
TÜRKİYE İÇİN YENİ ve MEŞRU BİR ANAYASA ZORUNLUDUR

Sami SELÇUK*

1- 1982 ANAYASASININ OYLAMASI BUTLANLA SAKATTIR; BİÇİMSEL MEŞRULUĞU YOKTUR

Türkiye'nin Avrupa Birliğine girme isteğiyle ilgili 20 Mayıs 2003 tarihli Arie M. Oostlander Raporu, bütünüyle yorumlandığında, kim ne derse desin, yol gösterici, özendirici ve Türkiye'nin yaranna bir metindi¹. Nitekim metin, o zaman beş ret ve bir çekimser oya karşı 55 kabul oyuyla benimsenmiştir. Yani, oylamaya katılanların %92'si Raporu desteklemiştir.

Rapor, 1982 Anayasasının askeri rejim döneminde benimsendiğini, hukukun üstünlüğünü ve temel özgürlükleri güvence altına almadığını, bu nedenlerle Türkiye'nin ancak demokratik Avrupa değerleri üzerine dayanan yeni bir anayasayla demokratik hukuk devletine erişebileceğini; yürürlükteki Anayasada istenen çok köklü değişikliklerin de aslında açık biçimde demokratik Avrupa ilkeleri üzerine kurulmuş yeni bir anayasayı gerektirdiğini; ancak bu ilkeler doğrultusunda kotarılmış böyle bir anayasa ile Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesinde tanımlanan genel geçer Avrupa normlarına uygun olarak bireylerin hakları arasında denge kurulabileceğini vurgulamaktadır.

Özetle, rapora göre, 1982 askeri Anayasasında yapılan değişiklikler, bizzat raporda sergilenen görüşleri yanıtlamaktan uzaktırlar. Bu yüzden, son çö-

* Doç.Dr., Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Onursal Yargıtay Başkanı

¹ 6 Ekim 2004 tarihli rapor da böyle denilebilir.

zümlemeye, bütünüyle Avrupa Birliğince ortaklaşa benimsenmiş Avrupa siyasal ölçütleri temeli üzerine yaslanan yeni bir anayasanın devletin yeniden yapılanmasına eşlik etmesi yeğlenmelidir (Fransızca metin, s. 7, 10, 18).

Özetleyerek verdiğim raporun anayasa konusunda iki saptaması ve bir de uyarısı var.

Birinci saptaması şudur: 1982 Anayasası, askeri rejimin anayasasıdır. Sıra dışı bir dönemin ürünüdür. Yani askeri rejim sırasında kotarıldığı için, o dönemde yapılan bir oylama hukuka aykındır; anayasanın biçimsel meşruluğu sakatlanmıştır.

İkinci saptaması da şu: 1982 Anayasası, günümüzde içeriği açısından halk çoğunluğunun desteğinden yoksundur. Kısacası maddi meşruluğu yoktur, en azından kuşkuludur.

Her iki saptama da yerindedir.

Bu saptamaların ulaştığı sonuç ve uyarı ise şudur: Ne denli köklü değişiklikler yapılırsa yapılsın, bu anayasayı ayağa kaldırmak olanaksızdır. Bu nedenle en iyisi küresel değerler gözetilerek yepyeni bir anayasa yapmaktır.

İlkin, birinci saptama üzerinde duralım.

Meşruluk, hukuk, toplumbilim, etik ve siyaset biliminin kesiştiği bir kavramdır. Bir kurum, yasa ya da iktidarın arkasında, bilinen ve benimsenen (hukuka uygun) kurallara göre oluşmuş ve özgür rızaya dayalı çoğunluk varsa, o kurum, o yasa, o iktidar meşrudur. Son çözümlemede Burdeau, Duverger, Aron, Easton, Kelsen, Lipson, Weber ve birçok düşünürün görüşleri böyledir.

Meşruluk; kurumu, yasayı, iktidarı ayakta tutan ve toplumdaki dinginliği sağlayan büyüklü inançtır, "sitenin/düzenin gözle görünmeyen banış meleğidir" (Ferraro). Bu yüzden, kurumlar, yasalar, en zorba yönetimler bile, iç banışı ve dinginliği sağlamak için, her dönemde meşru görünmek için ellerinden geleni hep yapa gelmişlerdir.

Özellikle de Anayasalar, her toplumun alın yazısını ilgilendiren gelecekteki ortak yaşam, vazgeçilmez değerler, ilkeler, kurallar ve kurumlar konusunda özerk toplumun özgür ve bilinçli uzlaşma ve rızasına dayalı sözleşmelerdir. Çağcıl Hukuk sistemlerinde yazılı ya da sözlü bir sözleşmenin geçerlilik koşulu da, yine özgür iradeye yaslanan bilinçli rızadır. Bu nesnel ölçütler, ister kira sözleşmesi gibi ikili, ister anayasa gibi toplumsal bir sözleşme olsun, her sözleşme için geçerlidir. Çünkü hukuk, çifte ölçüte başvuramaz, katlanamaz; boşluk da kabul etmez. Nitekim, 211 yıl önce 9 Ağustos 1793'te Fransız Yurttaşlar Yasası (Medeni Kanun) Tasansını Konvansiyona sunarken, Jean-Jacques Cambacérès şöyle diyordu: "Sözleşmelerin (özgür) iradesi, en tartışılmaz kuraldır".

Özgürlükçü demokratik bütün hukuk sistemlerinde, eğer özgür iradeye dayalı bilinçli rıza yoksa, o sözleşme hukuka aykındır ve sakattır. Sözleşmenin "biçimsel meşruluğu" (légitimité formelle) yoktur. Ancak, yaptırım;

"yokluk" (inexistence, inessitenza) değil, "butlan" (nullité, nullità) olduğu için, sözleşme bir yargı kararıyla iptal edilinceye ya da yeni bir sözleşmeyle kaldırılıncaya dek geçerlidir, yürürlükte kalır (Borçlar Yasası, md. 23-30).

Bunlar, hukukun her yerde ve herkes için geçerli küresel ilkeleri ve nesnel ölçütleridir. Yargıçlar, fakültelerde bunları öğrenirler ve kararlarını da bunlara göre verirler.

Bu bilimsel ve nesnel ilkelerin ve ölçütlerin ışığında acaba 1982 Anayasasının durumu nedir?

Şimdi herkesçe yaşanan ve bilinen olayları gözeterek durumu saptayalım.

Birincisi, bu anayasa, halkın özgür iradesiyle seçilmiş temsilcilerinin bulunduğu bir kurulca, kurucu iktidarca değil, kapatılan parlamentonun sıralarına oturtulan ve darbecilerce atanmış kişiler tarafından yapılmıştır. Kotarılmamasında halk yoktur.

İkincisi, 1982 Anayasası, bilinçli bir rıza ile oylanmamıştır. Çünkü, tartışma, özellikle eleştiri yasaklanmıştır. Eleştirenler cezaevlerine sokulmuştur. Bu yüzden anayasanın getirdikleri, götürdükleri, sonuçları toplumca sorgulanamamıştır. Tartışma yoksa, konuları saydamlaştırmak, sağlıklı bilgiye ulaşmak, yanlışa düşme tehlikesini önlemek olanaksızdır. Bu yüzden "rıza"nın bilinç boyutu da yoktur.

Üçüncüsü ve dahası, 1982 Anayasası konusunda bu bilinçsiz rıza bile aldatılmış bir iradenin ürünüdür. Passeron ve Bourdieu'nün "sembolik zorbalık" dedikleri yöntemle, anayasanın erdemleri (!) üzerine tek yanlı ve sistimli bir beyin yıkama bombardımanına tâbi tutulan toplum, düpedüz kandırılmıştır.

Dördüncüsü, toplum yalnızca kandırılmamış, tehdit de edilmiştir. Bunun için ikili bir yöntem kullanılmıştır: Anayasa benimsenmediği takdirde, pretoryen (askeri) rejimin süreceği mesajı verilmiş; bunun için de gizli oy ilkesi çiğnenerek içini gösteren saydam zarflar kullanılmış, "seni mimlerim" tehdidi altında ölümü gören eli böğründeki halk, çaresiz sıtmaya razı olmuş, metne evet demiştir.

Beşincisi, tek işlemlerle hem anayasa, hem de devlet başkanı oylanmıştır. Her ikisini destekleyenlerin ya da onlardan birine karşı olanların sayısı ve oranı belirsizdir. Devlet başkanını destekleyenler anayasaya katlanmışlarsa, anayasa; Anayasayı destekleyenler devlet başkanına katlanmışlarsa devlet başkanı oy almamış demektir. Peki hangisi çoğunluğu elde etmiştir? Ya ikisi, ya biri ya da hiç biri. Bu bir bilmecedir. Bilinen tek şey şudur: İkisinin de oyu belirsizdir ve kuşkuludur. Esasen devlet başkanı için kendi içinde bir seçim söz konusu değildir. Çünkü, seçeneksizdir.

Görülüyor ki, Türk toplumu, gerçek temsilcilerinin hazırlamadığı 1982 Anayasasına, bilinci saptırılarak, iradesi kandırma ve tehditle fesada uğratarak evet demek zorunda kalmıştır. Sonuç ise belirsizdir.

Yaşanan bu somut olayların hiç birisi bugüne değin çürütülememiştir. Çürütülemez de. Çünkü, hukukta olmuş, olmamış; yaşanmış, yaşanmamış sayılamaz.

Ömür boyu hukuk ve meslek onurunu ve etiğini çiğnemeyen, çiğnetmeyen hukukçular, hukuka ve kendi halklarına yalan söyleyemezler. Hukukta, bilimde "ârifane tecahül" olmaz.

Öyleyse, eğri oturup doğru konuşalım.

Kiracının zayıf durumda olması ve bu örtük (evet, açıktan değil) manevi baskı nedeniyle kira sözleşmesinde yer alan çıkma taahhüdünü (Türk Yargıtayı, 4.10.1944 tarihli İçtihatları Birleştirme Kararı ve Hukuk Genel Kurulunun 28.5.1979, 17.5.1989, 2.6.1996 tarihli benzer kararları) ve yine işçinin zayıflığı yüzünden onun çıkarlarına karşı olan sözleşmeyi (Fransız Yargıtayı İş Dairesi, 5.7.1965, 3.10.1973, Ticaret Dairesi, 20.5.1980, 2.7.1992) bile butlanla sakat gören bir hukuk sisteminin bu koşullarda ve bu biçimde oylanan bir anayasayı hukuka uygun sayması olanaklı mı?

Elbette değil.

Kurşun yerine %100 oy kullanarak kendisini devlet başkanı seçtiren Irak'ın eski Devlet Başkanı Saddam Hüseyin ne kadar meşru ise, sözde %92 oyla benimsenen bu anayasa da o kadar meşrudur.

"1982 Anayasası, hazırlanılışı, sunuluşu, kabul edilişi, nihayet şartları ve içeriği itibariyle demokratik değildir" (Demirel, 16.5.1993). "Bugünkü rejim bunalımının başta gelen nedeni, hiç kuşkusuz, 1982 Anayasasıdır. Bu anayasa, bir tepki döneminde ve yoğun baskı altında hazırlanmış ve halk oylamasına sunulmuştur" (Ecevit, 26.9.1991).

Bu sözlere kim ne diyebilir ki? Hukuk, normatif bir bilimdir. Zar atmaz. Ben bir hukukçuyum. Elbette zar atmadan, işi sulandırmadan yansız, nesnel mantıkla ve hukukun soğukkanlı tanısını koymak durumundayım. O tanı da şudur: Bu koşullar altında benimsenmiş bir toplumsal sözleşme, adı anayasa bile olsa, hukuken sakattır.

Evet, sakattır ve biçimsel meşruluğu yoktur.

Ben bunları ilk kez 6 Eylül 1999'daki adli yıl açış konuşmasında değil, daha önce de birçok konuşmamda söyledim, yazdım (*Yeniüzyıl Gazetesi*, 28/29 Nisan 1997). O günden bu yana hukuk değişmedi ki, görüşlerim değişsin.

Hukukçu, simgelerle ve asimetric bilgilerle değil, kavramlarla ve tutarlı bilgiyle düşünür, tanı koyar. Bu nedenle yukarıda ve 6 Eylül konuşmalarında belirttiğim gibi, butlanla sakat olduğu, yokluk yaptırımını söz konusu olmadığı için, yeni bir anayasa yapılıncaya dek, 1982 Anayasasına herkes uyacaktır. Ama, bu onu elbette güçlü kılmaz. Tersine her gün biraz daha zayıflatır. Çünkü, "Baskı altında yapılan bir uzlaşma, korkaklığın, ikiyüzlülüğün eseridir" (Adorno). Böyle bir eser de, kuşkusuz ayıplı bir eserdir.

Her gün yaşadığımız olgu, işte bu ayıptır. Bu ayıp da devlet bunalımı demektir.

2- 1982 ANAYASASININ ARTIK MADDİ MEŞRULUĞU DA YOKTUR

20 Mayıs 2003 tarihli Oostlander Raporunun ikinci saptaması da şu idi: Bugün artık 1982 Anayasasının “*maddi meşruluğu*” (légitimité matérielle) da tartışmalıdır. Zira haklılığını toplum vicdanında yitirmiştir. Onu kotaranlar bile artık onu savunmaktan çekiniyorlar.

Anayasalar, devletin gücünü sınırlayan, bireylerin hak ve özgürlüklerini devlete karşı koruyan ve bunların çığnınlmalarına karşı denetim yollarını belirleyen, “devleti bireye göre biçimlendiren”, her türlü hukuk dışılığı aşma yollarını güvenceye bağlayan, iktidarın tek elde toplanmasını engelleyen, sivil toplumun kodlarını gösteren kurallar bütünüdürler.

Hak ve özgürlük kanallarını, sivil toplumun yaşamsal damarlarını tıkan, demokratik refleksi körelten, çoğulculuğu reddeden ve bireyi tek bir kaliba göre biçimlendirmeye yeltenen, insanı devlet karşısında çaresiz bırakan, gerilimler yaratan, sivil toplumu dışlayan, yarattığı “hiç kimseler” rejimiyle halkı ötekileştiren ve inanmadığı halkına karşı sürekli “dikkat!” uyarısında bulunan, hak ve özgürlüklere istisnaen saygılı ve içine kapalı derin bir devlet yaratan, yargıyı ayak bağı gibi gören; kendinden menkul, ucube, zorlamacı, ve bir bakıma Hitler’in akıl hocası Carl Schimidt’in militan demokrasisini öngören, yasa devletinden hukukun üstünlüğüne bir türlü geçemeyen, bu yüzden de Strasbourg Mahkemesinde Türkiye’nin hüküm üstüne hüküm giymesine yol açarak onu küçülten, onurunun kırılmasına yol açan 1982 Anayasasının yalnızca adı anayasadır. Özü ise bir hukukçumuzun deyişiyile “polis tüzüğü”dür. Getirdiği de, polis devletidir. Zekâsı yetersiz bir insan, “Zeki” adını almakla nasıl zeki olamazsa, bir polis tüzüğüne anayasa denmekle de o metin anayasa olamaz.

Demek, bu durumda Türkiye, anayasal bir devlet değil, “anayasalı bir devlet”tir.

Bu metin, üzerinde yapılacak değişikliklerle onanlamaz mı sorusu, kânimca yanlış bir sorudur. Çünkü, yukandaki öz bu anayasanın her maddesine sinmiştir. Takma organlar nasıl insanın ruhunu değiştiremezse, özü anayasa olmayan bir metni de değişikliklerle anayasaya dönüştürmek olanaksızdır. Çünkü, “yalanlar dünyasında yalan, karşıtı olan doğruyla ortadan kaldırılamaz. O yalan ancak gerçekler dünyasıyla yok edilebilir” (Kafka). Öte yandan, deneyimler en iyi yasalarda kristal özeniyle yapılan en iyi değişikliklerin bile o yasanın iç tutarlılığını bozduklarını kanıtlamıştır. Türk Ceza Yasası, 1961 Anayasası bunun en çarpıcı örnekleridirler.

Türkiye, anayasa adlı bu polis tüzüğüne yeterince katlanmıştır.

Artık, halkımız, bundan böyle adıyla, özüyle gerçek bir Anayasa istiyor. 1982 sözde Anayasasıyla yönetilmek istemiyor.

Esasen hiç bir onurlu halk, zorla benimsetilmiş böyle bir anayasaya katlanamaz. Türk halkı niye katlansın ki?

Demokrasiye vurgun Türk ulusu, insan onurundan, birey hak ve özgürlüklerinden yola çıkan; devleti bu hak ve özgürlükleri koruma taahhüdü altına sokan; hukukun üstünlüğü üzerine kurulan; çoğulcu, özgürlükçü ve katılımcı çağcıl demokrasiyi bütün boyutlarıyla gerçekleştiren; barış, hoşgörü, dayanışma, çoklukta teklik, eşitlik, adalet, kardeşlik değerlerine dayanan; tepki ürünü olmayan; “anayasa yurtseverliği” (Habermas) bilinciyle hukukun soğukkanlı tezgâhlarında dokunan yepyeni bir anayasa istiyor.

Hem de her açıdan meşru, özülle sözüyle bizim olan bir anayasa istiyor.

Anayasa Kurulu adına “halk öğretimi” üzerine yazdığı ve Ulusal Meclise sunduğu Raporda (10 Eylül 1791) bakın ne diyor Talleyrand: “(...) eğer yazılı metnin ötesinde bütün yurttaşların ruhunda kök salmamışsa, eğer bu ruhun içine sonsuza dek yeni duyguları, yeni gelenekleri, yeni görenekleri yerleştirmemişse gerçekten bir anayasa vardır denilebilir mi?”

Talleyrand 214 yıl önce ne denli haklı idiyse bugün Türk halkı da doğru bir anayasa istemekte o denli haklıdır.

Ve bu büyük bir istektir.

Hem de karşısında hiç bir gücün dayanamayacağı kadar büyük bir istek.

Bir an önce güneşe doğru yol almalıyız.

Geç kalmamalıyız.

1999’da, uluslararası hukukta bizi utandıran bu anayasa ile 21. yüzyıla girmemeliyiz, demiştim.

Haklıydım. Bu haklı çıkışı, duymasına çok kişi duydu. Ama, çokları nedenlerimi ya anlamadı ya da anlamazlıktan geldiler. “Âdeme acz ü gaflet ü cehli / Ettirürler hata içinde hata” (Pertev Paşa) determinizmi gereğince hukukun küresel ve herkes için geçerli nesnel ilkeleriyle, kavramlarıyla, ölçütleriyle düşünemeyen kimileri de yanılığın üstüne yanılığa düşerek kıyameti kopardılar, toplumu yanılttılar. Sözelimi, butlan ile yokluk yaptırım arasındaki ayrılığı göremeyenler, yoz bilgileriyle tartışmayı saptırdılar; arsızın güçlü, haklının suçlu olduğu bir ortam yaratmaya çabaladılar; hatta bana sövüp saydılar. “Ümeraya tabasbus etmeyen ulema” kesiminden de pek çit çıkmadı. Onca gürültü arasında gerçek de yitip gitti.

Şimdi de Avrupa kulağımızı çekiyor.

Bunu onur sorunu yapanlara şunu anımsatmak isterim: Kendi dinamikleriyle sorunlarını çözemeyen ve bilimi izlemediği için gelişmeleri önceden göremeyen bir ülkede tarihin Tanzimat’tan bu yana yinelenmesinde şaşılacak bir şey yoktur.

Oysa yapılacaklar belliydi. Yapmadık. Başımıza gelenlerse ortada.

Atatürk’ün ilkelerinden biri de “devrimcilik”tir ve bilimselliktir. Her ikisinin özünde de dinamizm ve diyalektik vardır. Bırakın devrimci olmayı, dünyayı iyi okuyamadığımızdan, bizler evrimci bile olamıyoruz, her zaman gelişmelerin gerisinde kalıyoruz. Sonra da dizimizi dövüyoruz.

İşte 21. yüzyıla da böyle ve bu anayasa ile girdik. Determinizmin gereği olarak tarih de yineleni. Ve gene yazık oldu.

Evet, yineliyorum. Geri alın 82 Anayasasını, şu birilerinin anayasasını; geri verin gerçek anayasamızı halkımıza.

Bunu şimdi sadece ben ve Türk aydınları söylemiyoruz. Avrupa Birliği'nin sözcüleri de söylüyorlar. Hem de 1982 Anayasası gibi insanların onurlarıyla oynayan hukuken sakat oylarıyla değil, özgür iradeye yaslanan %92 oyla benimsedikleri raporlarıyla söylüyorlar.

Tıpkı laiklik konusunda söylediklerimi üç ay sekiz gün sonra İbrahim Şerif kararında vurguladıkları gibi (Yunanistan'la ilgili AİHM'nin 14.12.1999 tarihli kararı).

Evet, üzülüyorum.

Ama umutsuz değilim. Halkıma ve yeni kuşaklara inanıyorum.

Ve görüşlerimde direniyorum. Çürütülmedikleri sürece de direneceğim, görüşlerimde.

Bu arada Atatürkçülüğü bilimsel tabanından koparan, art yöre felsefesini sığlaştırarak onu zihinsel körleşmeye uğratan, hastalıklı bir perspektif daralmasıyla zaman ve mekânla sınırlı ve kısır bir ideolojiye dönüştüren, algılama menzillerinin dışına ve bu yüzden aykırı düştüğüm için bilimsellik özünden asla ödün vermediğim ve vermeyeceğim benim Atatürkçülüğümü sorgulamağa yeltenen protokoller Atatürkçülerle uygitsinci hukukçulara, düşünceleri değil, insanları çürütmeye yeltenenlere de bir çift sözüm olacak: Hukuk, bilimsellik, "ancak bilimi izleyenler, beni izlemiş olurlar" diyen Atatürk ve bu anlamda Atatürkçülük üzerine her şeyimi ortaya koyarak diyorum ki, 1980'de ana rahmine rıza dışı düşen, 1982'de de ananın rızasına karşın baylıtılarak Sezaryenle doğan ve anayasa adı verilen bu görünüşte sözleşme, oylamasıyla ve özüyle hukuken sakattır ve meşru değildir. Bu nedenlerle de onunla kavgalıyım.

Türk ulusu da kavgalıdır.

Daha önce de belirttiğim gibi, yoklukla değil, butlanla sakat olduğu için, yenisi yapılıncaya dek yürürlükte kalacak, ama bu kavga da sürecektir.

Çünkü, bu kavga, benim kişisel kavgam değil, hukukun, bilimin kavgasıdır. Uzak amacı çağcıl demokrasi olan Atatürkçülüğün kavgasıdır.

Bu kavganın bir neferi olarak da diyorum ki, eninde sonunda da hukukun, bilimin ve Atatürkçülüğün dediği olacaktır.

Bunu, bu değerler uğruna bir savaş çağrısı olarak da algılayabilirsiniz.

Ve yanılmazsınız.