

## YENİ ANAYASA : SÜREÇ, İÇERİK VE DÜZEN

İbrahim Ö. Kaboğlu \*

### ÖZET

Türkiye’de devam eden Anayasa yenileme çalışmalarına ilişkin olan sunuş yazısı, üç ana başlıktan oluşmaktadır: yeni anayasa süreci, yeni anayasanın içeriği ve yeni anayasal düzen. Şu iki etken, süreci zorlaştırmaktadır: ilki, yenileme çalışmasının anayasal düzenin devamlılığında yapılıyor olması. İkincisi ise, toplumsal yapıdaki ayrışmalar ve siyasal kültürün çatışmacı özelliğidir. Bu nedenle, Anayasa Uzlaşma Komisyonu tarafından yürütülen çalışmalar, sürekli siyasal aktörlerin müdahaleleri ile karşılaşmakta, yeni Anayasa yapımını gerekli kılan temel sorunlar üzerinde consensus (oydaşma) sağlamakta güçlük çekilmektedir. Bunların başında, “yurttaşlık”, “laiklik” ve “adem-i merkeziyet” gelmektedir. Ne var ki, tartışmaların siyasal rejim üzerine yönlendirilmesi, temel sorunlar üzerindeki consensus açığını daha da derinleştirmektedir. Siyasal rejim tercihi üzerinde tartışmalar ilkeler üzerinden yapılabilseydi eğer, o durumda, parlamenter rejim yerine başkanlık rejimini tercih gereği üzerine tartışabilecektik. Fakat, bu yapılmayıp, dikkatlerin daha çok bunun seçeneklerine yöneltilmesi, ayrışmaları derinleştirdi. Böyle olunca, fren ve denge mekanizmalarını yürütme lehine bozmuş olması nedeniyle yakınılan 1982 Anayasası yerine geçecek Anayasanın, erkler ayrılığı temelinde hangi denge ve denetim mekanizmaları ekseninde yazılması gerektiği sorunu ikinci planda kaldı. Kıta Avrupası geleneğini izleyen Türkiye’deki ikili yargı düzenini tek yargıya dönüştürme yönünde yapılan öneriler de, rejim tercihinde yapıldığı üzere, ilkeler yerine uygulamaya yönelik kaygı ve beklentileri öne çıkardı. Haliyle, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının gerekleri tartışılmadı. Anayasa yazımında karşılaşılan sorunlarda, Uzlaşma Komisyonu’nun saydamlıktan uzak çalışma tarzı etkili olduysa da, Hükümet çevrelerinin beklentileri çok daha belirleyici oldu. TBMM açısından da, Anayasa çalışmasını gölgeleyici mevzuat çalışmalarından söz edilebilir. Gerçekten, Yasama organı, yürürlükteki Anayasa’ya aykırı yasaları elden geçirerek insan haklarını ve demokrasiyi ilerletme çalışmalarından çok, yeni anayasal düzene giden yolu tıkayıcı mevzuat faaliyetini sürdürmekte sakınca görmedi. ”Ülke-insan-devlet” üçlüsüne

\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

dayanması gereken yeni anayasal üzerine etraflı ve sürekli tartışmaların yapılamamış olması da, değinilen sorunlarla birlikte, basın ve yayın kuruluşlarının önceliği, siyasal aktörlerin eğilimleri doğrultusunda belirliyor olmalarından kaynaklanmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Anayasa yapımı, Anayasal düzenin devamlılığı, Anayasa Uzlaşma Komisyonu, fren ve denge mekanizmaları, yurttaşlık, laiklik, adem-i merkezîyet, rejim tercihi, yargı düzeni, hak ve özgürlükler, yeni anayasal düzen.

\*\*\*

İki yıldır yazım çalışmaları devam eden Anayasa sürecinde gelinen aşama nasıl değerlendirilebilir ? Bu soruya, konu üç aşamalı olarak ele alınmak suretiyle yanıt aranacak : süreç, içerik ve düzen.

## -I-

### YENİ ANAYASA SÜRECİ

#### A) 21. yüzyılda Anayasa yapımı üzerine

20. yüzyıl anayasaları, daha çok “kopma veya geçiş dönemi” Anayasalarıdır. Avrupa devletlerinde yürürlükte bulunan Anayasaların çoğu, böyle bir dönemin ürünüdür. Bugün Akdeniz havzasında tanık olduğumuz -özellikle Tunus, Mısır ve Libya’daki- anayasal hareketler, “geçiş dönemi” süreçlerini yansıtmaktadırlar.

21. yüzyıl Anayasaları ise, daha çok “*anayasal düzenin devamlılığı*” esnasında yapılan ve hazırlanacak olan Anayasalardır. İsviçre, Finlandiya ve Macaristan ile Türkiye’de yaşanan süreç, bunun örnekleridir.

Fark nedir veya ne olacaktır?

Geçiş döneminde Anayasa yapımı, göreceli olarak (olağan döneme göre) daha kolaydır. Çünkü, kopma sonucu ortaya çıkan güç dengelerinin eğilimi belirleyicidir. Yapım usulünü, olağanüstü koşullara özgü iktidar odakları belirlese de, hedef önemlidir. Bu bakımdan, mesela, 1961 ve 1982 Anayasalarının yapım ortam ve koşullarında benzerlik ve paralellikler bulunsa da, yapımında belirleyici olan güçlerin dünya görüşlerinde ve hedeflerinde önemli farklar vardır<sup>1</sup>.

Olağan dönemlerde, yani anayasal düzenin devamlılığında “*Anayasa yapımı*” daha zordur. Çünkü, burada hedef, yürürlükteki Anayasa'nın ilerisine geçmektir. Bu bakımdan, demokratik düzeni kurmayı amaçlayan Anayasa'nın yapım usulü de demokratik olmalıdır. Bu ne-

<sup>1</sup> Bkz. Bülent Tanör, *İki Anayasa: 1961 – 1982*, Beta yay., 1986 İstanbul.

denle bu süreçte, güç dengelerinden çok, katılım, müzakere, uzlaşma ve oydaşma (consensus) olanakları elden geldiğince kullanılır.

Tercih edilen yol ve yöntemde, ülkelerin özgül deneyimleri, farklılaşmalar yaratabilir: Meselâ, İsviçre’de halk temel alındığı halde, Finlandiya’da parlamentodaki uzlaşma ve oydaşma yeterli görüldü.

Tunus, seçimle belirlenen bir Anayasa Meclisi ile işe başladığı halde; Mısır, Yasama Meclisi yoluyla Anayasa yaptı. Metni halk onaylamış olsa da, Başkan Mursi’nin etkisi ve çoğunluk kuralını dayatması belirleyici olduğundan, daha baştan meşruluk sorunu ülke gündemine yerleşti. Tunus ise, daha müzakereci ve çoğulcu bir yaklaşımla ilerlediği için gecikti. Ama bu, Anayasası’nın, en azından Mısır’inkine kıyasla daha meşru ve demokratik olacağını gösteriyor<sup>2</sup>.

Bu arada, Macaristan, 2011’de yeni bir Anayasa yaptı. Usul olarak, ne İsviçre ne de Finlandiya yolunu izledi. Hattâ, Mısır ve Tunus ile karşılaştırıldığında, Tunus’tan çok Mısır’da izlenen usul ağır bastı. Başbakan Victor Orban ve Partisi Fidesz’in çoğunlukçu dayatması belirleyici oldu<sup>3</sup>.

Macaristan sapması, şunu gösteriyor: Olağan dönemde ve anayasal düzenin devamlılığında Anayasa yapımı, “*insan hakları ve demokrasi*”yi eksen alan bir hukuk devleti için güvence oluşturmayabiliyor ; tam tersine, geçiş döneminde, -olağan dönemdekine göre- daha demokratik bir yöntem uygulanabiliyor.

Acaba Türkiye, bunların neresinde yer alıyor? Anayasa yapımına, İsviçre gibi değil, Finlandiya gibi koyuldu. Ya sonrası?

## B) Türkiye’nin tercihi/yol haritası

Türkiye, yaklaşık yirmi yıl süren arayışın ardından, yenileme süreci konusunda tercihini, halk tarafından seçilecek bir Anayasa Meclisi’nden yana değil, TBMM’nin, Anayasa Uzlaşma Komisyonu (AUK) adı verilen bir Kurul yoluyla başlatması ve sürdürmesi şeklinde oldu<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Akdeniz Havzasında Anayasal Süreçler/ Constitutional Process in the Mediterranean Basin/Les processus constitutionnels dans le bassin méditerranéen*, AYHD-2.

<sup>3</sup> Nisan 2011’de Macaristan Parlamentosunda 44’e karşı 262 oyla muhafazakar sağ parti, Fidesz’in dayatmasıyla kabul edilen ve 1 Ocak 2012’de yürürlüğe giren Anayasa, Sosyalist Parti ve sol çevrelerde yoğun biçimde eleştirildi. Öyle ki, Macaristan, komünist rejimden liberal rejime, 1949 Anayasası’nda uzlaşma yoluyla revizyon yaparak geçti ve geçiş döneminde Anayasa Mahkemesi, kayda değer bir işlev gördüğü halde; 2011’de, -Anayasa Mahkemesi yetkilerinin kısıtlanması dâhil- daha derin bir kırılma yarattı. Macaristan’daki yeni anayasal gelişmeler üzerine. Bkz. aşa.” Anayasa haberleri”.

<sup>4</sup> Anayasa değişiklik usulü (madde 175), Anayasa’nın yenilenmesine ilişkin herhangi bir kayıt öngörmediğinden ve madde 4, ilk üç maddenin değiştirilememesi amacına

Süreç, başlangıç olarak daha kolay, ama sürdürülebilirlik açısından zorlu bir yolu yansıtıyor. Bunda, TBMM üyelerinin “*millî egemenlik*” anlayışı belirleyici oldu. Egemenliğin en üst norm düzeyinde simgesi olan ve gelecek kuşaklar için bağlayıcı nitelik taşıyan Anayasa yapma yetkisini, 19. yüzyıl egemenlik anlayışına indirgeyen bir yaklaşımdan söz edilebilir.

Buna karşılık, bu tercihi tartışmak yerine, bunu bir veri olarak kabul ederek, AUK ve çalışmaları üzerine bir kaç saptama yapılabilir:

- *Olumlu yönleri*: AUK'nın, TBMM'de grubu bulunan partilerin eşit temsiliyle oluşması; Komisyonun halka danışması, halktan öneriler alması ve partiler arasında müzakere yolunun açılmış olması.

- *Soru ve sorunlar*: Katkıların ne ölçüde dikkate alınarak değerlendirildiğinin bilinmemesi; Komisyon çalışmalarının saydam olmayışı; Komisyon üzerinde siyasal baskılar...

Baskılar, Komisyon üzerindeki “*dış zorlamalar*” şeklinde nitelenebilir. Komisyon dışından gelen doğrudan ve dolaylı baskılar, süre ve içerik sorunlarına yöneliktir. Zaman zaman süre baskısını dillendiren Hükümet, önce “*tek başlı yürütme*”, sonra “*yargı birliği*” yönünde açıklama ve önerilerde bulunmuş; daha sonra, bununla yetinmeksizin, yaptığı önerileri savunmak amacıyla kampanya başlatmıştır.

Bu müdahaleler neden baskı oluşturmaktadır?

- Bir kez, AUK'nın Çalışma Usullerini belirleyen 15 maddelik metne göre<sup>5</sup>,

“*Sürecin tamamlanıp tamamlanmadığı ve nihai metnin (taslak bütünüünün) tekemmül edip etmediği hususu dahi mutabakat ile belirlenir.*” (md.6/2).

“*Komisyonun görevi, Anayasa teklifinin Genel Kurulda kabul edilip kanunlaşmasıyla veya siyasi partilerden birinin çekilmesi ya da çekilmiş sayılması ile sona erer...*” (md.15).

- Üstelik, Anayasa madde 175, Anayasa değişikliğinde, sadece yasa teklifi öngörmekte ve Hükümet'e herhangi bir yetki tanımamaktadır.

---

yönelik olduğundan, Anayasayı yenileme yöntemini belirlemek amacıyla 19 Eylül 2011'de TBMM'de “Anayasa profesörleri” toplantısı yapıldı. Toplantıda ortaya çıkan eğilimlerden ilki, yeni Anayasa için halk tarafından seçilecek bir “Anayasa Meclisi” gerekliliği yönünde, ikincisi ise, bu yetkiyi TBMM'nin üstlenebileceği yönünde oldu. Toplantı konuşmaları TBMM Başkanlığı tarafından yayımlandı. Bkz. *TBMM Başkanı Cemil Çiçek Başkanlığında Anayasa Hukuku Profesörleri ile Toplantı*, TBMM Tutanak Müdürlüğü Yayını, Tarih: 19.09.2011, Ankara.

<sup>5</sup> Yayımlanmış metni için bkz. Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, *Demokratik Anayasa, Görüşler ve Öneriler*, Metis yay., 2012, Ek: *Anayasa Uzlaşma Komisyonu'nun Çalışma Usulleri*, s. 499-502.

Bu nedenle, Hükûmet'in gerek süre ve gerek içerik konusunda Komisyon'a müdahale etmesi, yürürlükteki Anayasa'ya aykırı olduğu gibi yeni Anayasa hedefi ile de bağdaşmamaktadır<sup>6</sup>.

Kaldı ki, olağan dönemde anayasanın yenilenmesi, yıllara yayılabilmektedir. Burada, yanıtı aranması gereken soru şu: Anayasa yapımında amaç, bir an önce alelacele bir metin yazmak mı, yoksa gelecek on yılların kalıcı bir metnini ortaya çıkarmak mı?<sup>7</sup>

## -II-

### İÇERİK OLARAK ANAYASA

Yeni anayasa yazımında, toplumsal gereksinim ve sorunların çözümü için hangi ilkeler öne çıkmakta? Bu soruya yanıt vermek için, karşılaştırmalı anayasa hukuku bağlamında birkaç ön açıklama yararlı olabilir.

#### A) Anayasacılık ve Türkiye

##### 1.- 20. Yüzyıldan 21. Yüzyıla

Anayasa, iktidarı sınırlayabildiği ölçüde, özgürlükleri güvenceler. Bunun için, Anayasaya saygı mekanizmalarının kurulması gerekir. Ancak bu durumda, anayasacılıktan söz edilebilir: Anayasa, uyulması zorunlu temel ve üstün normdur.

Anayasa-anayasacılık ayrımları, anayasa düşüncesi, anayasa ereği, hattâ anayasa bilimi kavramları, büyük ölçüde 20. yüzyılda şekillendi.

Türkiye, bunun neresinde?

Bilindiği gibi, Osmanlı Devleti, Batı'ya göre yüzyıllık bir gecikmeyle Anayasa ile tanıştı. Fakat, anayasacılık hareketine dâhil olması daha hızlı oldu ve 20. yüzyılda “*anayasa açığı*”, belli ölçülerde kapatıldı. Yüzyılın başında, ortasında ve sonunda, kısa zaman dilimleriyle sınırlı kalsa da, “*anayasacılık*” dönemleri olmadı değil: -1909-1924 ; -1946-1961; -1987-2001.

<sup>6</sup> *Turquie : où en est le projet de nouvelle constitution ?* Un entretien exclusif avec le professeur İbrahim Kaboğlu, 6 février 2013 , Par Jean Marcou, OVIPO (Observatoire de la vie Politique Turque).

<sup>7</sup> Bu bakımdan, AUK , yazım çalışmasına devam ediyor iken, B ve C gibi alternatif planlardan söz etmek, yeni Anayasa hedefi ile bağdaşmaz. İki nedenle: ilki, yürürlük ve uygulama dönemi on yıllara yayılacak olan bir metnin ortaya çıkmasını –Haziran, Temmuz gibi- aylara sıkıştırmak, Anayasa adı verilen üstün normun doğasına aykırı. İkincisi, usule ilişkin olup, bu aşamada, Anayasa uzlaşma Komisyonu'na göre daha az demokratik olan bir yol, ciddi bir meşruluk sorunu yaratır.

Bu dönemler, 20. yy. dünyasındaki anayasacılık eğilimleri ve açılımları ile büyük ölçüde örtüşür: İnsan haklarının uluslararasılaşması, siyaset biliminin anayasa hukuku çalışmalarına etkisi ve Anayasa yargısının kurulması, özellikle belirtilebilir.

21. yüzyıl başında ise, şu anayasal eğilimler önde: 20. yüzyıl kazanımlarının sürdürülmesi ya da korunması ; ulus-ötesi, ulusal ve ulus-altı olmak üzere çok katmanlı anayasacılık (Bu üç katmanlı anayasal yapılanmada, ulusal meclise saygınlığını kazandırma çabası kayda değer). Bunlara, Anayasaların ülkeselleşmesi /ülkenin anayasalaşması süreci de eklenebilir. Türkiye’de 21. Yüzyıl başında kotarılan 2007 ve 2010 değişiklikleri ise, daha çok iktidar eksenlidir.

Bütün bu gelişmelerin ardından sorulması gereken, 2013 ve sonrasında hangi eğilimlerin baskın geleceğidir.

## 2.- Anayasa arayışında çelişkiler

Yukarıda değinilen anayasacılar toplantısında, Anayasa yapım usulü üzerine beliren iki farklı eğilime karşın, yeni Anayasaya giden yolda, özellikle yasal iyileştirmeler yapılması gereği üzerinde genel bir mutabakat vardı. Buna göre TBMM, yürürlükteki Anayasa’ya bile aykırı olup, insan haklarına saygıyı engelleyen ve demokratik olmayan yasaları ivedi olarak elden geçirmeliydi. Böyle bir gereklilik ne ölçüde karşılandı? Meclis, bu konuda açık bir irade ortaya koymadı. Tam tersine, -yani yol temizliği bir yana- Anayasa’ya aykırı birçok yeni yasal düzenleme yapmaktan geri durmadı.

Bu süreç, birçok sorgulamayı beraberinde getirdiği gibi, genellikle, **doğrular ve yanlışlar** birbirine karıştı.

Sorgulama şöyle: İnsan hakları ihlallerinin ne kadarı Anayasa’dan, ne kadarı yasalardan ve ne kadarı uygulamadan kaynaklanmaktadır?

Aslında, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararları gereği yapılan son yasal düzenlemeler, ihlallerin Anayasa’dan çok yasalardan kaynaklandığını teyit etmiş bulunuyor. Ne var ki, yasal düzenlemelerin kendisi de, iç çelişkileri ve sorunlar yumağını beraberinde getiriyor. 3. Yargı paketi ile yapılan düzenlemelerin yarattığı ve yol açması muhtemel sorunlar, kamuoyu önünde de tartışıldı ve ciddi rahatsızlıklara neden oldu<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> “ 3. Yargı Paketi” olarak anılan “Yargı Hizmetlerinin etkinleştirilmesi amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun” için bkz. no. 6352, ta.: 2/7/2013. Ayrıca, “4. Yargı paketi” olarak anılan “İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” için bkz. no. 6459; kabul tarihi: 11/4/2013; R.G.: 30/4/2013-28633.

Bu arada, ülkesel anayasa hukuku eğilimine tamamen ters düşen yasal düzenleme bile gündeme geldi: Biyolojik Çeşitlilik Kanun Tasarısı, bunun tipik örneği olarak belirtilebilir.

Öte yandan, insan hakları ve demokrasi üzerine kavramsal yanlışlıklar, hayli yaygın. Sadece, insan haklarının sekter ve indirgeyici kullanımını değil, yanlışlıklar zinciri hayli uzun. Ölçülülük, egemenlik, çoğunluk, çoğulculuk gibi kavramlar, ilgililerin bakış açılarına göre şekillenebilmektedir. Özellikle, çoğunluk ve egemenlik ilişkisinde, çağ dışı deyim ve kavramların kullanımı bir yana, çoğu zaman, bağlam dışı kullanımlarına tanık olunmaktadır.

Bu nedenle, yol açılan **bilgi kirliliği**, yeni Anayasa sürecinde sağlıklı tartışmayı engellemektedir. Basın-yayın kuruluşları, bilgi kirliliğinde araç olarak kullanılmaktadır. Bu süreçte, uzman görüşlerinden çok siyasal görüşlerin kitle iletişim araçlarına yansıdığı görülmektedir.

Söylem bakımından; Anayasa, ortak payda alanının genişlemesi ölçüsünde yapılabileceğine göre, çatışmacı ve ayrıştırıcı dil ve üslûptan kaçınılması temenni edilirdi. Anayasa ortak dili, demokratik siyasal kültürün oluşmasına da katkıda bulunabilirdi. Ne var ki, bu başarısızdı.

Karşılaştırmalı yaklaşım bakımından; Türkiye, karşılaştırılabilir devletler yerine, ABD ve Mısır gibi devletler öne çıkarıldı. Oysa, bu devletler, anayasacılıkta, Türkiye ile karşılaştırılabilirliğin sınırlarını zorlamaktadır.

### 3.- Ulusal ve uluslararası düzlemde düşünme gereği

-Ulusal düzlem (zaman boyutu): dün-bugün ve yarın çizgisinde anayasal deneyim ve kazanımlar bilançosu dikkate alınmalıdır. Bunun önemi şurada: yeni Anayasa demek, anayasal birikimi bir yana bırakıp, her şeyi yeniden yazmak anlamına gelmez. Bu konuda; aynen korunması gereken kurum ve kurallar; düzeltilmesi ve iyileştirilmesi gereken kurum ve kurallar; yenilenmesi gerekenler veya mevcut olmadığı halde, yeni düzenlemeler yapma gereği şeklinde üçlü ayırım yapılabilir. Mevcut birikimi bir kenara iterek, her şeyi baştan düzenlemeye çalışmak, yani bir tür “*Anayasa mühendisliği*” yapmak, - 1982 Anayasası’nda olduğu gibidaha çok kopma dönemlerinde gündeme gelmekte olup, amacının tersi yönünde etkiler yaratmaktadır.

-Uluslararası düzlem (mekân boyutu): Türkiye’nin tarih ve coğrafyası dikkate alınarak, karşılaştırmalı anayasa hukuku ışığında Anayasayı mekân düzleminde düşünme gereği de vardır. Bu açıdan, “*Batı-Türkiye ve Bölgesi*” olmak üzere üç mekân ayırımı yapılabilir.

## B) Anayasal içerik: ortak ilkeler ve ulusal sorunlar

### 1.- Denge ve denetim mekanizmaları:

1961 Anayasası'na yöneltilen sürekli eleştiri, “özgürlükler fazla, iktidar az” şeklinde idi. 1982'den ise, tam tersi anlamda şikayet edilmektedir: “İktidar fazla, özgürlükler az”.

Bu saptama, bir denge arayışını beraberinde getirmekte, Anayasa'nın varlık amacını unutmaksızın.

Bu bakımdan, denge ve denetim mekanizmaları, Anayasa bütünü için öncelikle gözetilmesi gereken bir sorundur. İster Batı'da, ister bizde veya bölgemizde, eğer amaç bir hukuk devleti kurmak ise, **fren ve den-geler sistemi**, bir düzine olarak sıralanabilir:

-Üç anayasal iktidarın kendi içinde: çift başlı yürütme, iki meclisli yasama, çok katmanlı yargı yapılanması gibi.

-Yasama, yürütme ve yargı erkleri arasında.

-Her üç organ ile bunların dışında yer alan yüksek öğretim kurumları gibi uzman ve özerk resmi kuruluşlar arasında.

-Merkezi örgütlenme ile adem-i merkezîyet kuruluşları arasında.

-Devlet ile uluslararası kuruluşlar arasında.

-Devlet ile toplum arasında<sup>9</sup>.

Bu özellikler, Avrupa devletlerine göre, çok daha ince elenip sık dokunulmalı. Bunun nedeni, Türkiye'de demokratik ve anayasal birikim eksikliğinden kaynaklanmıyor sadece. Denge ve denetim mekanizmaları bakımından, devlet biçimi ve ulusal-üstü örgütler, önemli bir yer tutar. Mesela, AB üyesi devletlerin bir kısmında, egemenlik, hem AB ile hem de ulus-altı yapılarla paylaşılmaktadır. Böyle bir paylaşım, çok katmanlı anayasa kavramını beraberinde getirmiş ve başlı başına bir fren-denge mekanizmasını oluşturmuştur.

### 2.- Egemenlik anlayışı:

Bu bakımdan Türkiye'deki durum, hukuken bağlayıcı ve yargısal denetimle pekiştirilmiş uluslararası çatı, sadece Avrupa Konseyi'dir. Ulusal düzlemde egemenlik anlayışı da, “*millet egemenliği*”dir. Bu anlayış, iktidarı halktan uzaklaştırdığı gibi, kötüye kullanıma da kapı aralamaktadır. Bu nedenle, yeni Anayasa'da egemenlik anlayışı, halk egemenliği temelinde tasarlanmalıdır. Böyle bir tasarım, kırılma alanlarının onarımında da işlevsel olabilir.

<sup>9</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz. *Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği Anayasa Raporu Çalışması*, Anayasa-Der/Legal yay., 2012 İstanbul.

### 3.- Ayrışma veya kırılma alanları:

Yeni Anayasa'dan somut beklentiler, toplumsal yapı ve ülke koşullarından da kaynaklanmakta olup, üç başlık altında gruplandırılabilir:

**a) Yurttaşlık:** kimlik ve yurttaşlıkla ilgili anayasal tanım ve/ya düzenleme arayışında, öncelikle Anayasa md.66 yerine, “*değiştirilmez*” olarak kabul edilen ilk üç maddeye bakmak yerinde olur.

Neden? Çünkü, anayasal olarak ülkenin adı, “*Türkiye*”, devletin adı, “*Türkiye Devleti*”/“*Türkiye Cumhuriyeti*” olduğuna göre, insan topluluğunun adı ne olabilir?

Madde 3'teki, “*Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür.*” Kaydında yer alan “*Türkiye*”, devlet ve ülke için olduğu kadar millet için de geçerlidir: “*Türkiye Devleti*” ve “*Türkiye ülkesi*” deyimleri, mantık ve dilbilgisi olarak ancak “*Türkiye milleti*” ile tamamlanabilir. (Kaldı ki, bu kavram 1924 Anayasası'nda “*Türkiye halkı*” olarak açıkça yer almıştır.)

Değişmez maddelerde “*Türk devleti*” kavramı yok. Bu nedenle, yapılması gereken ilk iş, Başlangıç ve madde 66'daki “*Türk devleti*” deyimini “*Türkiye Devleti*” şeklinde düzeltmek. Bu düzeltmeler yapılırsa, yurttaşlık için, “*Türkiyeli*”, “*Türkiye yurttaşı*”, “*Türkiye Cumhuriyeti yurttaşı*” denmesi doğal; yurttaşlar topluluğunu ifade için ise, “*Türkiye halkı*” kullanılabilir.

**b) Lâiklik:** Devletin, hiçbir din ve inancı tanımaması, lâikliğin olumsuz ögesi; ibadet özgürlüğünü güvence altına alması ise, olumlu ögesidir. Ne var ki, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın yapısı ve faaliyetleri, Sünniliği, adeta bir devlet dini haline getirmiş bulunuyor. Öyle ki, Alevilerin Cemevinde ibadetini engelleyebiliyor.

1982 Anayasası, böyle bir uygulama için temel oluşturmaz. Ama bu, yeni Anayasa'da, din ve inanç özgürlüğü ile lâikliği pekiştirici ve güvenceleyici düzenlemelerin yapılmayacağı anlamına gelmez<sup>10</sup>.

**c) Adem-i merkezîyet:** Katı merkezîyetçi bir üniter devlet olan Türkiye'de merkez-çevre ilişkisi, genellikle Kürt sorununun çözümüne indirgenir. Oysa, adem-i merkezîyet, yüz ölçümü olarak bu denli büyük bir ülkede, kamu hizmeti gerekleri, iktisadi ve coğrafi nedenler ile demokratikleşme gereği olarak da düşünölmelidir. Yoksa, sadece kültürel ve etnik nedenlerle açıklanamaz. Bu nedenle, yeni Anayasa, adem-i merkezîyetçi tek yapılı modele kapı açarsa, merkezi otoriteyi dengeleme işlevi de görebilir.

<sup>10</sup> AYM, “4+4+4” olarak da anılan 30.03.2012 gün ve 6287 sayılı Kanunu Anayasa'ya uygun bulurken, yaptığı tanımlarla, yeni anayasa süreciyle bağdaşması güç bir içtihat oluşturma eğilimini ortaya koymuş bulunuyor.(Bkz. AYM, E.2012/65, K.2012/128 sy. ve 20.09.2012 ta., R.G.: 18.04.2013-28622).

Yurttaşlık, laiklik ve adem-i merkezîyet, ayrı alanlara ilişkin olsa da, birbirini tamamlama özelliği dikkate alınarak düzenlenmelidir. Eşit yurttaşlık, birey özgürlüğü ve katılımcı demokrasi için, her üç kavramı aynı zamanda birlikte düşünme gereği vardır<sup>11</sup>.

“Barış süreci” ve Anayasa, iki ayrı konu ama birbiriyle yakından ilişkili: yol ve yöntem bakımından, her ikisi de çatışmacı değil, uzlaşmacı yaklaşımı gerekli kılıyor. Düzenleme konuları bakımından; Anayasa, kapsayıcı ve kucaklayıcı kural ve düzenlemeleriyle “birlikte yaşam” ortamının oluşmasına katkıda bulunur. Ne var ki, barış için yalnız başına yeterli değil olamaz. Anayasa kültürü gibi barış kültürü yaratmak da önem taşımaktadır. Fakat, Anayasa yapımı gecikse de barış ortamı sağlanabilir. Burada önemli olan, Anayasa’nın ayrıcalıklı muhatabı olan kişi ve kurumların, hak ve özgürlüklere ilişkin kuralları nasıl algıladıkları ve uyguladıklarıdır.

### C) Özgürlükleri güvencelemek için iktidarı sınırlamak

#### 1.- Hak ve özgürlükler: Bütüncü ve eşit

Hak ve özgürlükler alanında Türkiye’nin kazanımları bellidir. İH uluslararası standartları da bilinmektedir. Bütünlüklü bir düzenleme, ana eksen olarak alınıp, hak ve özgürlükler arasında hiyerarşi yaratılmaması esastır. İnsan hakları anlayışı olarak, haysiyet temelinde “özgürlük-eşitlik” denklemi esastır.

Sınırlama ve güvence konularında, Anayasa md. 13’te yer alan “*asgari standartlar*” ile “*maksimum standartlar*” altına düşülmemelidir.

İnsan hakları, çağdaş devletin üçlü yükümlülüğünü yerine getirmesine elverişli bir düzenlemeyi yansıtmalıdır: İnsan haklarına saygı göstermek, insan haklarını korumak ve insan haklarını geliştirmek.

Bu üçlü yükümlülük dizisinde, insan-iktidar diyalektiği aşılarak, “*çevre-insan-iktidar*” zinciri esas alınmalıdır.

Kişi özgürlükleri adına sınırlanan siyasal iktidar, çevre hakkı gerekleri ile de kayıtlayıcı kurallara bağlanmalıdır. Hatta, sadece iktidar değil, insan da çevresine yönelik davranışları bakımından görev ve yükümlülüklerle tabi olmalıdır. Özel girişim özgürlüğü, böyle bir kaygının merkezinde yer almakta olup, çevre ve doğanın korunması, bir sınırlama nedeni olarak düşünülmelidir.

Bu çerçevede, direnme hakkı anayasalaştırılarak, yaşam mekânlarına yönelik meşru olmayan saldırıları engelleyici işlev görebilmelidir.

<sup>11</sup> Değinen üç temel kırılma halkasına yaklaşım üzerine, TBMM’de temsil edilen siyasal partiler, çelişkili ve iç tutarlılıktan yoksun açıklamalar yapmakta ve politikalar izlemektedirler.

## 2.- Rejim tartışması: İlkeler ve uygulamalar

Cumhuriyet'in temel organları nasıl düzenlenecek? Burada esas sorun, erkler ayrılığının ne ölçüde “*anayasal fren ve denge veya denge ve denetim mekanizmaları*” çerçevesinde yapılandırılacağı noktasında düğümlenmektedir.

Rejim üzerine yol ayrımı zorlaması, bu ön ve temel gerekliliği ikinci plana atmış görünüyor. Yol ayrımı zorlaması ne anlama geliyor? Türkiye deneyimi, ağırlıklı olarak, Kanun-ı Esasi'den başlayarak aşamalı bir biçimde kurulan parlamenter rejimdir. Bunda, 1982 Anayasası ve özellikle 2007 değişikliğinde sapmalar olduysa da, parlamenter özellik ağır basmaktadır.

Kuşkusuz, parlamenter rejimin sorunsuz işlediği söylenemez. Bu nedenle, Anayasa çalışmasında rejim sorunu da tartışılmalıdır. Bu bakımdan, tercih, bugüne kadar uygulanan ve aksayan yönleri konusunda deneyimin mevcut olduğu Parlamenter rejimi demokratikleştirmek suretiyle sürdürmek yönünde olmalıdır. Buna karşılık, denenmiş olan yönetim biçimini tümüyle terk edip Başkanlık veya yarı-başkanlık rejimine geçme eğilimi nasıl değerlendirilmelidir?

Muhalefet partileri (CHP ve MHP), parlamenter rejimin sürdürülmesinden yana iken, iktidar partisi (AKP), tercihini başkanlıktan yana koymuş bulunuyor.

Burada tartışılması gereken şu: Acaba, Türkiye, parlamenter rejim yoluyla demokrasiyi yaşatamaz mı? Demokrasi için mutlaka başkanlık rejimi mi kurmak gerekiyor? Ne yazık ki, konu bu açıdan tartışılmıyor veya tartışılmıyor. Bu durumda, köklü bir rejim değişikliğinden yana olanların “*yeni rejim*” söylemi, propaganda silahı olmanın ötesine geçemiyor. Başka bir söyleyişle, “*ilke tartışması*” yapma ortam ve olanağı yaratıl (a)madı.

Rejim değişikliği için öne sürülen nedenler arasında hukuken tartışmaya değer başlıca gerekçe şu: Cumhurbaşkanı (CB), 2014'te halk tarafından seçileceği için, güçlü bir CB ile güçlü bir Başbakan arasında ortaya çıkması muhtemel çatışmanın önüne geçmek amacıyla şimdiden anayasal önlem almak.

Geleceğe yönelik fikir üretmek için, bugüne nasıl geldiğini hatırlamakta yarar var:

Başkanlık rejimi yönündeki eğilimler yeni değil. 2007'de ortaya çıkan 367 krizi, bugünkü tartışmalara giden yolu açtı. CB seçiminin tıkanması üzerine kotarılan Anayasa değişikliği ile toplantı yeter sayısı, “*üçte bir*” olarak belirlendi. Bu, krizi önleyen bir çözümdü. Ama bununla yetinilmedi; CB'nin genel oyla seçimi öngörüldü. 11. CB'nin se-

çimi halkoylaması öncesi yapıldığı için, Anayasa yeniden değiştirildi<sup>12</sup>; ama, artık gerek kalmadığı halde, CB'nin genel genel oyla seçimine dokunulmadı...

Şimdi, *rejim değişikliği*ni savunanlar, Anayasa ve siyaset bilimi düzleminde tartışılmaya değer tek bir gerekçe öne sürebiliyor: 2014 senaryosu. Nedir bu? CB ve Hükümet arasındaki olası çatışma, yani Fransa'da iki kez yaşanan "*cohabitation*" (*birlikte oturma/ortak yönetim*) sorunu.

Gerçi olasılıklar hesaba katılarak rejim değişikliği yapılmaz ama, bu ciddiye alınacak olursa, şu öneri çok daha gerçekçi: Anayasa değişikliği veya yeni Anayasa ile, 2007 öncesine dönmek. Hatta, bu vesileyle CB'nin yetkilerini azaltarak parlamenter rejim çerçevesine yaklaşmak<sup>13</sup>.

Gerekçe yokluğu ve çelişkiler: Hararetli bir biçimde başkanlık rejimi ve "kurtarıcılığı" üzerinde ısrar edildiği bir dönemde, bu kez , yarı-başkanlık savunulmaya başlandı. Ne var ki, yarı-başkanlık önerisi, Cumhurbaşkanı'nın parti başkanlığını sürdürmesi kaydı ile yapıldı. Bu konuda ise, -yanlış bir şekilde- Fransa örnek gösterildi.

Bu yönde bir öneri, öncelikle şunu gösteriyor: demek ki, Başkanlık için ciddi gerekçeler yok ve bu nedenle, yarı-başkanlık da olabilir de nebiliyor. Sonra, böyle bir öneri, "başkan-parti" özdeşliği ile aynı zamanda partiyi kurtarma kaygısını yansıtıyor<sup>14</sup>. O nedenle, önerilen yönetimin getireceği ve/ya götüreceği üzerinde tartışma yapmadan önce prensip (ilke) üzerinde tartışma yapma gereği açık....

### 3.- Yargı : iki düzen mi, tek düzen mi?

Bilindiği gibi, Türkiye'de "*âdil yargılanma hakkı*" üzerine çok ciddi sorunlar vardır. İHAM'ın 2012 yılı bilançosu, bunun kanıtını oluşturmaktadır. Yargılamanın uzun sürmesi, adil yargılanma hakkı ih-

<sup>12</sup> 5660 sayılı ve 10/5/2007 tarihli Kanunla yapılan Anayasa Değişikliği, "Onbirinci Cumhurbaşkanı seçimi..."üzerine de madde öngördüğü halde(md.6), yasama seçiminden sonra CB seçimi TBMM tarafından gerçekleştirildiğinden, yeni bir Anayasa değişikliği ile bu madde değiştirildi. Bkz. 16.10.2007 tarih ve 5697 sayılı Kanun).

<sup>13</sup> Rejim değişikliği, Osmanlı'dan Cumhuriyet'e geçilirken veya 12 Eylül 1980 darbesi sonucu hazırlanan Anayasa sırasında bir tercih olarak gerçekleştirilebilirdi. Yeni Devletin kurucuları bile, siyasal rejimde köklü bir değişiklik gereği duymadı veya 12 Eylül 1980 darbesi sırasında rejimde derin bir kırılma yaşandığı halde, "siyasal rejim değişikliği" yapılmadı. 2013 Türkiye'si, olağan anayasal ve siyasal süreçte bulunduğu göre, olası bir değişiklik hangi gerekçe ile haklı gösterilecek?

<sup>14</sup> Bu nedenle, ilkesel tartışma yerine, -belli bir kişi için düşünülen- rejim değişikliğine karşı, başından beri şu görüşü öne sürmekteyim: bir kişi ve partisi için rejim değişikliğine gitmektense, Parti (AKP) tüzüğü değiştirilerek, Başbakanı yeni dönemde de seçilme olanağı tanımak, en rasyonel çözüm şekli olsa gerek.

lalinde ilk sırayı tutmaktadır. Bu nedenle, yargı sistemi, yapısal ve işleyiş olarak düzeltme muhtaçtır. Bu süreçte, yanıtlanması gereken soru şudur: Anayasal kurum ve kurallar, mevcut yapı çerçevesinde mi, yoksa yeni bir düzen benimsenerek mi konulmalıdır veya kabul edilmelidir?

Kıta Avrupası sistemine dayanan Türkiye'nin yargı düzeni, adlî ve idarî yargı ayırımına göre örgütlenmiş bulunuyor. Buna karşılık, Anglo-Amerikan sistemi tek yargı düzeni modeline dayanır.

Acaba, adil yargılanma hakkı güvencesi, mevcut iki yargı düzeyinde mi sağlanmalı, yoksa, yargı birliğine mi geçilmeli? Başka bir deyişle, yargı birliği, adil yargılanma hakkı için daha güçlü bir yargısal güvence mi? Kesinlikle "hayır"; çünkü, Kıta Avrupası geleneği, tekli yargıyı değil, iki yargı düzenine dayanıyor. Bu devletler içerisinde Almanya ve İspanya gibi İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) önünde çok iyi durumda olan devlet sayısı az değil.

Bu nedenle, yeni Anayasa'da, "bağımsız ve tarafsız" hedefi ölçüt alınarak, yeni kurumsal yapılanma ve kurallar bu amaçla konmalıdır. Bunun yelpazesi geniş tutulmalı: Hukuk fakültesi öğretiminden, yargı mensuplarının meslek içi formasyonuna; yargısal karar sürecinden kararların yerine getirilmesine kadar, "âdil yargı" güvencesi olabilecek konular Anayasa'da yer almalıdır.

Unutulmamalıdır ki, yeni Anayasa'da fazla iktidara değil, daha çok özgürlük, demokrasi ve hukuka ihtiyaç var. Daha çok hukuk ise, ancak tarafsız karar verebilen bağımsız yargı organları ile mümkündür.

"Yargı birliği" yönünde iktidar partisi (AKP) tarafından öne sürülen "içtihat birliğini sağlamak" şeklindeki gerekçenin bilimsel bir dayanağı bulunmamakta; çünkü, adlî ve idarî yargı düzenlerinin görev ve yetki alanları birbirinden farklıdır.

Bütün yargı organlarını birleştirmek yerine, tam tersine, gerek yatay anlamında (adlî, idarî, malî, çevresel, vb.) gerek dikey anlamında (ilk derece, istinaf, temyiz ve uluslararası olmak üzere) çok katmanlı yapılandırma, adaletin dağıtılması konusunda daha güvenceli olabilir.

### - III -

## YENİ ANAYASAL DÜZEN

Anayasa yapımının hedefi yeni bir "anayasal düzen" kurmak olduğuna göre, bunun anlamı üzerine de birkaç saptama, konunun tamamlanması bakımından yerinde olur. Önce, yürürlükteki anayasal düzen üzerine bir-iki hatırlatmakta yarar var:

### A) 1982'nin üç özelliği

İdeolojik temel: 1982 Anayasası'nı, biri olumsuz yönüyle (SSCB korkusu ve anti-komünizm), diğeri olumlu yönüyle (neo-liberalizm) olmak üzere, iki farklı “*ideolojik kıskaç*” etkisinde hazırlandı<sup>15</sup>.

Onarım dönemi: 1987'den 2004'e kadar süren değişiklikler, insan hakları alanında ve hukuk devletinin onarımı anlamında olumlu kazanımlardır.

Yasalar ve uygulama “*geri*”: İnsan hakları ve demokrasi ekseninde yer alan onlarca yasa, yenilenmeye çalışılan 1982 Anayasası'na aykırı. Özellikle, hak ve özgürlükler alanındaki uygulamaları, -sadece anayasal değil-, yasal gerekçeye dayandırmak bile zor.

### B) Yeni anayasal düzen için

Bu nedenle, Anayasa yapımında yürürlükte bulunan “*anayasal düzenin kazanımları*” dikkate alındığı ölçüde “*yeni anayasal düzen*” hedefi anlam kazanır.

Süreklilik ve kurumlaşma, gelişmişlik düzeyi için ölçüt olarak görüldüğü için, geçmişten geleceğe bu anlayışla bakmak gerekir.

Bu yaklaşım tarzı, Anayasa yapımında sürekli katılımın ve zaman ögesinin önemini de ortaya koyuyor. Anayasa gelecek kuşaklara uygulanacağına göre, yapım sürecinde gençlerin katılımı anlamlı olsa gerek. Genç kuşakların, daha nitelikli bir anayasa isteme hakkı vardır; hatta, bu onlar için bir görevdir. Özellikle, Üniversite öğrencileri, aynı zamanda, Anayasa'nın müstakbel muhatapları olacakları için, daha nitelikli bir anayasal düzeni talep etmelidir. Bunun için de, sürece katılım yollarını yaratma ve sonuna kadar açık tutma gereği vardır.

Bu süreçte, TBMM'ye düşen görev, mevzuatı yeni döneme uyarlı hale getirmek olmalıdır. Bu çalışmalar, genel af eşliğine varmalıdır.

Anayasa, hukuku -ve toplumu- ilerletmenin bir aracı olarak görülmelidir. Bu ise, Anayasa'nın herkes için bağlayıcı üstün norm olma özelliği, başta yöneticiler gelmek üzere toplumun bütün kesimlerince kabul edilmesi ölçüsünde mümkündür. Aksi halde, Anayasa fetişizmi (tapınması), büyük hayal kırıklıklarına yol açabilir. Böyle olmaması için, zaman boyutuyla “*diin-bugün ve gelecek*” bakış açısını gözden uzak tutmamak gerekir. Bugün, gelecektir; ama dünden ders çıkarılırsa, geleceğin bugünden hazırlanması mümkün olabilir.

<sup>15</sup> Bu nedenle bazı uzmanlar, 1982 Anayasasını, “24 Ocak + 12 Eylül Anayasası” olarak adlandırır. Profesör Mesut Gülmez'in bu yöndeki görüşü için bkz. “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar”, (sunuş: İbrahim Kaboğlu, s. 102-139), (tartışmacı: Mesut Gülmez, s.140-148), Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, TBB yay., 9-13 Ocak /2001 Ankara.

**C) Ülke-insan-devlet:** Yeni Anayasa için, “ülke-insan ve devlet” sıralaması geçerli olmalı. Anayasa, bir yandan, Türkiye ülkesi ile “tanışmalı”; öte yandan, ülke, anayasalaşmalı.

Yeni Anayasa ile; “nitelik” ögesi öne çıkmalı: nitelikli bir “ülke”, nitelikli bir “insan topluluğu” ve -ülkenin ve insan topluluğunun hizmetine konulmuş- nitelikli bir siyasal örgütlenme aygıtı. Kuşkusuz, yeni Anayasa da ideolojik renk taşıyacaktır. Ama bu, daha çok insan hakları ideolojisi olmalıdır.

Toplumsal mutabakat veya ortak kimlik belgesi olabilmesi ölçüsünde Anayasa, birlikte yaşam paktı olarak düşünülebilir. Yapım sürecine katılım, Anayasa'nın bu nitelermeleri hak etmesi için vazgeçilmezdir.

### KAYNAKÇA

GÖZTEPE, Ece/ ÇELEBİ, Aykut (ed.), *Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler*, İstanbul: Metis Yay., 2012.

GÜLMEZ Mesut, “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar” , *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı*, Ankara: TBB yay., 9-13 Ocak /2001.

KABOĞLU, İbrahim Ö., *Hangi Anayasa?*, Ankara: İmge Kitabevi, 2012.

TANÖR, Bülent, *İki Anayasa: 1961 – 1982*, İstanbul: On İki Levha Yay., 2012.

*Akdeniz Havzasında Anayasal Süreçler/ Constitutional Process in the Mediterranean Basin/Les processus constitutionnels dans le bassin méditerranéen*, AYHD-2.

*TBMM Başkanı Cemil Çiçek Başkanlığında Anayasa Hukuku Profesörleri ile Toplantı*, TBMM Tutanak Müdürlüğü Yayını, Tarih: 19.09.2011, Ankara.

Turquie : où en est le projet de nouvelle constitution ? Un entretien exclusif avec le professeur İbrahim Kaboğlu, 6 février 2013 , Par Jean Marcou, *OVIPO*T (Observatoire de la vie Politique Turque).



## **EDITORIAL**

### **NEW CONSTITUTION: PROCESS, SUBSTANCE AND ORDER\***

**İbrahim Ö. Kaboğlu\***

#### **ABSTRACT**

*A discussion regarding the possible features of a new constitution can be divided into three parts: the process of drafting it; its substance; and the expectations it raises. Comparing constitutional movements around the world, one observes remarkable differences in terms of the process of drafting constitutions during the transition periods and at time when there is constitutional continuity. As for Turkey, the parliament established the Constitutional Reconciliation Commission to conduct the process of drafting. The social and political needs that created the incentives to pursue a new constitution will be elaborated in the preface. Turkey needs to think on the national stage that the advantages that have been obtained within constitutional movements should not be disregarded in the drafting process. As for international stage, considering the historical and geographical dimensions of Turkey, a new constitution should be conceptualised in the light of comparative constitutional law. The system of checks and balances could be expanded on a dozen dimensions to promote the rule of law. Instead of the concept of national sovereignty, which alienates the government from the public, a new constitution should be grounded on the idea of popular sovereignty. The expectations arising from the social structure and the conditions of the country could be collected under three headings: citizenship, secularism and decentralisation. The current constitution could play an important role in addressing the issues. The combination of citizenship, laicism and decentralisation should be taken into account in order to promote equal citizenship, individual freedom and participatory democracy. The restrictions and the guarantees of fundamental rights and freedoms should not fall below the minimum standards that the article 13 of the constitution already embodies. With respect to structuring the separation of powers, the government proposes the presidential system; however, the principles of democracy should be discussed beforehand as the justifications that have been propounded for an alteration of the system of government are not*

---

\* Translated briefly by Feyzan Özbay Research Assistant at İstanbul Medeniyet University

\* Professor at Marmara University

*satisfactory. Regarding the enhancement of the practice of the judicial system, the unification of the branches of judiciary is discussed; nevertheless, 'the right to a fair trial' can be guaranteed by adopting certain safeguarding provisions. The 1982 Constitution was drafted under the influence of two ideologies: anti-communism and neo-liberalism. Certain amendments regarding human rights were adopted; however, any justification falls short of substantiating the practical failures. The achievements of the constitutional order should be taken into account in the process of drafting a new constitution. The qualification element should become prominent within a new constitution that could reflect as a qualified territory, qualified public and a qualified political organisation aiming to serve the public. Furthermore, the ideology of a new constitution should rely on human rights*

*A new constitution should be perceived as an agreement of common living achieved through participation in the process of drafting it, social consensus, and its legitimacy as a document for a common identity.*

**Keywords:** *Transition period, constitutional legal order, Constitutional Reconciliation Commission, system of checks and balances, sovereignty, citizenship, secularism, decentralisation, presidential system, separation of powers.*

\*\*\*

A discussion regarding the possible features of a new constitution can be divided into three parts: the process of drafting; its substance; and the expectations it raises.

## I.

### The process of drafting

#### A) On drafting new constitutions in the 21<sup>st</sup> century

Constitutions drafted in the 20<sup>th</sup> century, such as certain modern European constitutions, in consequence of transition or separation periods differ in some ways from the constitutions drafted or to be drafted in periods of constitutional continuity (conventional periods) in the 21<sup>st</sup> century. It is simpler to draft a new constitution in a transition period than in conventional periods. The particular balance of power plays a key role in the process of drafting a new constitution during transition periods as is reflected in the constitutional processes in Tunisia, Libya and Egypt. In conventional periods, the opportunities of participation, negotiation, reconciliation and consensus, in addition to the balance of power, are relevant. The variety of experiences peculiar to

each country is also of particular importance. For instance, despite the fact that referendums were held in Switzerland during its constitutional-making process, in Finland, consensus in the parliament was considered sufficient. Compared with Tunisia and Egypt, the majoritarian impositions of the president of Hungary were determinative. As Hungary's exemption points out, constitution-making during conventional periods may fall short of promoting the rule of law based on human rights and democracy, whereas relatively more democratic methods may be implemented in the course of transition periods. In this context, Turkey set out on the process of drafting a new constitution in the same way as Finland. What will Turkey's next step in the process be?

### **B) Turkey's roadmap**

The Constitutional Reconciliation Commission was established under the parliament to conduct the process of drafting. The Commission and its work should be analysed from the point of view of constructive aspects and imperfections.

-As for the positive aspects, the parties in the parliament are represented equally in the Commission and the Commission consults with the public.

-On the contrary, it is not clear whether the contributions from outside the Commission are taken into account. Besides, political pressures on the Commission disrupt its operation.

The pressure on the Commission from the outside generally relates to time-limits and substance. Moreover, the intervention of the government in the operation of Commission conflicts with the code of practice of the Commission and the provisions of the current constitution. It should be considered that constitutional-making in conventional periods can take years. Thus, it is essential to determine whether a draft should be written precipitously or a lasting document should be formed in the course of conventional periods.

## **II.**

### **The substance of the constitution**

Here certain basic concepts of comparative constitutional law are elaborated in order to identify which social and political circumstances paved the way for the incentives behind the process of drafting a new constitution.

## **A. Constitutionalism and Turkey**

### *1. From the 20th century to the 21st century*

The rights and freedoms of citizens are guaranteed when constitutional restrictions on power are imposed. Constitutionalism can only be maintained through the establishment of mechanisms that require the constitution to be respected. The constitution is the fundamental and superior statute that must be obeyed.

Tendencies of constitutionalism in the 20th century, such as the internationalism of human rights and the adoption of constitutional jurisdiction, are reflected in the relatively short periods in which Turkey experienced constitutionalism, between 1909-1924, 1946-1961, and 1987-2001. As for the 21st century, the sustainability of the constitutional achievements of the 20<sup>th</sup> century and the multifaceted constitutionalism of the transnational, national and subnational are at the forefront of the tendencies of constitutionalism. With respect to the amendments of the constitution of Turkey in 2007 and 2010, it can be asserted that they were rather government-centric. The tendencies that should prevail in 2013 and after need to be discussed.

### *2. The contradictions in the pursuit of a new constitution*

The Commission reached a consensus on considering amendments or abolishing non-democratic laws that preclude the authorities from showing respect to human rights. Nevertheless, the government adopted laws that are contrary to constitutional law. Moreover, the misinterpretation of certain concepts regarding human rights and democracy such as pluralism and proportionality has been a major cause of information pollution that also hinders reliable constitutional discussions. As for language, a common usage could have been adopted to promote a democratic political culture instead of the discriminatory statements that have been used so far.

### *3. The need for reconceptualising on the national and international stage*

-The national stage is considered as relating to the period in which the constitution is drafted. Broadly, the achievements within constitutional movements should not be lost in drafting a new constitution. Otherwise, it could result in 'constitutional engineering' that normally appears in transition periods.

-As for the international stage, considering the history and geography of Turkey, the constitution should be conceptualised at the locational level in the light of the comparative constitutional law. It can

be divided into three location, namely, ‘West, Turkey and her region’ in that respect.

## **B. Constitutional substance: common principles and national issues**

### *1. The system of checks and balances*

The continuous criticism of the 1961 constitution was that ‘the freedoms are more, the power is less’. Nevertheless, the criticism has been reversed under the 1982 constitution so that ‘the power is more, the freedoms are less’. Hence, the issue of checks and balances should be considered primarily for the whole constitution. It shifts the discussion to the reasons for the pursuit of a new constitution.

The system of checks and balances could be elaborated in a dozen dimensions in order to promote the rule of law. For instance,

- Between the powers of legislature, executive and judiciary;
- Between the three powers and other autonomous official authorities such as higher education institutions.
- Between the state and international organisations, etc.

### *2. The concept of sovereignty*

The concept of sovereignty on the national stage reflects national sovereignty that not only alienates government from public, but also causes the abuse of power. Therefore, a new constitution should be grounded on ‘popular sovereignty’.

### *3. Breaking points*

The expectations arising from the social structure and the conditions of the country could be collected under three headings:

#### *a. Citizenship*

The first three articles of the constitution should be consulted regarding the pursuit of a reconceptualisation of identity or citizenship. The statement of the ‘Turkish State’ already adopted in the preamble and article 66 of the constitution should be amended as ‘the State of Turkey’. Thus, the citizenship could be designated as the ‘the citizen of Turkey’ or ‘the citizen of the Republic of Turkey’.

#### *b. Secularism*

The state does not recognise any belief or religion as a result of the negative aspect of laicism, whereas the freedom of worship is guaranteed in accordance with the positive aspect of laicism. Thus, the 1982 constitution does not provide any grounds to adopt Sunnism as the

religion of the state due to the structure and operation of the Presidency of Religious Affairs in this respect.

### *c. Decentralisation*

Decentralisation can be considered not only for cultural or ethnic reasons, but also on the basis of the necessities of public service, democracy and for other economical and geographical reasons.

The combination of citizenship, laicism and decentralisation needs to be considered in order to promote equal citizenship, individual freedom and participatory democracy. It should also be noted that political parties have clear conflicts relating to the three issues. However, the discussions could take place in a peaceful environment although the process of drafting is interrupted due to long delays. The perception and the practice of the rules regarding rights and freedoms by the privileged authorities are of vital importance.

## **C. Constraining power in order to safeguard freedoms**

### *1. Rights and Freedoms: Integrated and Equal*

Considering the acquisitions of Turkey within the scope of the rights and freedoms and the relevant international standards, it is essential to integrate rights and freedoms and not to build a hierarchy among them.

The guarantee of fundamental rights and freedoms should not fall below the minimum standards envisaged in the article 13 of the constitution and restrictions should not exceed the maximum permitted. The aim and the duty of a modern state are to respect, ensure and enhance human rights. The duties should be grounded on the chain of 'environment-people-government'.

### *2. The discussion of the regime: principles and practice*

The discussion of the regime focuses on structuring the separation of powers with a system of checks and balances. Turkey has primarily experienced a parliamentary system from the first constitution. As the parliamentary system has encountered obstacles so far, the issue of the system of government should be considered in the course of drafting a new constitution. Furthermore, Turkey's ruling party has been a strong proponent of the presidential system, whereas the opposition parties opt for the continuation of the parliamentary system.

It should be analysed whether democracy will be sustained by a parliamentary system or whether the establishment of the presidential system is vital for survival of democracy. Nonetheless, the principles of democracy have never been articulated in the discussions.

The government could assert only one reason that is worth legal discussion. As it will be recalled, a referendum will be held to elect the president of Turkey in 2014. Therefore, the government's proposal for the presidential system is grounded on the prevention of probable conflicts between the prime minister and a strong president. It should be noted that the process of a referendum for the election of a president was adopted to resolve a crisis that occurred in the election of the president in 2007. However, the alteration was not proportional to the purpose as the crisis was already handled by setting the quorum. In addition, it would be more realistic to propose abolishing the 2007 amendments and limiting the power of president in order to enhance the parliamentary system.

The government could not justify the motives behind the presidential system; nevertheless, its proposal reflects worry about the party's survival. At this point, the principles should be analysed before focusing on the pros and cons of the system.

### *3. The judicial system: separation or unification?*

As the considerable verdicts of the European Court of Justice indicate, Turkey has very serious problems over the right to a fair trial. Thus, operational and structural reforms should be made in the judicial system. At this point, it needs to be decided whether the constitutional institutions should be revitalised in the current system or whether a new order should be adopted.

Turkey's judicial system is based on the European-continental model that is characterised by the creation of a special jurisdiction for the control of administrative acts. By contrast, the Anglo-Saxon model provides for control of administrative acts within the existing general jurisdiction of the judiciary.

As the cases of Germany and Spain before the ECHR indicate, many States in continental Europe are able to provide the right to a fair trial. Thus, unification of the judicial system is not a strong judicial safeguard.

Hence, the new institutional structuring should aim at the enhancement of the independence and impartiality of the judiciary. Moreover, provisions that could guarantee 'the right to a fair trial' such as the vocational training of judiciary should be enacted in the constitution.

### III.

#### New constitutional order

##### A. The three features of the 1982 Constitution

The 1982 Constitution was drafted under the influence of two ideologies: anti-communism and neo-liberalism. Certain amendments regarding human rights were adopted between the years of 1987-2004; however, any justification falls short of substantiating the practical failures.

##### B. For the new constitutional order

The achievements of the constitutional order should be taken into account in the process of drafting. Elements such as continuous participation and time-limit are also crucial. Moreover, future generations have the right to demand a more qualified constitution. Legislation, including the adoption of amnesty, should be enacted to adjust the new order by the parliament.

The constitution should be regarded as an instrument that enhances the law and society. Therefore, it should be accepted by the governors first and then by the other facets of society so that the constitution comprises superior and binding rule for everyone.

##### C. Territory-Public-State

The qualification should become prominent within the new constitution that could be reflected as a qualified territory, qualified public and a qualified political organisation aiming to serve public. Furthermore, the ideology of the new constitution should be human rights.

*A new constitution should be perceived as an agreement of common living achieved through participation in the process of drafting it, social consensus, and its legitimacy as a document for a common identity.*

#### BIBLIOGRAPHY

*Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği Anayasa Raporu Çalışması*, Anayasa-Der/Legal yay., 2012 İstanbul.

İbrahim Ö. Kaboğlu, *Hangi Anayasa?*, İmge kitabevi, 2012 Ankara.

Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, *Demokratik Anayasa, Görüşler ve Öneriler*, Metis yay., 2012, Ek: Anayasa Uzlaşma Komisyonu'nun Çalışma Usulleri, s. 499-502.