutional amendment from a democratic perspective. The 2017 Constitutional amendment first of all reveals a constituent power technique. Therefore, the founding nature of this constitutional amendment should be questioned. The conclusion we have reached in this study is that the constituent power, which envisions the 2017 Constitutional amendment, points to many problems in terms of both its formation and functioning. The most important of these problems is the issue of democratic legitimacy. Here, in this direction, the qualification of the democratic founding power has been examined and its relationship with democracy and the rule of law is discussed. Then, the features and democratic nature of the 2017 Constitutional amendment were discussed. Taking all these into consideration, an evaluation has been made in the conclusion section and recommendations have been tried to be presented.

Keywords: Rule of Law, Democracy, Constituent Power, 2017 Constitutional Amendment, Legitimacy

* Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, ORCID: 0000-0002-7441-9547

** Arş. Gör., Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Bilim Dalı, ORCID: 0000-0001-5888-1750, Makalenin Gönderim Tarihi: 17.11.2020 Kabul Tarihi: 03.01.2021

Giriş

1982 Anayasası, 12 Eylül 1980 askeri darbesi sonrası hazırlanan ve yürürlüğe konulan otoriter bir anayasadır. Bu Anayasanın kriz üretme potansiyeli¹ hep yüksek olmuştur. Geçirdiği pek çok değişiklikle 1982 Anayasası halen yürürlüktedir. Bu Anayasa, anayasacılık anlayışının aksi yönünde, dolayısıyla da otoriteyi sağlamlaştıran ve özgürlükler alanını daraltan bir niteliği haizdir. Anayasanın hazırlandığı ortam ve koşullar de facto olduğundan, bu de facto nitelik yapılış yönteminden muhtevasına kadar anayasayı saran otoriter bir öze işaret etmektedir. Bu nedenle Anayasanın demokratik niteliği oldukça zayıftır. Netice itibarıyla Anayasa yürürlüğe girdikten itibaren demokratik bir anayasa ihtiyacı hep hâsıl ola gelmiştir. Binaenaleyh Türkiye’de söz konusu bu Anasayadan bütünüyle kurtulma ve çoğulcu-özgürlükçü bir anayasaya sahip olma arayışı gündemde kalmaya devam etmiştir.

1982 Anayasası’ndaki en köklü değişiklik 2017 Anayasa değişiklikleridir. Ancak bu Anayasa değişikliği ile özgürlükler aleyhine otoritenin derinleştiği, denge-denetim mekanizmalarının ortadan kaldırıldığı ve siyasi iktidarın terk merkezde toplandığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla geline nokta 1982 Anayasası’nın geçirdiği değişiklikler neticesinde özgürlükler yönünde ilerleyen anlayışın terk edildiğini ve başa sarıldığı görmekteyiz. Her şeyden önce 2017 Anayasa değişikliğinin olağanüstü rejimin uygulandığı ortam ve koşullarda gerçekleştirilmesi Anayasanın demokratik niteliğini oldukça zedelemiştir. Bu zedeleme, gördüğümüz kadarıyla anayasal bakımdan demokratik yönelime ilişkin ve tüm olumsuzluklara rağmen diri tutulan umutları tükettiğini üzülererek belirtmemiz gerekir.

Olağanüstü rejim usullerinin uygulandığı bir aşamada –her ne kadar de facto bir rejim olmasa da- demokratik-özgürlükçü ilkelere geriye gidış yaşandığını hepimiz bilmekteyiz. Bu tür dönemlerde gerçekleştirilen anayasa ihdasının da meşruluğunun gölgelenebileceğini tahmin etmek zor değildir. İşte 2017 Anayasa değişikliği de bu açıdan meşruluk noksanlığını yönteminden muhtevasına iliklerine kadar içermektedir. Burada hemen belirtelim ki demokratik meşruluk daha

¹ Levent Gönenç ve Ali Ersoy Kontacı, “2017 tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama-Yürütme İlişkileri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 145, 2019, s. 55.

Anayasa değişikliğinin hazırlık aşamasında söz konusu olmuştur. Değişiklik aleni bir ortam ve koşulda gerçekleşmemiştir. Anayasanın kimler tarafından ve ne şekilde hazırlandığı dahi bilinmemektedir. Başta ifade ve örgütlenme özgürlüğü olmak üzere, katılımcılığı esas alacak tüm özgürlüklerin “askıda” olduğu bir ortamda Anayasa değişikliği gerçekleşmiştir. Tüm bunlar Anayasa değişikliğinin demokratik meşruluğunu gölgelemiştir.

Yöntemdeki bu meşruluk noksanlığı içeriğe de yansımıştır. Gerçek anlamda bir anayasa insan onurunu korumayı ve geliştirmeyi hedefler. Bu bakımdan iktidar parçalanır ve iktidarlar arasında denge-denetim sağlanır. Ancak 2017 Anayasa değişikliği tüm bu ilkeleri bir tarafa bırakmıştır. Çünkü Anayasa değişikliği, temel hak ve özgürlükler üzerinde otoriteyi ağırlaştırmıştır.² Buradaki otoriter yan, yürütme erkine tanınan olağanüstü üstünlük ve Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerden rahatlıkla okunabilmektedir.³ Gerçekten de yürütme yasama karşısında hiç olmadığı kadar üstün konuma geçmiş,⁴ yargının bağımsızlığı⁵ önemli ölçüde zedelenmiştir.

Tüm bunlar göz önüne alınarak 2017 Anayasa değişikliğinin mahiyeti itibarıyla bir kurucu iktidar tekniği olduğu kanaatindeyiz. Dolayısıyla bu Anayasa değişikliğini anayasa ihdasında demokratik kurucu iktidar bakımından irdelemek gerekir. Bu doğrultuda aşağıda evvela kavramsal çerçeve sunulmuş; burada anayasacılık açısından kurucu iktidarın oluşumu, konsepti ve meşruluğu ele alınmıştır. Ardından 2017 Anayasa değişikliğinin özellikleri ve kurucu niteliği mahiyeti itibarıyla tartışılmıştır. Son olarak değerlendirme ve öneriler sunulmuştur.

² Sevtap Yokuş, “1982 Anayasası’nda Yürütme Erkinin Ağırlığı”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Ayferi Göze’ye Armağan), Maltepe Üniversitesi Yayınları, 2004/1-2, İstanbul, s.239-255.

³ 6771 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” Kabul Tarihi: 1.01.2017, R.G: 11 Şubat 2017, Sayı: 29976.

⁴ Bülent Yücel, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Hakkında Bir Siyasal Niteleme: ‘Yasamasızlaştırma’ Sürecinin Son Halkası”, Kamu Hukukçuları Platformu, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/bylent_yycel.pdf, erişim 14.09.2020.

⁵ Tolga Şirin, “2017 Anayasa Değişikliğinin Yargı Bağımsızlığı Yönünden Değerlendirilmesi”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 6, S. 1, 2017, s. 85-116.

A. Kavramsal Çerçeve

1. Anayasacılık ve Anayasanın Anlamı

Hukuken bağlayıcı metinlerle siyasal birimlerin örgütlenmesini, karar alma süreçlerini, mekanizmalarını düzenlemek; bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvenceye bağlamak anayasacılığın temelini oluşturmaktadır. Bu açıdan siyasal iktidarı gerek şekli (organizasyon) gerek maddi (yetkiler) olarak çerçeveleyen anayasalar insan onuruna yöneldiği ölçüde anayasacılığın özü ile bağdaşırlar. Anayasada siyasal iktidarın ne şekilde teşekkül edeceği ve hangi yetkilerle donatılacağına yapısal şartları oluştururken, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin güvenceye bağlanması ise anayasa metninin haklar şartını teşkil eder.

Yapısal şartlar ve haklar şartı ile birlikte anayasanın yöneldiği en önemli hedef şudur: Siyasal iktidarı sınırlandırmak. Zira anayasa metinlerinin asıl varlık gayesi, ejderha misali güçlü devlet iktidarını karınca misali zayıf konumda olan yönetilenler lehine zapturapt altına almaktır. Ezcümle anayasalar devleti sınırlandıran en temel metinlerdir. Bir anayasa devleti sınırlandırdığı ve yönetilenlerin temel özgürlüklerini devlete karşı koruduğu ölçüde anlam kazanır. Ters bir durumda anayasa sözde bir anayasa olarak devleti koruyan sıradan bir metin olmaktan başka bir anlam ifade etmez.

Yukarıdaki hususu Homeros'un Odeysseia Destan'ından Ulysses metaforu ile anlatalım:⁶ Ulysses, Sire'lerin baştan çıkaran şarkılarından etkilenir. Bu şarkılardan etkilenmemek için gemideki tayfasından kendisini direğe bağlamasını ve ne olursa olsun onu çözmemesini emreder. Ancak kontrolden çıkma ihtimaline karşı kendisini direğe bağlatan Ulysses, Sire'lerin şarkılarını duyunca sesin cazibesine kapılır ve tayfasından kendisini çözmeleri hususunda emir verir. Fakat tayfası ilk emrini dikkate alıp, ikinci emri uygulamaya sokmaz. Anayasa işlevi de tıpkı Ulysses'in kendisini direğe bağlama ve Siren'lerin baştan çıkarıcı seslerine kapılıp kendisini onlara kaptırmama durumuna benzer. İhtiva ettiği yapısal ve haklar şartı ile anayasa, siyasal iktidarın deyim yerindeyse çılgınlığa kapılmasını önler; çünkü gelecekteki eylem ve işlem kabiliyetini sınırlandırır.

⁶ Ozan Varol, "Temporary Constitutions", *California Law Review*, C. 102, S. 2, 2014, 409-464, s. 410.

Bununla birlikte bu bağlamda anayasal devlet ile anayasal devlet ayrımına değinelim. Bu ayrım bize anayasanın anlamını derinleştirecektir. Buna göre hemen her devletin yönetsel şemasını düzenleyen, organların yetki ve görevlerini belirleyen hukuksal belgeleri vardır. Ancak bu devletlerin bazıları sadece anayasal devlet niteliğini haizdir.⁷ Çünkü anayasacılık anlamında anayasa, iktidar haritasını çizmenin yanında özellikle temel hak ve özgürlükler ekseninde belirli garantiler -bunları sayarak tüketmeye gerek yoktur- içerdiği ölçüde anayasal niteliği haiz olur. Aksi halde “gerçek” anlamda bir anayasadan söz edilemez; bunun dışındaki anayasalara Sartori “nominal anayasa” ya da “sahte anayasa” demektedir.⁸

Demek ki anayasacılığın asli fonksiyonlarını ifa eden bir anayasa ancak gerçek anlamda bir anayasa olabilmektedir. Yani siyasal iktidarı sınırlandırma hedefi taşımayan bir anayasa anayasacılık ile bağdaşmaz. Bu açıdan Tushnet’in “otoriter anayasacılık” “authoritarian constitutionalism”⁹ kavramı üzerinde duralım. Singapur örneğinde nominal anayasaya, yani görünüşte anayasal devletin unsurları yer almakla birlikte otoriter anlayışın hakim olduğu yapı bozumuna uğramış anayasa biçimine değinelim. Buna göre

- a. Yarışmacı ve serbest seçimleri düzenleyen demokratik kurumlar vardır; ancak bunlar dominant parti iktidarınca manipüle edilebilmektedir.¹⁰
- b. Rejimde muhalif unsurlar ve örgütler belirebilmektedir; ancak bunlar vergi denetimi ile sindirilmekte ve fiilen kamu hizmetine erişimden soyutlanmaktadır.¹¹
- c. İfade özgürlüğü söz konusu değildir; çünkü pek çok yasal düzenleme ile ifade özgürlüğü müdahaleye maruz kalmaktadır.¹²

⁷ Giovanni Sartori, “Constitutionalism: A Preliminary Discussion”, *The American Political Science Review*, C. 56, S. 4, 1962, s. 856.

⁸ Sartori, a.g.e., s. 861.

⁹ Mark Tushnet, “Authoritarian Constitutionalism”, *Cornell Law Review*, C. 100, S. 2, 2015, s. 391-461.

¹⁰ Tushnet, a.g.e., s. 414.

¹¹ Tushnet, a.g.e., s. 401-402

¹² Tushnet, a.g.e., s. 401.

- d. Normalde kamu düzeni ve demokratik düzenin istikrarını hedefleyen ve bu amaçla meşru kabul gören “nefret söylemi yasağı” gibi hassas konular iktidarın lehine kullanılmaktadır.¹³
- e. Medya organlarına gerek yöneticilerin atanmasında gerek politikalarının belirlenmesinde müdahale olmaktadır.¹⁴
- f. İnternet kısıtlamaları olmaktadır.¹⁵
- g. Sosyal hayata yasak ve yaptırımlarla müdahale edilmektedir.¹⁶

Görüldüğü gibi otoriter anayasacılıkta her ne kadar anayasal kurgu anayasal devlet yapılanmasına işaret etse de bunlar siyasal ve sosyal yaşam rejiminde sözde kalmaktadır. Çünkü yaşam rejiminde siyasal iktidarın hegemonik kurgusu, yani baskın görüşü işleyiş göstermektedir. Üstelik bu hegemonik iktidar yapılanması her ne kadar görünüşte değişime uğrama potansiyelini barındırsa da fiilen bu dönüşümü başarabilmek pek de mümkün değildir. Burada da tıpkı sahte anayasada olduğu gibi yazılı anayasa ile gerçekte yaşanan anayasa arasındaki fark¹⁷ ortaya çıkmaktadır.¹⁸

Buraya kadar gerçek bir anayasanın anlamını ortaya koymaya çalıştık. Bu bahsi kapatmadan önce hukuk dışı müdahalelere başvurmadan, hukuksal yolla iktidarın kendi sınırlarını tayinine, yani Landau’nun deyimiyle “suiistimalci anayasacılık” (abusive constitutionalism)¹⁹ kavramına değinelim. Buna göre suiistimalci anayasacılık, anayasa değişikliği ya da yeni anayasa ihdasında ortaya çıkan yeni anayasal düzenin, daha öncekine göre daha az demokratik niteliğe bürünmesidir.

¹³ Tushnet, a.g.e., s. 401.

¹⁴ Tushnet, a.g.e., s. 407-408.

¹⁵ Tushnet, a.g.e., s. 408.

¹⁶ Tushnet, a.g.e., s. 394.

¹⁷ Sartori, a.g.e., s. 862.

¹⁸ Çünkü yaşam pratiğine dökülen anayasa metinsel anayasal kurgudan farklılık arz etmektedir. Scheppele, Mary Shelley’in ünlü roman karakteri Dr. Frankenstein ile bu doğrultuda bir analogi kurmaktadır. Buna göre anayasal devlet kurumlarını barındırmasına rağmen anayasalar, siyasal iktidarlar tarafından -kimi zaman da anayasal sistemin ihtiva ettiği hükümlerden yola çıkılarak- tamamıyla başkalaştırılması ve bir “canavara” dönüşmesi söz konusu olabilmektedir. Bu doğrultuda ve örnekler için bkz. Kim Lane Scheppelle, “The Rule of Law and the Frankenstein: Why Governance Checklists Do Not Work”, *Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions*, C. 26, S. 4, 2013, s. 559-562.

¹⁹ David Landau, “Abusive Constitutionalism”, *University of California Davis Law Review*, C. 47, S. 1, 2013, 189-260, s. 195.

Gerçi burada gerek anayasa değişikliğinde gerek anayasa ihdasında ortaya konulan anayasal kurgu hukuki süreçlere şamildir; ancak bu kurguda hukuk ötesi müdahaleler yer alamasa da kurgunun kendisi anayasacılığın doğasına yabancıdır. Çünkü hukuki süreç salt formel olarak uygulanmakta, yani legalite (yasallık) yanında legitimate (meşruluk) bulunmamaktadır. Öyle ki, burada yarışmacı seçimden iktidar olarak çıkan siyasal parti ya da iktidar odağı; normatif mekanizmalarla medyayı kontrol altına almakta, muhalif unsurları bertaraf etmekte ve böylece gelecek seçimleri²⁰ garanti altına almaktadır.

Görüldüğü gibi gerçek anlamda anayasa ile diğer anayasa formlarını birbirinden ayırmak gerekir. Anayasa indirgemeci bir yaklaşımla ele alınabilecek salt yazılmış normlar demeti değildir. Anayasanın hedefi insan onurudur; onun gerçekleşmesini ve gelişmesini sağlamaktır. Dolayısıyla anayasa nedir sorusuna “kurucu iktidarın” bir irade biçimidir demek yanlıgıdır. Şu hâlde Paine’in “Anayasa bir hükümetin değil, bir hükümet oluşturan insanların eseridir ve anayasasız bir hükümet, hakka dayanmayan bir iktidardır.”²¹ şeklindeki ifadesini de bu bakımdan anlamak gerekir. Buna ek olarak Fransız İnsan Hakları Bildirgesinin temel hakların düzenlenmediği, erkler ayrılığının olmadığı bir metnin hukuki de olsa anayasa olmayacağını belirten 16. maddesini de belirtelim. İşte tüm bunlar anayasanın alelade hukuk kurallarının üzerinde yer alan salt bir normatif dizge olmadığını, bunun yanında maddi olarak insan onurunu hedeflediğini göstermektedir. Söz konusu bu hedef kurucu iktidarı²² da bağlamaktadır. Kurucu iktidar bahsinde buna geri döneceğiz.

2. Kurucu İktidar

Anayasanın failinin ifa ettiği görevi itibarıyla kurucu iktidar olduğunda hemfikiriz. Peki, kurucu iktidarın formel ve maddi yönleri nelerdir? Burada soruyu toplumu oluşturan kimselerin rızası olarak formel açıdan bir yanıt geliştirebiliriz. Ancak hukuksal bilinç, bir diğer ifade ile anayasal kurgunun maddi dayanağı bize formel nedenin

²⁰ Landau, a.g.e., s. 199.

²¹ Thomas Paine, Ortak Akıl, İnsan Hakları ve Tarımsal Adalet, Haz. Jessica Kimpell, Çev. Faruk Gültekin, Doruk Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 304.

²² Karşılaştırınız Andrew Arato, The Adventtures of Constituent Power: Beyond Revolutions?, Cambridge University Press, 2017, s. 5-11 vd.

yeterli olmayabileceğini göstermektedir. Kurucu iktidarı anayasanın “sıfır noktası”ındaki temel neden olarak varsaydığımızda bu kavram bilfiil anayasayı yazmanın ötesinde anlamlara işaret etmektedir.

Şu hâlde şimdi kurucu iktidarın norm ve irade sorunlarına değinebiliriz. Her şeyden önce burada belirtmemiz gerekir ki, anayasa salt meşruluğu sağlamakla yetinmez, bizatihi kendisinin de meşru olmaya ihtiyacı vardır.

Kaynağı meşru olamayan bir şeyin kendisinin de meşru olamaya-çağı hususu açıktır. Bunun en dikkat çekici örneği 1982 Anayasası’dır. Ortaya çıkışı itibarıyla meşru bir zeminde yapılmamış olan bu anayasa, her ne kadar halkoyuna sunularak meşrulaştırılmaya çalışılsa ve beşi referandum sonucu olmak üzere yirminin üzerinde değişiklik geçirmiş olsa dahi hâlâ makûs talihini yenmeyi başaramamıştır.

Meşruluğun sağlanmasındaki madalyonun bir yüzü normdur. Normdan kastımız hukukun genel ilkelerinin –ki bunlar insan onuruna yönelir- dikkate alınmasıdır. Norm da iki alt bileşenden oluşmaktadır: Legalite ve legitimate. Legalite hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ve güvenliği sağlarken legitimate formel olanın dışında insan haklarına yönelmeyi ifade etmektedir.

İrade sorununa gelirsek her şeyden önce şunu belirtelim: Siyasal toplumun üyeleri olarak bireyler *ex post* yetkilendirici²³ konumda olmadan doğrudan anayasa ihdasına müdahale edebilmeleri gerekir. Bu bakımdan kurucu iktidar hiçbir zaman bir azınlığın iradesinin tecellisi değildir. Böyle olmakla anayasanın otorite talebi²⁴ azınlığın tahakkümüne yer vermediği gibi çoğunluğun sınırsızlığına da tahammül etmez. Anayasa ihdasında meşru süreç ve muhteviyat işte bu bakımdan önem arz etmektedir. Anayasanın itibarının yüksek olması ve içeriğinin *prima facie* doğru kabul görmesi irade sorununun azınlığın katılımı ile çözümlenmesine bağlıdır.

Nitekim Arendt, bu doğrultuda kurucu iktidar kurgusunda temelde üç sorun görmektedir:²⁵ Mutlak başlangıcın öngörülmesi ya da

²³ P Pasquino, “Constitutionalism, Ancient, and Modern. Classifying Constitutions: Preliminary Conceptual Analysis”, *Cardozo Law Review*, C. 34, S. 3, 2013, s. 1005.

²⁴ K. C. Wheare, *Modern Anayasalar*, Çev. Mehmet Turan, Değişim Yayınları, Baskı, 1985, s. 87.

²⁵ James Muldoon, “Arendt’s Revolutionary Constitutionalism: Between Constitu-

mutlak olana dayandırılması, doğa halinde bırakılmasının keyfiyete neden olması ve nihai olarak çoğulculuğu yok eden, diktatörlüğe yol açan iradeci anlayışın egemen olması. Bu bakımdan erkler ayrılığının tesisi anayasal açıdan önem arz etmektedir.²⁶ Gerçekten de Amerikan anayasacılığında görüldüğü gibi anayasacılığın temel ve öncelikli hedefi iktidarı sınırlandırmaktır. Dolayısıyla tanrı-kralın yerine ulusu koymak pek bir anlam ifade etmeyecektir. Bu nedenle iktidarın ve hukukun sıfır noktası iradeye indirildiğinde irade sorununu çözümlememiz gerekir. Rousseaucu “yanılmaz irade” bizi anayasa ihdasında yanıltabilmektedir.

O halde kurucu iktidardaki iktidar olgusu da yanılmaz değildir. Böyle olunca kurucu iktidarın yetkileri sınırlı, amacı belirli olması lazımdır. Kurucu iktidar doğa durumunda, deyim yerindeyse başıboş bir irade olmadığı gibi tüm yasalara meşru kaynaklık etmesini sağlayan da norm ve irade sorunlarının hukuk devleti ve demokrasi gibi ilkeler bütünüyle çözümlenmesine bağlıdır. Aksi takdirde halkın anayasa ihdasında salt formel olarak rol oynaması, temsil ve egemenlik fikri hukukun üstünlüğü önünde engel²⁷ olduğu ölçüde yerinde değildir. İradeyi başlı başına ve tek başına anayasa ihdasında kaynak görmek anayasal istikrarsızlığı ve kurumsallaşamayı beraberinde getirir. Böylesi sorumsuz bir iradenin egemenlik eylem ve söylemi, sınır kabul etmeyen bir tahakküme yol açar.²⁸ Kurucu iktidarın ve dolayısıyla anayasal düzeyde hukukun nihai ve sınırsız kaynağı soyut ve homojen bir halk kitlesi kabul edildiğinde, onun sözde iradesine muhalif olanları bertaraf etmek yerinde ve hatta zorunlu bir görev addedilir ki²⁹ demokratik hukuk devletinin inşası böylesi bir olgunun eseri olamaz.

Bu açıdan bakıldığında ise çoğulluğun, özellikle de homojen şeklinin bir sorun olduğu görülmektedir. Bu nedenle de toplumsal sözleşmenin kurgusal niteliğine karşın yaşam pratiğindeki anlamına bakmamız gerekir. Önemli olan hukukun genel ilkeleri ile kurucu tavrın şekillen-

ent Power and Constitutional Form”, *Constellations*, 2015, 1- 12, s. 4, 5.

²⁶ Arendt, Devrim Üzerine, s. 207

²⁷ Andrew Arato ve Jean Cohen, “Banishing the Sovereign? Internal and External Sovereignty in Arendt”, *Constellations*, C. 16, S. 2, 2009, s. 308.

²⁸ Arato ve Cohen, a.g.e., s. 307.

²⁹ Keith Breen, “Law beyond Command? An Evaluation of Arendt’s Understanding of Law”, *Hannah Arendt and Law*, Hart Publishing, 2012, s. 20.

mesi ve karşılıklı sözleşme aracılığıyla³⁰ neticelenmesidir. Ancak bu şekilde gerçek anlamda *potestas in populos*, yani halka dayanan iktidarın bir manası olabilir ve hukukun otonomisi³¹ gerçekleşir. Demokratik süreçlerden ve hukukun iktidarından –çünkü bir iktidarı ancak bir diğer iktidar durdurabilir-³² çıkan bir anayasa meşru kabul görür.

3. Demokrasi Nedir?

Demokrasinin ne olduğu sorusu hususunda etimolojik kökeninden yola çıkarak bazı çıkarımlarda bulunalım. Buna göre, demokrasi (demokratia) halk anlamına gelen demos (the people) ile iktidar anlamına gelen kratos bileşenlerinin bir araya gelmesiyle oluşur ve “halkın iktidarı” anlamına gelir. Peki, halk bu iktidarını nasıl kullanacaktır? Çünkü bizim konumuz açısından üzerinde durmamız gereken temel mesele budur.

İlk bakışta demokrasinin çoğunluğun iradesinin bir tecellisi olduğu söylenebilecektir. Fakat bu yaklaşım toplumsal ve siyasal farklılaşmaya terstir. Çünkü toplum homojen olmayan, izafi anlam dünyalarına sahip parçalardan oluşmaktadır. Dolayısıyla demokrasinin çoğunluğa indirgemeci yaklaşımı sosyal ve siyasal çıkar ve tercihleri bir açmaza sokmaktadır. Kaldı ki geline nokta da siyasal tecrübe göstermektedir ki çoğunluk da yanılabilir. Zira bir şeyin çok olması her zaman hak olması anlamına gelmez. Öyleyse demokrasinin indirgemeci yaklaşımı siyasal olarak hata içerir. Şu halde demokrasi bir oylama kuralı oyununun ötesinde bir anlama işaret etmektedir.

Pejoratif anlamda çoğunluk kuralı bir şeyler yapmaya iktidarı olan halkın iradesinin mitoslaştırılmasıdır. Çoğunluk kuralı bu yönüyle demokrasinin ilkesel değerini aşağıya çekmektedir. Oysa ki demokrasi kökeninde oluşumuyla ve karar alma mekanizmasıyla kümülatif bir organı ortaya koyar. Böyle olmakla esas sorun bir ya da birkaç kişinin bir şeyler yapmaya muktedir olup olmaması değildir, tersine bu bir kişi ya da birkaç kişinin yönetim aygıtını kontrol edip edememe yetisi ile ilgilidir.³³ Oluşumu ve karar alma mekanizmasıyla kolektif bir or-

³⁰ Ayrıca bkz. Arendt, a.g.e., s. 226-232.

³¹ Christian Volk, “From Nomos to Lex: Hannah Arendt on Law, Politics, and Order”, *Leiden Journal of International Law*, C. 23, S. 4, 2010, s. 773.

³² Arendt, a.g.e., s. 201.

³³ Ozan Ergül, “Türkiye’de Demokratik Sürecin Güçlendirilmesi İçin Anayasa Değişim Beklentileri”, *Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim*, Ed. Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2010, s. 292-293.

gana atfı yapan halkın iktidarı bizi çoğunluğun yönetim tekeline ya da geniş anlamıyla “demos”un tekelci (monolistic) iktidarına götürmez ya da götürmemelidir. Bunun yerine demokrasi, kamusal alanda değişiklik yapmak üzere yetkilendirilmiş kolektif yetkinin bulunduğu bir rejime işaret eder. Dolayısıyla, önemli olan yalnızca kamusal alanda kontrolü elde tutmak değil, fakat bu alanda eylemde bulunma gücü ve yeterliliğini de elinde tutmak suretiyle gerçekte eylem yoluyla kamusal alanı yeniden kurmaktır.³⁴

Bu açıdan Habermas “müzakereci demokrasi” kavramına³⁵ ve bu doğrultuda kamusal müzakerenin önemine dikkat çekmektedir. Bu da kurucu iktidarın kökeninde ve işleyişinde norm ve iradece desteklenmiş insan onuru kavramsallaştırmasını, normatif bir hukuk devletini ve anayasal devlet anlayışını kapsamaktadır. Bu bakımdan Habermas normatif olanla ampirik olan arasında bir bağ kurmaktadır.³⁶ Dolayısıyla da toplumsal ve siyasal bakımdan kurucu iktidar ile normatif düzenek arasındaki bağın zayıflatılması³⁷ anayasa ihdasında meşruluğu zayıflatacaktır. İşte modern toplumun karmaşık yapısının çoğunlukçu yaklaşımla eritilmesi, siyasal olanın hukuka üstünlüğünün gerçekleştirilmesi ve özellikle başta anayasal olmak üzere hukuk ihdasının toplumun gündeminden uzaklaştırılması demokratik kurucu iktidar ile bağdaşmaz. Çünkü kurucu iktidarın temelinde özneler arası etkileşim³⁸ ve bunun kuruculuk vasfı yer alır.³⁹

³⁴ Ergül, a.g.e., s. 293.

³⁵ Habermas, demokrasinin hayata geçirilebilmesi için uzlaşmanın önemine ve gerekliliğine vurgu yapar. Ona göre müzakereci demokrasi neticesinde ortaya çıkacak kararın, tahakkümün olmadığı bir tartışma süreci sonunda alınması ve uzlaşmayı yansıtabilecek şekilde rasyonelleşmiş bir niteliğe sahip olması gerekir. Demokratik tartışma Habermas için 3 aşamadan meydana gelmektedir. İlki, uzlaşma yani ortak kültürel yönelimlerin belirlenmesi, ikincisi rakipleri karşı karşıya getiren çatışma ve son olarak çatışmanın hukuki çerçevesini oluşturan anlaşmadır. Bkz. H. Gökçe Zabunoğlu, “Bir Radikal Demokrasi Teorisi Olarak Müzakereci Demokrasi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 66, S. 4, 2017, 795-817, s. 807.

³⁶ William Rehg, “Translators Introduction”, *Between Facts and Norms*, Jürgen Habermas, Polity Press, Cambridge 1996, s. ix-x.

³⁷ Karşılatırınız Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, Çev. William Rehg Polity Press, Cambridge 1998, s. 293.

³⁸ Ayrıca bkz. Mitchell Dean, “Normalizing Democracy: Foucault and Habermas on Democracy, Liberalism and Law,” *Foucault Contra Habermas*, Ed. Samantha Ashenden-David Owen, Sage Publications, London 1999, s. 177.

³⁹ Anayasa ihdasında özneler arası adil ve eşit süreç yaşanması gerekir. Buna göre konuşma edimlerini başlatma, soru sorma vs. haklar açısından herkes eşit olmalıdır. Belirlenen konuşma konularını herkesin sorgulama hakkı mevcuttur. Keza

Öznelar arası eşit etkileşim ise kanımızca kurucu iktidarın bir ortaklık olarak ele alınmasını öngörür. Buna göre insanların aralarında anlaşmazlıklar olsa bile, aynı bir ortaklıkta olduğu gibi, birbirlerinin çıkarını gözeterek kararlar almasını sağlayan şartlar nelerdir? Dworkin buna şu cevabı vermektedir:⁴⁰ *“İlk olarak, yurttaşlar siyasal kararlar üzerinde eşit söz hakkına sahip olmalıdır. Bu, sadece yurttaşların oy hakkına, hatta eşit oy hakkına sahip olması anlamına gelmez. Hiçbir yurttaş, sırf düşünceleri rahatsız edici olduğu için medyaya erişim imkânından ve siyasal sürece katılım hakkından yoksun bırakılmamalıdır. Ortaklık demokrasisinin ikinci şartı, eşit özen ilkesidir. Herkesin kişisel (var oluş) şartları ortak kararlarda gözetilmelidir. Ortak kararlar sadece çoğunluğun çıkarlarını değil, herkesin çıkarlarını dikkate almalıdır. Çünkü herkesin hayatı eşit öneme sahiptir. Ortaklık demokrasisinin üçüncü şartı, en tartışmalı olanıdır ve bana göre en önemlisidir. Bu şart, bireylerin onurunu korumak amacıyla, sadece kendilerinin karar vermesi gereken konularda çoğunluk tarafından herhangi bir şekilde karar alınmamasını öngörür. Siyasal kararlar ancak bireylerin onuru ve izzetinefsleriyle uyumlu olduğu ölçüde ortaklaşa alınmalıdır.”*

İşte buraya kadar yaptığımız açıklamalardan, çoğunlukçu demokrasi anlayışına göre ihdas edilen anayasaların ortaklık demokrasisi anlayışına göre yapılan anayasalardan çok farklı olacağı açıkça ortaya çıkmıştır. Çoğunlukçu demokrasi, usule/yönteme önem verir. Kuşkusuz, çoğunlukçu demokraside de bazı haklar güvence altına alınmaktadır, ancak bu demokrasi özünde “usul”den başka bir şey değildir ve daha önce de vurguladığımız gibi, adaletsizlikle sonuçlanabilir.⁴¹ Ortaklık demokrasisi ise anayasanın sadece usul meseleleri hakkında değil, maddi meseleler hakkında da çözümler getirmesini ister. Maddi meselenin yöneldiği hedef ise insan onurudur.

Sonuç olarak kurucu iktidar temellendiği ilkeler şunlardır:

- a. Kurucu iktidar, olabildiğince geniş toplumsal katmanların erişimine açık olan ve çeşitli toplumsal tecrübenin paylaşılabildiği bir formu gerektirmektedir.

müzakere konularına yönelik kısıtlamalara yer verilmemelidir. Bkz. Seyla Benhabib, *Demokrasi ve Farklılık*, Çev. Zeynep Gürata, Cem Gürsel, İstanbul 1999, s. 105.

⁴⁰ Ronald Dworkin, “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, 2011, 27-39, s. 29-30.

⁴¹ Dworkin, a.g.e., s. 30.

- b. Farklı fikirler, görüşler ve yaklaşımlar rasyonel bir tartışma alanında karşı karşıya gelmektedir.
- c. Kurucu iktidarın kökeni ve işleyişi ile norm (hukuk devleti) ve iradenin (demokrasi) sistemli eleştirel denetimine açık olmaktadır.

B. 2017 Anayasa Değişikliğinde Demokratik Nitelik

1. 2017 Anayasa Değişikliğinin Özellikleri

Montesquieu erkler ayrılığı için şunu demektedir: *“Eğer aynı idarenin kişilik veya yapısında, yasama erki yürütme erkiyle birleşmişse, hiçbir şekilde hürriyet yoktur. Çünkü aynı monarkın veya aynı senatonun, zalimce yürütmek için zalimce kanunlar yapmasından korkulur. Yargı erki de, yasama ve yürütme erklerinden ayrılmış değilse gene hürriyet yoktur. Eğer bu erk, yasama erkiyle birleşirse, vatandaşların hayat ve hürriyetleri üzerindeki idare, keyfe kalmış bir idare olur. Çünkü yargıç kanun koyucunun durumuna düşer. Şayet yargı erki, yürütme erkiyle birleşirse, yargıç korkunç bir zalim kesilir” Bu üç erki de aynı kişi veya... kurullar kullanırsa her şey mahvolur. Avrupa’nın çoğu krallıklarında hükûmet hafifletilmiştir. ... Bu üç erkin padişahın kişiliğinde birleştiği Türk ülkesinde ise korkunç bir istibdat hüküm sürer. ...”⁴² Gözler’in belirttiği gibi Montesquieu’nun “Türk ülkesi” için söylediği bu sözler gelinen noktada gerçekleşmiş bulunmaktadır.⁴³*

2017 Anayasa değişikliği ile Türkiye’nin hükümet sistemi değişmiştir. Parlamenter sistemin iki başlı (düalist) yürütme modeli terk edilmiş, yerine tek başlı (monist) yürütme modeli ikame edilmiştir.⁴⁴ Ancak Anayasadaki bu kökten değişiklik hükümet sistemini başkanlık sistemi haline getirmemiştir. Çünkü başkanlık sisteminin sert erkler ayrılığı kurgusu ve bu kurgunun temel gerekleri yerine getirilmiş değildir. Anayasa değişikliğinin merkezi konumunda Cumhurbaşkanlığı makamı bulunmaktadır. Üstelik sisteme parlamenter hükümet

⁴² Montesquieu, “İngiltere’nin Esas Teşkilatı”, Çev. Mükbil Özyörük, *Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi*, C. II, S. 1-2, 1947, s. 75-76.

⁴³ Kemal Gözler, “Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa”, <http://www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v2.pdf>, s. 6, erişim 15.09.2020.

⁴⁴ Ayrıca bkz. Mert Duygun, “Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Kararlarına Dair İlk Gözlemler”, *Anayasa Gündemi*, <https://anayasagundemi.com/2020/05/18/forum-dr-ahmet-mert-duygun-anayasa-mahkemesinin-cumhurbaskanligi-kararnamesi-kararlarina-dair-ilk-gozlemler/>, erişim 14.09.2020.

sisteminin bazı özellikleri de yerleştirilmiştir.⁴⁵ Gerçekten de burada “gensoru” kurumu kaldırılmıştır; TBMM’nin denetim araçlarından yazılı soru, genel görüşme ve meclis araştırması halen varlığını sürdürmektedir, fakat bunlarla etkin bir denetim gerçekleştirme olanağı ortadan kaldırılmıştır. Soruşturma/Meclis soruşturması ise anayasal dayanaklı bir şekilde yüksek nitelikli çoğunluklar gerektirdiğinden işlevselliğini yitirmiş vaziyettedir.⁴⁶

Bununla birlikte başkanlık sisteminde erkler, gerek organik gerek fonksiyonel açıdan birbirinden ayrı tutulmaktadır ve bunlar birbirinden türemezler, birbirlerinin görevlerine son verici araçlarla donatılmazlar. Ancak 2017 Anayasa Değişikliği sonucu 116. madde ile Cumhurbaşkanına, gerektiğinde TBMM seçimlerini yenileme kararı alabilme yetkisi verilmektedir. Başkanlık sistemini sert erkler ayrılığı haline getiren özellik, yasama ve yürütme organlarının birbirlerinin varlığına bağlı olmamaları olduğundan, henüz anayasal görev süresini tamamlamadan yürütme organı tarafından yasama organının görevinin sona erdirilmesi olan seçimlerin yenilenmesi ile başkanlık sisteminin bağdaşması olanaksızdır.⁴⁷

Keza 2017 Anayasa Değişikliği ile ihdas edilen anayasal kurguda, tabiri yerindeyse yeni sistemin “alamet-i farikası” olan⁴⁸ Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kurumuna yer verilmiştir. 2017 değişikliğinden önce mevcut olan kanun hükmünde kararnamelerden farklı olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yetki kanununa ihtiyaçları söz konusu değildir ve bunlardan olağan dönem CBK’lerinin TBMM tarafından onaylanması da gerekmemektedir. Bu nedenle yürütmenin asli düzenleme alanı genişletilmiş olmaktadır.⁴⁹ Cumhurbaşkanınca, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yürütme alanına ilişkin neredeyse her hususta düzenleme yapılabilmesi ve kanunların açıkça düzenlemediği

⁴⁵ Ömer Anayurt ve Ahmet Ekinci, “Tek Başlı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı ve 2017 Anayasa Değişikliği İle Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanlığı Yardımcılığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Ankara 2017, s. 483.

⁴⁶ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2017, s. 328.

⁴⁷ Zafer Gören, “Erkler Ayrılığı İlkesi ve 2017 Anayasa Değişikliği İle Benimsenen Hükümet Sistemi”, *İzmir Barosu Dergisi*, Eylül 2019, 469-489, s. 485.

⁴⁸ Zühtü Arslan’ın bu tabiri için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/faaliyetler/anayasa-mahkemesi-57-kurulus-yildonumunu-kutluyor>, erişim 14.09.2020.

⁴⁹ Özbudun, a.g.e., s. 329.

pek çok konuda bu kararnamelerin çıkartılabilmesi olanaklıdır. Olağanüstü dönemlerde olağanüstü halin gerektirdiği her konuda kararname çıkarılabilmektedir. Bu suretle kararnamelerle belirli alanlarda yasama organına ihtiyaç kalmaksızın düzenlemeler yapılabilecektir.⁵⁰

Tüm bunları da göz önüne alarak 2017 Anayasa değişikliklerinin yaşamsal sonuçlarını madde madde sıralayalım:⁵¹

- a. Cumhuriyet tarihi boyunca duymaya ve görmeye alıştığımız kimi kişi, makam ve kurumlar artık tarihe karışmıştır. Bir başbakan ya da bir bakanlar kurulu artık söz konusu değildir. Onların yerine “bir kişi” görünmektedir.
- b. Bu “bir kişi” TBMM seçimleri ile birlikte seçilmektedir. Yani seçim zamanları birleştirilmiştir. Milletvekili için sandığa giden seçmen bu “bir kişi”yi de seçmektedir. Seçimde %50’yi geçilemezse ne olacak? İkinci tur yapılacak ve TBMM seçildikten ve meclis çoğunluğu belli olduktan iki hafta sonra, yurttaş bu kez Cumhurbaşkanı seçiminin ikinci turu için sandığa gidecektir.
- c. Parlamenter sistem terk edildiği için artık TBMM bakanları denetleyememektedir. Bir tür sorumlulukları söz konusu, ancak geçmişteki gibi değil. Başkan yardımcılar ve bakanların sorumluluğu “bir kişi”ye karşı olmaktadır. Eğer haklarında bir suç işledikleri iddiası varsa soruşturma açılması, TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önerge ile mümkün olmaktadır.
- d. Bir kişi, kabul edilen yasaları “geri gönderme” yetkisine sahiptir ancak söz konusu bu geri gönderme, “veto” yetkisine yaklaşmıştır. Oysa bugüne dek yalnızca geri gönderme yetkisine sahipti. Artık “bir kişi”nin geri gönderdiği yasanın TBMM’den geçmesi, geçmiştekinden farklı olarak ancak “üye tamsayısının salt çoğunluğu” ile mümkündür.
- e. Parlamenter sistem terk edildiği için, TBMM’nin yürütme organını denetlemesi, örneğin, artık bir bakanlar kurulu olmadığı için “gensoru” verilmesi mümkün değildir. Çünkü hem bakanlar hem de o bir kişinin yardımcılar TBMM’ye değil, o bir kişiye karşı so-

⁵⁰ Gören, a.g.e., s. 486.

⁵¹ Murat Sevinç, Türkiye’nin Anayasa İmtihani, İletişim Yayınları, İstanbul 2017, s. 114-119.

rumludur. Söz konusu kişiler, görevleri sona erdikten sonra dahi ancak aynı usuller izlenerek (görevleri ile ilgili suçları nedeniyle) yargılanabilmektedir.

- f. Devletin başındaki “bir kişi” kararname çıkarabilmektedir. Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri, teşkilat yapısı, merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması bu “bir kişi”nin çıkardığı kararname ile gerçekleşmektedir.
- g. Devlet başkanı olan kişi, en fazla iki kez seçilebilmektedir. Yani on yıl. Ancak Cumhurbaşkanının ikinci döneminde eğer TBMM, seçimlerin yenilenmesine, yani erken seçime karar verirse ve o esnada devlet başkanı olan kişi, örneğin ikinci döneminin sonundaysa, yeniden aday olabilmektedir. Bu da demektir ki bu “bir kişi”, koşullar uygun düşerse, on beş yıl görevde kalabilmektedir.
- h. Seçilen bir kişi yardımcılarını ve bakanlarını atayabilmektedir. Onların görevine son verebilmektedir bu süreçlerde TBMM’nin onayının alınması şöyle dursun görüşüne dahi ihtiyaç duyulmayacak şekilde düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca yardımcılarının ve bakanların sayısında alt ya da üst şeklinde bir sınırlama öngörülmemiştir.
1. Seçilen “bir kişi”, üst kademe kamu görevlilerinin tamamını atayabilmektedir. Görevlerine son verebilmektedir. Atamalara ilişkin esaslar da bu “bir kişi”nin çıkaracağı kararname ile belirlenmektedir.
- i. Seçilen “bir kişi” milli güvenlik siyasetini belirlemektedir. O, TSK’nın başkomutanlığını temsil etmektedir ve bazı hallerde TSK’nın kullanılmasına karar vermektedir. Bu bir kişi aynı zamanda bir siyasal partinin genel başkanı olabilmektedir. Yani, başkomutan bir parti başkanı olmaktadır. Genelkurmay Başkanı bu kişiye karşı sorumlu olmaktadır.
- j. Seçilen “bir kişi” yukarıda da belirtildiği gibi, yürütme ile ilgili konularda kararname çıkarabilmektedir. Seçilen bir kişi, eğer yasa ile düzenlenmiş bir alan varsa, o konuda kararname çıkaramayacak. Ya da eğer kararname ile yasa çatışırsa, yasa uygulanacak. Bu halde, eğer yasa ile düzenlenmemiş bir alan söz konusuysa, çıkarılan kararname ile yasal boşluk doldurulabilecek. Hâlbuki

Anayasaya göre, yasama yetkisi devredilemez. Geçmişte Anayasada Kanun Hükmünde Kararnameler için aranan “yetki kanunu” şartı da aranmamaktadır. Seçilen bir kişi bu yetkisini doğrudan Anayasadan almaktadır. Seçilen bir kişinin çıkardığı kararnameler aleyhine Anayasa Mahkemesi’ne başvurulabilmektedir; bu da kararnameye yasa gücünde bir nitelik kazandırmaktadır.

- k. Seçilen “bir kişi”, yasalara aykırı olmamak kaydıyla yönetmelik çıkarabilmektedir.
- l. Seçilen “bir kişi” yargılanabilmektedir. Ancak bir suç işlediği iddiasıyla 600 vekilin salt çoğunluğunun önerisi ve beşte üç ile kabul gerekmektedir. Dolayısıyla parlamentoda çoğunluğa sahip olan parti istemediği sürece, soruşturma dahi açılmayacaktır. Seçilen bir kişi, görev süresi bittikten sonra da, ancak TBMM aynı çoğunlukla karar verirse yargılanabilmektedir. Yani, meclisin nitelikli çoğunluğu istemezse hiçbir zaman bu bir kişi adi suçları dahil yargılanamayacaktır.
- m. Yardımcılar ve bakanlar bu “bir kişi”ye karşı sorumlu olmaktadır. Bir suç işledikleri ileri sürülürse, Yüce Divana sevk edilmeleri için yine üçte iki oy gerekmektedir. Görevleri bittikten sonra yargılanmaları için de aynı oran aranmaktadır.
- n. TBMM, geçmişte olduğu gibi basit çoğunlukla erken seçim kararı alamayacaktır. Ancak beşte üç ile bu kararı verebilmektedir. Seçim kararı verildiğinde devlet başkanı seçimi de birlikte yapılmaktadır. Seçilen “bir kişi”, TBMM seçimlerinin yenilenmesine, kendi seçimini de yenilemek kaydıyla karar verebilmektedir. Yani TBMM’yi feshedebilmektedir.⁵² Tabii yine iki seçim birlikte yapılmaktadır.

⁵² Başkanlık sisteminde başkanın yasamayı feshi rastlanılacak bir durum değildir. Örneğin prototip ülke olan ABD’de başkanın meclisi fesih yetkisi bulunmamaktadır. Gerçi Ekvator’da (madde 148) Başkan “kendi kararına göre Anayasa kapsamında kendisine ait olmayan görevleri üstlendiğini veya haklı bir gerekçe olmaksızın Milli Kalkınma Planının uygulanmasını defalarca engellediğini düşünürse veyahut da ciddi bir siyasi bir krizden ve yurtiçindeki huzursuzluklardan sebep Anayasa Mahkemesi’nin de bu lehte hüküm vermesi halinde Millet Meclisini feshedebilir”. Ancak buradaki geniş kapsamlı yetki, Başkana fesih tehditliyle yasamayı kendi istediği gibi gerçekleştirme gücü vermektedir. Esasında gerek Cumhurbaşkanlığı gerek Meclis için eş zamanlı olarak öngörülen seçimler, Cumhurbaşkanıyla Meclisin birbirlerinin inisiyatifinin önünü tıkadığı açmazları çözmek bakımından etkili bir yöntem olduğu söylenebilir. (Bakınız J. Linz, Political

- o. Seçilen bir kişi, gerekli koşullar oluştuğunda olağanüstü hal ilan edebilmektedir. OHAL esnasında, bu bir kişi, OHAL Kararnamesi çıkarabilmektedir. Bu kararnameler yasa hükmünde kabul edilmektedir.
- ö. Seçilen bir kişi, üye sayısı 15'e düşen Anayasa Mahkemesi'nin tüm üyelerini bir biçimde kendisi belirlemektedir.⁵³ Üçünü TBMM seçmektedir, üçünü YÖK'ün önerdiği adaylar arasından bu bir kişi saptamaktadır. Bu bir kişi, dört üyeyi bazı kategoriler içinden doğrudan kendisi belirlemektedir. Kalan beş üye, Yargıtay ve

and Social Consequences of the Choice Between a Presidential and a Parliamentary System, in *Constitution Making as an Instrument of Democratic Transition*, Science and Technique of Democracy no. 3, [http://www.venice.coe.int/web-forms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1992\)003-e](http://www.venice.coe.int/web-forms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1992)003-e) erişim 04.04.2020) Ancak mevcut Anayasa itibarı ile Cumhurbaşkanlığı seçimleri ile Meclis seçimleri daima eş zamanlı olarak yapılmaktadır. Bu da; her ne kadar Türkiye'deki sistem savunucuları ikinci turda Cumhurbaşkanı olarak seçilen adayın, meclisteki kol-tuk çoğunluğunu kazanan partinin üyesi olmama ihtimali olduğunu vurgulasa da meclis seçimlerinin çok daha kişisel ve ülke çapında olan Cumhurbaşkanlığı kampanyası kapsamına "çekilmesinden" sebep meclisin, Cumhurbaşkanıyla aynı siyasi partiyi temsil edecek olması ihtimalini de beraberinde getirmektedir. (Bkz. Venedik Komisyonu, "2017 Anayasa Değişikliğine İlişkin Görüşü", Venedik, 10-11 Mart 2017). Meclisin seçimlerin yenilenmesine karar vermesi için üye tam sayısının beşte üç çoğunluğu gerekir. Cumhurbaşkanının Meclis üzerindeki etkisi, atama yetkileri de düşünüldüğünde, uygulamada Meclisin Cumhurbaşkanına engel teşkil etmeyeceği anlamı ortaya çıkmaktadır. Bilakis, bu koşullar altında Cumhurbaşkanının ikinci görev süresi devam ederken TBMM'nin, Cumhurbaşkanının aday olması beklenen seçimleri provoke ederek kendini feshetme yetkisi, Cumhurbaşkanının üçüncü defa göreve gelebilmesinin önünü açacaktır.

⁵³ Venedik Komisyonu'nun Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin bu doğrultudaki görüşü şöyledir: "HSK üyelerinin atanma usulüyle ilgili değişiklikler, Anayasa Mahkemesinde geniş yankı bulacaktır. Yargıtay ve Danıştay üyelerinin seçilmesinden HSK mesuldür. Her iki mahkemenin de atamaları yapan Cumhurbaşkanına her bir pozisyon için üç aday göndermek suretiyle Anayasa Mahkemesinin iki üyesini seçme hakkı vardır. Bu suretle, Yürütmenin Anayasa Mahkemesi üzerindeki nüfuzu artmaktadır. Aksine Anayasa Mahkemesi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi veren kanunları şu anda olduğu gibi denetleme olasılığını yitirecektir. Söz konusu değişiklikler kapsamında Cumhurbaşkanının herhangi bir kanunun kendisine yetki vermesine ihtiyacı olmayacaktır. Bu değişiklikler, Cumhurbaşkanlığının yasama faaliyetlerinin sınırlarını, kanunların kanun hükmünde kararnamelerin resmi olarak üzerinde olmasıyla tanımlasa da Anayasa Mahkemesine, bu bağlamda ortaya çıkması kaçınılmaz olan ihtilaflar konusunda sarıh bir karar verme yetkisi verilmemiştir. Dolayısıyla söz konusu değişikliklerin Anayasa Mahkemesi üzerindeki etkisi, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Askeri Yargıtay'ın kaldırılmasını müteakiben Anayasa Mahkemesinin on yedi yerine on beş üyeden kurulması hakkında 146'ncı maddede yapılan değişikliğin resmi sınırları dışına çıkacaktır." Bkz. Venedik Komisyonu, "2017 Anayasa Değişikliğine İlişkin Görüşü", Venedik, 10-11 Mart 2017, parag. 121-123.

Danıştay'ın göstereceği adaylar arasından, yine bu bir kişi tarafından seçilmektedir. Sonuç olarak eğer bu bir kişi ile Meclis çoğunluğu aynı siyasi eğilimde olursa neredeyse tüm üyeler, onun tarafından belirlenmiş olacaktır.

- p. Seçilen bir kişi, yeni adı Hâkimler ve Savcılar Kurulu şeklinde değişmiş olan HSK'nın, neredeyse yarısını seçmektedir. HSK başkanı bu bir kişinin belirlediği adalet bakanı olmaktadır. Kalan üyeleri TBMM, yani meclis çoğunluğuna hâkim parti tarafından belirlenmektedir. Haliyle, bu bir kişi ile Meclis aynı eğilimde ise ki 2017 Anayasa değişiklikleriyle amaçlanan budur, HSK'nın tüm üyeleri,⁵⁴ bir kişi tarafından belirlenmiş olmaktadır.
- r. Türkiye'nin bütçesi seçilen bir kişi tarafından hazırlanıp TBMM'ye sunulmaktadır. Seçilen bir kişi, kanunla belirlenmiş sınırlar içinde "vergi, resim, harç ve benzeri" mali yükümlülüklerde değişiklik yapabilmektedir.
- s. Yükseköğretim Kurulu, yani üniversitelerin yönetimi artık tümüyle "bir kişi"nin takdirine bağlı olmaktadır.

⁵⁴ Venedik Komisyon'un HSK ile ilgili değerlendirmesi bu doğrultuda şöyledir: "Komisyon, teklif edilen HSK oluşumunun son derece sorunlu olduğunu tespit etmiştir. Üyelerinin neredeyse yarısı (13'ün içinden 4+2=6) Cumhurbaşkanı tarafından atanacaktır. Bu vecheden Cumhurbaşkanının artık nötr bir güç (pouvoir neutre) olmayacağını, parti politikasıyla iştigal edeceğinin tekrar altının çizilmesi gerekmektedir: Cumhurbaşkanının HSK üyeleri seçiminin, siyasi açıdan tarafsız olmasına gerek olmayacaktır. Geriye kalan 7 üye ise Büyük Millet Meclisi tarafından seçilecektir. Eğer Cumhurbaşkanı partisinin, Mecliste beşte üç çoğunluğu olursa Bakanlar Kurulundaki tüm pozisyonları doldurabilecektir. Eğer eş zamanlı seçim sistemi kapsamında neredeyse teminat altına alındığı üzere koltukların en az beşte ikisine sahip olursa Cumhurbaşkanı tarafından atanan üyelerle birlikte çoğunluğu oluşturmak suretiyle birçok koltuk sayısına sahip olabilecektir. HSK'nın hâkimlerin ve cumhuriyet savcılarının atanması, terfii, tayini, cezalandırılması ve görevden alınması konularını denetleyen ve kendi kendini yöneten bir kurul olması sebebiyle, bu durum yargıyı ciddi derecede tehlikeye atacaktır. Bu kurul üzerindeki kontrolü ele almak, bilhassa da hâkimlerin sıkça görevden alındığı ve tayinlerinin de artık genel bir uygulama haline geldiği bir ülkede hâkim ve cumhuriyet savcılar üzerindeki kontrolü de ele almak anlamına gelecektir. Bu bağlamda değişiklik tekliflerinin, HSYK üyelerinin değişikliklerin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 78 en geç otuz gün içinde seçilmelerini öngörmesi ve değişiklikleri destekleyen siyasi erklerin, TBMM'deki koltukların beşte üçünden fazlasına sahip olması ve bu sayede de HSK'daki tüm kadroyu doldurabilmeleri büyük önem arz etmektedir." Bkz. Venedik Komisyonu, "2017 Anayasa Değişikliğine İlişkin Görüşü", Venedik, 10-11 Mart 2017, parag. 119.

2. 2017 Anayasa Değişikliğinin Kuruculuk ve Demokratik Niteliği

2017 Anayasa değişikliğine kadarki süreçte, özgürlüklerin önünü açacak olan, iktidarı, özgürlükler lehine sınırlayan ve demokratik yöntemlerle dengelemeyi içeren yeni bir anayasa ihdası arayışı sürmüştür. Ancak 2017 Anayasa değişikliği ile demokratik ve özgürlükçü anayasa hedefi terk edildi, bunun yerine özgürlükler aleyhine otoritenin derinleştirilmesi ile denge-denetim mekanizmaları ortadan kaldırılarak, siyasi iktidarın tek merkezde toplanması yoluna gidildi. Böylelikle, 12 Eylül 1980 Darbesinin kurduğu, özgürlükler karşısında otoriter yönetimi tercih eden, devleti merkeze alan, birey özgürlüklerini geriletan düzene geri dönüldü.⁵⁵ Hatta diyebiliriz ki 1982 Anayasasının ilk halinden daha da geriye gidildi.

Değnilmesi gereken önemli bir husus, özgürlükler alanını ortadan kaldıran olağanüstü rejim uygulamasının, bir kez daha Anayasasının otoriter yüzünü ortaya çıkarmasıdır.⁵⁶ Dolayısıyla burada kısaca olarak bu Anayasa değişikliğinin ortam ve koşullarına da değinelim. Esasında bizdeki gibi katı anayasaların değiştirilmesi, usul kurallarının yanında “ortam ve koşullar” bakımından da kayıtlamalara bağlanabilmektedir; OHAL, seferberlik, savaş, işgal vb. durumlar. Bu tür kayıtlar içeren anayasa örnekleri: Belçika (1994), Brezilya (1988), İspanya (1978), Romanya (1991). Ancak bizde, ortam ve koşullara bağlı kayıtlar bulunmamakla birlikte, 1971 ve 1973 Anayasa değişiklikleri, sıkıyönetim sırasında yapıldığı için anayasacılar tarafından, meşruluk bakımından sürekli eleştirilmiştir.⁵⁷ OHAL KHK’leri yoluyla giderek ağırlaşan uygulamalar, OHAL’in üçüncü ayında “Anayasayı askıya alma” eşiğine ulaşmıştır. Oysa tam tersine, siyasi iktidarı sınırlama ve insan hak ve özgürlüklerini güvenceleme özelliği ile Anayasa, özellikle hak ve özgürlüklerin sınırlandığı, kamu makamlarının ise yetkilerinin arttırıldığı ortam ve koşullarda saygı⁵⁸ görmeliydi. Maalesef bu saygıya, dikkat ve özen gösterilmemiştir. Bu koşullarda Anayasa

⁵⁵ Sevtap Yokuş, Türkiye’de Siyasal Süreçlerin Anayasal Düzleme Yansımaları, Democratic Progress Institute, Nisan 2018, s. 22.

⁵⁶ Sevtap Yokuş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi Pratiği ve Anayasa Şikâyetine Etkisi, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, Ön-sözden.

⁵⁷ İbrahim Ö. Kaboğlu, 15 Temmuz Anayasası, Tekin Yayınları, İstanbul 2017, s. 45.

⁵⁸ Kaboğlu, 15 Temmuz Anayasası, s. 45.

değişikliği teklifinin üzerindeki tartışmalar sağlıklı bir şekilde gerçekleşmemiştir ve halkoylaması propaganda çalışmalarının özgürlük ve güvenlik içinde sağlıklı yürütülmesi imkânsızlaşmıştı. Kaldı ki, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabildiği ve durdurulabildiği, fiilen de böyle yapıldığı bir yönetim usulü olarak olağanüstü hal döneminde Anayasa değişikliği yapılması ve halkoyuna sunulması ilke olarak da doğru olmamıştır.⁵⁹

15 Temmuz döneminde gündeme oturtulan “anayasal tasarım” ise 1961 ve 1982 reddiyesi ile sınırlı kalmamıştır. Hatta temelleri Osmanlı’da atılan Cumhuriyet kazanımlarına tepki ve onların reddi anlamını taşıdığı ifade edilmiştir.⁶⁰ Zaten Anayasa değişikliğinin bir kurucu iktidar tekniği olarak tarafımızca nitelendirilmesi de bu doğrultuda yoğunlaşmaktadır.⁶¹

Sonuç olarak, 2017 Anayasa değişikliğine ilişkin öncül sorunlardan en önemlisi Anayasa değişikliğinin hazırlandığı ortam ve buna giden süreçle ilişkindir. Bu da Anayasa değişikliği ile birlikte tüm Anayasanın meşruiyetine gölge düşürmektedir. Venedik Komisyonu’nun belirttiği gibi *“kamuoyuna ve kurumlara tartışma olanağı tanıyan ve doğru işleyen bir anayasa değişiklik süreci, anayasanın meşruiyetine, anayasaya aidiyet duygusuna ve demokratik anayasal geleneklerin bütünleşmesine*

⁵⁹ Hikmet Sami Türk, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri, Yetkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 321.

⁶⁰ Kaboğlu, 15 Temmuz Anayasası, s. 132.

⁶¹ Anayasa-kurucu iktidar eşleşmesinde anayasaya form kazandıran kurucu iktidardır. Kurucu iktidar tekniği gerek haklar şartı gerek yapısal şartlar üzerindeki belirleyici güçtür. Bu durum de facto böyle olsa da de jure olarak kurucu iktidar yine de hukukun belirli ilkelerine bağlı olmak zorundadır. Aksi halde anayasanın normatif devreler analizi her ne kadar legaliteyi sağlasa da legitimateyi sağlayamaz. Dolayısıyla kuvvetler ayrılığı ve hukuk devletinin araçlarıyla donanmadıkça bir anayasa meşruiyet bulamaz. Şu hâlde kurucu iktidar de facto bir hacimde form bulan ve sınırsız olan bir olgu değildir. Öte yandan burada kurucu iktidar kimdir sorusu önem kazanmaktadır. Kurucu iktidar, meşru yöneticiden meşru yönetime evirilen süreçte nihai olarak halk ve onun iradesi ile form bulmaktadır. Modern demokrasilerde halkın iradesinin tecelli ettiği yer ise parlamentolardır. Başkanlık sisteminde denge ve denetim ağı iyi kurgulandığında başkanın halk tarafından seçilmesinde bir beis söz konusu olmamaktadır. Fakat saf başkanlık sisteminden mülhem sistemlerde bu denge ve denetim ağının sağlam bir şekilde kurgulanmadığını, dolayısıyla ve en önemlisi de parlamentoların başkan karşısında işlevsizleştirildiğini gözlemlemekteyiz. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde yürütmenin başı olarak Cumhurbaşkanının yetkileri düşünüldüğünde de bu doğrultuda kimi soru işaretleri uyanmaktadır.

zaman içinde büyük katkıda bulunmaktadır.”⁶² Bu noktada 2017 Anayasa değişikliğine ilişkin bir meşruiyet noksanlığı görmekteyiz. Bununla birlikte Anayasa değişikliği bünyesindeki kural ve usullerin yorumu oldukça açık ve tartışmalı olması ve demokratik sürecin dışında bir ivedilik sergilenmesi başta siyasi istikrar olmak üzere bizzat Anayasanın meşruiyetine gölge düşürmüştür. Oysa ki tüm siyasi unsurlar ve sivil toplum örgütleri Anayasa değişikliği sürecine dahil edilmeliydi. Ancak bunun gerçekleşmesi için de 2017 Anayasa değişikliği sürecinde, barışçıl toplantı özgürlüğünü, ifade özgürlüğünü ayrıca tartışmaların basında adil, yeterli ve kapsamlı şekilde yer almasını kolaylaştıracak pozitif yükümlülüklerinin eşit derecede uygunluk göstermesi gerekmektedir.

Görüldüğü gibi, hedeflenen anayasa toplumsal barışa dayanan, demokratik-özgürlükçü-eşitlikçi bir anayasa olacaksa, daha anayasanın hazırlık sürecinde demokratik ilkeler, hukukun üstünlüğü ile hak ve özgürlükler kurucu öğeler olmalıdır. Dolayısıyla Türkiye için yeni anayasa ihdası tartışmalarında erkler arası denge-denetim esasını benimseyen parlamenter sistem başta olmak üzere demokratik bir anayasanın gerekleri öne çıkarılmalı ve bu doğrultuda ifade özgürlüğü kullanılarak anayasa ile aşılması mümkün temel sorunlar çözülmelidir.

Sonuç, Değerlendirme ve Öneriler

Türkiye’de hiçbir anayasanın izlenen yöntem itibarı ile sivil demokratik olduğu söylenemez. Anayasaların yapımında yöntem itibarıyla 1921 Anayasası, içerik itibarıyla ise 1961 Anayasası dışarıda tutulursa ülkemizin gerçek anlamda gerek yapılış yöntemi gerek içeriği bakımından demokratik hukuk devleti ile uyumlu bir anayasaya sahip olmadığı söylenebilir. Çünkü anayasalar gerçek anlamda toplumun farklı kesimlerini temsil eden, halk tarafından serbestçe seçilmiş kurucu meclislerin elinden çıkmamıştır. Burada anayasaların yapımı ve içeriği üzerinde bir müzakere ve uzlaşma ortamı da söz konusu olmamıştır. Dolayısıyla neredeyse tüm anayasalarımız ve hâlihazırdaki 1982 Anayasası demokratik anayasaların sahip olması gerektiği normlardan uzak kalmıştır.

⁶² Venedik Komisyonunun Anayasa Değişikliğine İlişkin Raporu, CDL-AD(2010)001, §§ 204, 205.

Özellikle 1982 Anayasası bu bakımdan sürekli bir tartışmanın odağındadır. Çünkü Anayasa gerek yapılış yöntemi gerek muhtevası itibarıyla çağdaş çoğulcu bir zemine sahip değildir. Anayasa özgürlükçü ve demokratik bir hüviyete sahip değildir. Keza özellikle 2017 Anayasa değişikliği, kurucu iktidar tekniği ile hazırlanmış ve gerek hazırlanması gerek kabulüyle ilgili sürece bakıldığında, hemen hemen tüm aşamalarında halkın katılımını engellemeye yönelik bir iradenin devrede olduğu söylenmelidir. 2017 Anayasa değişikliğinin halkoylaması da olağanüstü ortam ve şartlarda gerçekleştirilmiş ve adeta plebisite yakın bir yöntemle kabul edilmiştir.⁶³ Zaten 1982 Anayasası otoriter ve devlet merkezli bir ideolojiye sahipti; 2017 Anayasa değişikliği ise bu otoriter ruha ivme kazandıracak yetkilerle iktidarı yürütme etrafında tekelleştirmiş ve tekillenmiştir. 1982 Anayasası her haliyle toplumsal mutabakat eseri olmaktan uzaktır. Çağdaş anayasacılık düşüncesinin aksine, devlet merkezli bir toplum ve siyaset anlayışı 1982 Anayasasına hâlihazırda damgasını vurmaktadır.

Bir anayasayı sivil ve demokratik yapan temel unsur o anayasanın içeriği kadar yapılış yöntemiyle de ilgilidir. Türkiye acil ve bu bakımlardan demokratik hukuk devleti ile bağdaşır yeni bir anayasaya ihtiyaç duymaktadır. Fakat bu yeni Anayasa, toplum içinde olabildiğince geniş bir konsensüsü yansıtacak demokratik bir uzlaşma yolu ile yapılmalıdır. Anayasayı yapan organ özgür ve adil seçimler sonucu belirlenmelidir. Yeni anayasa evrensel ilkeler doğrultusunda yapılmalı ve halkın gerçek anlamda sahiplendiği bir hüviyet taşınmalıdır. Bu yönüyle yeni anayasa, devletçi, vesayetçi, otoriter ve yasakçı zih-

⁶³ Nitekim Venedik Komisyonu bu doğrultuda görüşünü şu şekilde ortaya koymaktadır: “Daha genel bir ifadeyle, Venedik Komisyonu şunu yineler: ‘[...] referandum koşulları, seçmenlerin bir görüş oluşturma özgürlüğünü güvence altına almalıdır. Bu, diğer şeylerin yanı sıra [...] seçmenlere yeterli bilgi verilmesini ve kamuoyu tartışmaları için yeterli zamanın ayrılmasını gerektirir’. Kritik bir referanduma giderken, misilleme korkusu olmaksızın karşıt görüşlerin tartışılabilirdiği sağlıklı ve çoğulcu bir medyaya sahip olmak özellikle önem taşımaktadır. Venedik Komisyonu’nun aşağıda açıklayacağı gibi, büyük oranda olağanüstü hâl tedbirlerinin etkisiyle medya özgürlüğünün ciddi bir şekilde zarar gördüğü mevcut koşullarda, Türkiye’nin gelecekteki anayasası hakkında düzgün bir kamusal tartışmanın yürütülmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, bu perspektiften bakıldığında, anayasa değişikliğinin zamanlaması kaygı uyandırmaktadır.” Venedik Komisyonu, “Son Dönemde Çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnamelerde Yer Alan Medya Özgürlüğüne İlişkin Tedbirler Hakkında Görüş”, Venedik 10-11 Mart 2017.

niyeti terk etmelidir. Her şeyden önce yeni Anayasa insan haklarına dayanmalıdır, bireyi ve onun haklarını esas almalıdır, eser olarak bir devlet kültürünün dizaynından ibaret olmamalıdır, toplumsal çeşitliliği bir tehlike değil bir zenginlik olarak görmelidir. Sonuç olarak anayasal demokrasinin tüm kurumları ve ilkeleri bu anayasada yer almalıdır. Bu da ancak kapsayıcı ve katılımcı bir anayasa yapım yöntemi ile mümkün gözükmektedir.

Öte yandan, Venedik Komisyonu'nun da mükerreren ifade ettiği üzere *"demokratik bir Anayasa yapım sürecinin temel şartları, çoğulcu görüşlere imkân tanıyan koşulların ve yeterli zaman dilimlerinin oluşması, şeffaflık, açıklık ve kapsayıcılık ve ayrıca tartışmalı konuların usullere uygun şekilde müzakere edilebilmesidir."* Yeni ve iyi bir Anayasa, toplum içinde mümkün olabilecek en geniş görüş birliği esas alınarak kabul edilmeli ve [...] *"demokratik standartlarla aynı doğrultuda ve toplumun tamamı tarafından kabul gören, daimi bir metnin kabul edilmesindeki en önemli ön koşul, muhtelif siyasal erkleri, sivil toplum kuruluşları ile sivil dernekleri, akademik çevreyi ve basını da içine alan geniş ve sağlam temelli bir müzakerenin gerçekleşmesidir. Çok katı zaman kısıtlamalarından kaçınılmalı ve yeni Anayasanın kabulüne ilişkin takvim, müzakerede kaydedilen ilerlemelere uygun olmalıdır."* Müzakerelerin kamuya açık ve özgür yapılabilmesi için *"buna olanak sağlayan bir ortamda"* yapılmaları gereklidir. *"Ayrıca halk oylamasına başvurulacaksa halk oylamasının uygun olarak icra edilmesi, açıklık ve şeffaflığın sağlanması ve seçmenlere açık ve kesin alternatifler sunulması büyük önem arz etmektedir."*⁶⁴

Sonuç olarak anayasa çeşitli iktidar formları arasında yetki dengelenmesinin bir sonucudur. Dolayısıyla eğer bir erke herhangi bir yetki veriliyorsa diğer erkler de bu yetkiyi dengeleyici ve denetleyici bir yetki ile donatılmalıdır. Bir diğer ifade ile kurumsal yetki dizisi bir organa ne kadar yoğun bir şekilde bahşediliyorsa aynı şekilde denetim mekanizmalarının da buna paralel olarak katılaştırılması gerekmektedir. Karşılaştırmalı anayasa hukukunda denge ve denetim mekanizması ancak bu şekilde kurgulandığında anayasal anlamda bir

⁶⁴ Venedik Komisyonu, "Son Dönemde Çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnamelerde Yer Alan Medya Özgürlüğüne İlişkin Tedbirler Hakkında Görüş", Venedik 10-11 Mart 2017.

meşruiyete sahip olunur. Şu hâlde anayasa kavramı komplike bir denge ve denetleme ağına içkin olup anayasalardaki her bir hükmün bu bakımdan kuvvetler ayrılığı ekseninde değerlendirilmesi gerekir. 2017 Anayasa değişikliği ise Cumhurbaşkanına oldukça etkin bir yetki dizisinin ihdasından ibaret kalmaktadır. Burada yasama, yürütme ve yargı arasında işlevsel niteliği düşük bir denge ve denetim mekanizması öngörülmektedir. Şöyle ki; Türkiye’de kuvvetler arası denge ve denetim mekanizmalarından olan bir çift meclislilik kurumu söz konusu değildir. Amerika Anayasasının aksine federalizm yoktur. Başkan yardımcısı seçimleri bulunmamaktadır. Meclisin yürütme organının atamaları üzerinde herhangi bir söz *geçerli değildir. Cumhurbaşkanının kendi iradesi ile Meclisi fesih yetkisi vardır. Cumhurbaşkanlığı seçimleri Meclis seçimleri ile eş zamanlı yapılmaktadır. Yargının oluşum biçimindeki noksanlık kurumsal duruş ve pratiğe de yansımaktadır. İşte tüm bu hukukun üstünlüğü ve kuvvetler ayrılığındaki noksanlıklar Güney Amerika, Asya ya da Afrika’da ABD’den esinlenmiş kimi başkanlık sistemlerinde dikta rejimlerine yol açığının da vurgulanması gerekmektedir.*

Gelinen noktada 1982 Anayasası siyasal sistemin işleyişinde demokrasi ve otorite arasındaki kontrollü geçiş kabiliyetini kaybetmiştir.⁶⁵ Anayasal düzenin içerisinde yerleştirilen “siyasal erk” beraberrinde tekil ve tekel iktidar kurgusunu, dolayısıyla anayasal patolojiyi getirmiştir. Kurulan bu anayasal yapı, özü ve işleyişi itibarıyla bir sivil vesayet rejimi ortaya çıkarmıştır. 1982 Anayasasının hâlihazırdaki reel politığının teçhiz ettiği iktidar odağı, geleneksel anayasa birikimine dayalı olarak geliştirilen sivil otorite karşısında devlet iktidarı yüceltmesi formülünün aksine sivil ancak bir vesayet kurumu olarak ortaya

⁶⁵ Çünkü demokratik siyasal sistemlerin meşruluk temeli, önemli oranda, toplumda fay hattı yaratan sorunlara çözüm yollarının geliştirilebilmesi ile sağlanabilmektedir. (Karşılaştırınız S. M. Lipset, Siyasal İnsan, Çev: Mete Tunçay, Teori Yayınları, Ankara 1986, s. 59.) Anayasal demokrasi demokratik devlet ile hukuk devletinin bir birleşimidir. Temsili demokraside özgürlük tekniği ile donatılmış hukuksal düzen, özgürlüklerin gerçekleştirilmesi doğrultusunda liberal anayasal devlet için bir ön şart olarak görülebilir. Giovanni Sartori, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Çev: Tuncer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 419, 420. 2017 Anayasa değişikliğinin kurucu gücü ise hem meşruluk temelinde hem de özgürlük tekniğiyle donatılmış anayasal demokrasi temelinde büyük eksiklikler yaşamaktadır.

çıkmuştur. Türdeş sosyo-politik toplum kesimini, muhafazakâr toplum katmanını bir araya getiren 2017 Anayasa değişikliğindeki suni süreç de tespitlerimizin sağlamasını ortaya koymaktadır. Gerçekten de demokratik hukuk devletinden farklı bir siyasal rejim kategorisi üreten 2017 Anayasa değişikliği, evrensel demokratik katılım ve hukuki güvencelerden uzak tekçi toplum-iktidar ilişkilerini öngörmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Arendt Hannah, Devrim Üzerine, Çev. Onur Eylül Kara, İletişim Yayınları, İstanbul 2012.
- Benhabib Seyla, Demokrasi ve Farklılık, Çev. Zeynep Gürata, Cem Gürsel, İstanbul 1999.
- Kaboğlu İbrahim Ö., 15 Temmuz Anayasası, Tekin Yayınları, İstanbul 2017.
- Lipset S. M., Siyasal İnsan, Çev: Mete Tunçay, Teori Yayınları, Ankara 1986.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2017.
- Paine Thomas, Ortak Akıl, İnsan Hakları ve Tarımsal Adalet, Haz. Jessica Kimpell, Çev. Faruk Gültekin, Doruk Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Sartori Giovanni, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Çev: Tuncer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- Sevinç Murat, Türkiye'nin Anayasa İmtihanı, İletişim Yayınları, İstanbul 2017.
- Türk Hikmet Sami, Anayasa Aykırı Anayasa Değişiklikleri, Yetkin Yayınevi, Ankara 2018.
- Yokuş Sevtap, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi Pratiği ve Anayasa Şikâyetine Etkisi, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.
- Yokuş Sevtap, Türkiye'de Siyasal Süreçlerin Anayasal Düzleme Yansımaları, Democratic Progress Institute, Nisan 2018.
- Wheare K. C., Modern Anayasalar, Çev. Mehmet Turan, Değişim Yayınları, Baskı, 1985.

Makaleler

- Anayurt Ömer ve Ahmet Ekinci, "Tek Başlı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı ve 2017 Anayasa Değişikliği İle Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanlığı Yardımcılığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz", Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Ankara 2017.
- Arato Andrew ve Jean Cohen, "Banishing the Sovereign? Internal and External Sovereignty in Arendt", Constellations, C. 16, S. 2, 2009, 307-330.
- Breen Keith, "Law beyond Command? An Evaluation of Arendts Understanding of Law", Hannah Arendt and Law, Hart Publishing, 2012, 15-34.

- Dean Mitchell, "Normalasing Democracy: Foucault and Habermas on Democracy, Liberalism and Law," Foucault Contra Habermas, Ed. Samantha Ashenden-David Owen, Sage Publications, London 1999.
- Dworkin Ronald, "Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, 2011, 27-39.
- Ergül Ozan, "Türkiye'de Demokratik Sürecin Güçlendirilmesi İçin Anayasa Değişim Beklentileri", *Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim*, Ed. Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2010.
- Gönenç Levent ve Ali Ersoy Kontacı, "2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama-Yürütme İlişkileri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 145, 2019, 53-79.
- Gören Zafer, "Erkler Ayrılığı İlkesi ve 2017 Anayasa Değişikliği ile Benimsenen Hükümet Sistemi", *İzmir Barosu Dergisi*, Eylül 2019, 469-489.
- Habermas Jürgen, *Between Facts and Norms*, Çev. William Rehg Polity Press, Cambridge 1998.
- Landau David, "Abusive Constitutionalism", *University of California Davis Law Review*, C. 47, S. 1, 2013, 189-260.
- Montesquieu "İngiltere'nin Esas Teşkilatı", Çev. Mükbil Özyörük, *Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi*, C. II, S. 1-2, 1947.
- Muldoon James, "Arendts Revolutionary Constitutionalism: Between Constituent Power and Constitutional Form", *Constellations*, 2015, 1- 12.
- Pasquino P., "Constitutionalism, Ancient, and Modern. Classifying Constitutions: Preliminary Conceptual Analysis", *Cardozo Law Review*, C. 34, S. 3, 2013, 999-1019.
- Rehg William, "Translators Introduction," *Between Facts and Norms*, Jürgen Habermas, Polity Press, Cambridge 1996.
- Sartori Giovanni, "Consitutionalism: A Preliminary Discussion", *The American Political Science Review*, C. 56, S. 4, 1962, 853-864.
- Scehpeple Kim Lane, "The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work", *Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions*, C. 26, S. 4, 2013, 559-562.
- Şirin Tolga, "2017 Anayasa Değişikliğinin Yargı Bağımsızlığı Yönünden Değerlendirilmesi", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 6, S. 1, 2017, 85-116.
- Tushnet Mark, "Authoritarian Constitutionalism", *Cornell Law Review*, C. 100, S. 2, 2015, 391-461.
- Varol Ozan, "Temporary Constitutions", *California Law Review*, C. 102, S. 2, 2014, 409-464.
- Volk Christian, "From Nomos to Lex: Hannah Arendt on Law, Politics, and Order", *Leiden Journal of International Law*, C. 23, S. 4, 2010, 759-779.
- Yokuş Sevtap, "1982 Anayasası'nda Yürütme Erkinin Ağırlığı", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Ayferi Göze'ye Armağan), Maltepe Üniversitesi Yayınları, 2004/1-2, İstanbul.
- Zabunoğlu H. Gökçe, "Bir Radikal Demokrasi Teorisi Olarak Müzakereci Demokrasi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 66, S. 4, 2017, 795-817.

İnternet kaynakları

Duygun Mert, “Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Kararlarına Dair İlk Gözlemler”, Anayasa Gündemi, <https://anayasagundemi.com/2020/05/18/forum-dr-ahmet-mert-duygun-anayasa-mahkemesinin-cumhurbaskanligi-kararnamesi-kararlarina-dair-ilk-gozlemler/>, erişim 14.09.2020.

Gözler Kemal, “Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa”, <http://www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v2.pdf>, s. 6, erişim 15.09.2020.

Yücel Bülent, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Hakkında Bir Siyasal Niteleme: ‘Yasamasızlaştırma’ Sürecinin Son Halkası”, Kamu Hukukçuları Platformu, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/bylent_yycel.pdf, erişim 14.09.2020.