

ANAYASANIN YENİLENMESİ (ANAYASAL DÜZENİN DEVAMLILIĞI SÜRECİNDE KURUCU İKTİDAR SORUNSALI)

Yuvarlak masa toplantısının amacı, anayasayı yapma yetkisi üzerine yeniden düşünmek. Bu düşünce, derin kırılmalardan sonra yeni anayasanın kabul edildiği halleri dışarıda bırakarak, anayasal hukuki düzenin devamlılığı ekseninde yeni bir anayasanın hazırlanması üzerine yoğunlaşacak. Bu, aynı zamanda Türkiye'nin şu anda içinde bulunduğu süreçle örtüşmektedir.

Olağanüstü dönemlerde anayasa yapılması ihtimalinde, kurucu faaliyet, radikal siyasi-anayasal kırılmaların ardından oluşan güç dengesine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Anayasal hukuki düzenin devamlılığı esas alınarak anayasa yapılması ihtimalinde ise, bir anayasanın yerini yenisinin alması söz konusudur; zira eski anayasa yenisiyle değiştirilmektedir. Burada, bir Anayasanın kendisinin yerini alacak bir diğeri için ortadan kalkmasını gerektiren bir « tümenden yenileme » mantığı bulunmaktadır.

Bu anayasal geçiş, hangi usulle gerçekleştirilecektir? Kuşkusuz yürürlükteki Anayasa, anayasanın yenilenmesine ilişkin usuli yolu öngörmüş olabilir. Bununla birlikte, çağdaş Anayasaların çoğunluğunda, bu konuda kısmi değişikliğe ilişkin kurallar koymakla yetinilmektedir. Tam değişime ilişkin hükümler, oldukça istisnai niteliktedir.

Klasik anayasa hukuku öğretisine göre, asli kurucu iktidarın uymakla yükümlü olduğu hukuki kurallar bulunmamaktadır; çünkü yeni bir anayasa ve yeni bir hukuk düzeni kurulmaktadır. Oysa türev kurucu iktidar, asli kurucu iktidar tarafından şarta bağlanmıştır. Başka bir deyişle, birincisi, yani asli kurucu iktidar, siyasi alana ilişkindir; hukuki alana değil; buna karşılık, türev kurucu iktidar hukuk alanına girer, zira kendisinin riayet etmesi gereken hukuk kuralları vardır.

Bununla birlikte, iki duruma da bakarak, birincisinin gerçekten mutlak ve sınırsız olduğu tartışılabileceği gibi; ikincisinin, birincisinin koymuş olduğu kurallarla bağlı olduğu ve bu kuralların uygulanmasının

olası bir yargısal denetime tabi olup olmadığı meseleleri de ayrıca sorgulanabilir.

Usuli ve şekli açıdan, « anayasanın maddi sınırları », kısmi değişiklik anlayışına tekabül eder. Bu durumda şu soruyu sormak uygun olur: asli kurucu iktidar, gelecek kuşakların iradesini ipotek altına alma yetkisine sahip midir?

Bu tür bir soru, radikal bir kırılmanın ardından hazırlanan bir Anayasanın söz konusu olduğu hallerde, çok daha meşru hale gelmektedir. Bu bakımdan, 7 Kasım 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, bu konuda oldukça açıklayıcı bir örnektir. Söz konusu Anayasa, 1987'den bu yana değiştirilmiş ve yeniden biçimlendirilmiştir. Ard arda gelen değişikliklerle hukuk devletinde onarım yoluna gidilmesine rağmen, 1990'ların başından itibaren süregelen yeni anayasa arayışları hiçbir zaman güncelliğini yitirmemiştir.

Anayasa Mahkemesi, 2008'de gerçekleştirilen anayasa değişikliğini uygun bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi, anayasanın değiştirilmez hükümlerini koruyan maddeyi uygulayarak, değiştirilen maddelere yapılan eklemeleri iptal etmiştir. Böylece, Mahkeme, iki anayasal hüküm kategorisi arasındaki ilişki doğrultusunda değiştirilemez hükümler blokunu genişletmiştir...

Bu karar, 1982 Anayasası, “tümünden yenilenme“ kuralını öngörmediği için, anayasanın değiştirilmesinde izlenecek usul üzerine tartışmaları yeniden başlatmıştır. Kuşkusuz, koruyucu hükmün kaldırılması şeklindeki usuli yol dışlanmamıştır. Bununla birlikte, bu tür bir girişim, siyasal rejimin geleceği konusunda bir konsensüs (oydaşma) sağlanmadan tahayyül edilemez.

Başka bir deyişle, anayasal geçiş, mevcut sistemin verileri doğrultusunda gerçekleştirileceği için, “kurucu iktidar“, hukuk tekniği (değişiklik usulü) ile, insan haklarının altyapısını oluşturduğu bir demokrasi üzerine konsensüs sağlamak için siyasal alanın (anlaşma, diyalog, müzakere, ...) birbirine eklemeli olduğu bir şekilde oluşturulmalıdır.

Gerçekten de, yeni anayasa arayışına yönelik olarak sivil toplum örgütlerinin girişimiyle hazırlanan ve kaleme alınan ön projeler ve raporlar, yeni bir temel normun oluşturulması yönündeki yurttaş iradesini yansıtmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu irade, siyasi iradeyi harekete geçirmeye yetecek ölçüde etki yapmamıştır. Ayrıca, yeni bir anaya-

sanın içeriksel özelliğini ilgilendiren çalışmaların çeşitliliğine karşılık, kurucu iktidarın yapısı yeterli ölçüde işlenmemiştir.

İstanbul buluşması, yaşanmış bir deneyimden yola çıkarak, ancak hiç şüphesiz karşılaştırmalı anayasa hukuku bağlamında « anayasal hukuki düzenin devamlılığı sürecinde kurucu iktidar » yolları üzerine anayasacıların ortak çözüm arayışı olarak da özetlenebilir. Kısacası, Anayasa Hukuku Uluslararası Derneğinin yuvarlak masa toplantısının ana amacını, bir yandan kurucu iktidar açısından fikri çeşitliliğin zenginleştirilmesi, diğer yandan da Türkiye'nin anayasal yolunun aydınlatılması oluşturmaktadır.

İbrahim Ö. Kaboğlu
(Yürütme Kurulu Üyesi/ UAHD: Ocak 2004-Aralık 2010)
Anayasa Hukuku Profesörü
Marmara Üniversitesi
4 Haziran 2010, İstanbul

FOREWORD

RENEWAL OF A CONSTITUTION (CONSTITUENT POWER WITHIN THE FRAMEWORK OF THE CONSTITUTIONAL LEGAL ORDER'S CONTINUITY)

The aim of the meeting is to reconsider the power to 'make a constitution'. This will exclude cases in which new constitutions are adopted after deep ruptures, and will focus on the preparation of a new constitution within the framework of an established constitutional order; change with continuity.

When a constitution is made at an exceptional time, constituent action is based on balances of power, which are formed after radical political-constitutional ruptures. If constitution making takes place without a constitutional rupture and is based on the permanence of the current constitutional legal order, the new constitution will take the previous one's place. In this case the previous constitution must cease to be effective in order that the new one may supersede it. What kind of procedure or method should be adopted for the amendment of a constitution? The current constitution may stipulate how it may be revised. However, most modern constitutions only regulate how to make partial changes, but do not specify how to replace the constitution entirely. Constitutional clauses about "entire change" are exceptional.

According to classic constitutional law doctrine, constituent power to frame a constitution (*pouvoir constituant*) is unlimited, since it founds a new constitutional and legal order. However, constituted power to amend an existing one (*pouvoir constituant dérivé*) is determined by the constituent power. In other words, the first type of constituent power is political, not legal. On the other hand, constituent power to amend an existing constitution is related to the legal sphere, because there are legal norms that it has to be observed. Nonetheless, one may question whether the first type of constituent power is really absolute and limitless; and also whether the constituent power to amend an existing constitution is bound by the rules of the set by the first constituent power and if the application of these rules is subject to judicial review.

In formal terms, "substantive limits of the constitution" corresponds to understanding of partial constitutional change. In such a case, one should ask the following question: 'does the constituent power to frame a constitution have authority to bind the will of subsequent generations on constitutional changes?'

Such a question becomes more legitimate if a constitution was made after a radical rupture. In this regard, the Constitution of the Re-

public of Turkey which came into force on November 7, 1982 is a significant example. This Constitution was amended several times and has been reshaped since 1987. Even though these consecutive alterations to the Constitution restored the rule of law, since the beginning of 1990's there has been a continual search for a new constitutional framework.

For instance, when reviewing the proposed constitutional amendments of 2008, the Constitutional Court applied the 'eternity clause' in the Constitution to find to the constitutional amendments to be unconstitutional. Thereby, the Court extended the 'unchangeable provisions' to block substantive constitutional revision. The Court used similar reasoning when it declared the proposed constitutional changes of 2010 to be partially unconstitutional.

These rulings of the Constitutional Court have reignited debates about how to amend the constitution, since the 1982 Constitution is silent about how to change it in its entirety. Certainly, abolishing the eternity clause may be considered as a procedural solution. However, such an attempt may not be contemplated unless there is a consensus about the future of the political regime.

To put it another way, 'constituent power' should be formed together with legal techniques (alteration procedure) since constitutional transformation will be fulfilled in the frame of the current system, and political procedure (dialogue, deliberation...) to obtain a consensus on democracy which is predicated on human rights.

Constitutional drafts drawn up by and reports prepared by the non-governmental organizations reflect citizens' will for a new constitution. Nonetheless, these efforts have not stimulated a political will. Besides, even though there are several studies regarding the proposed content of a new constitution, the form of constituent power has not yet been thoroughly considered.

The Round Table Meeting in Istanbul will serve to start a dialogue among constitutional law scholars about 'Constituent power within the frame of the current legal order's continuity' in a comparative perspective. In brief, the goal of the Round Table Meeting of the International Association of Constitutional Law is to enrich the intellectual understanding of constituent power while casting a light on Turkey's constitutional path.

İbrahim Ö. Kaboğlu

(Executive Committee Member/ IACL: January 2004 – December 2010)

Professor of Constitutional Law, Marmara University (Istanbul)

President of the Association of Research on Constitutional Law (Turkey)

AVANT - PROPOS

LE RENOUVELLEMENT DE LA CONSTITUTION (LE POUVOIR CONSTITUANT DANS LA CONTINUITÉ D'UN ORDRE JURIDIQUE CONSTITUTIONNEL)

L'objectif du colloque est de repenser le pouvoir d'établir une Constitution. Une telle réflexion sera concentrée sur l'élaboration d'une nouvelle Constitution dans la continuité d'un ordre juridique constitutionnel en excluant le fait d'établir une nouvelle Constitution à la suite des ruptures profondes.

Dans cette éventualité, l'exercice constituant dépend des équilibres de forces établis pendant les circonstances extraordinaires à la suite des ruptures radicales politico-constitutionnelles. Pour ce qui concerne l'acte constitutionnel dans la continuité d'un ordre juridique constitutionnel, il y a bien substitution d'un ordre juridique constitutionnel à un autre puisque la Constitution ancienne est remplacée par une Constitution nouvelle. C'est la logique de la révision totale dans laquelle la Constitution disparaît pour être remplacée par une autre.

Par quelle procédure une telle transition constitutionnelle devrait-elle être assurée? Certes, la Constitution en vigueur peut-elle contenir la voie procédurale du renouvellement de la Constitution. Toutefois, il ne s'agit que de la révision partielle dans la plupart des Constitutions contemporaines. Quant à la révision totale, celle-ci reste exceptionnelle.

D'après la doctrine de droit constitutionnel classique, le pouvoir originaire est inconditionné (puisqu'il instaure une Constitution nouvelle, un ordre juridique nouveau), alors que le pouvoir constituant dérivé est conditionné par le pouvoir constituant originaire. Autrement dit, le premier relève de la politique et non droit, alors que le pouvoir constituant dérivé relève du droit, car il y a alors des règles juridiques à respecter.

Mais, dans les deux cas de figure, on peut se demander si le premier est vraiment absolu et illimité contrairement au second qui est considéré comme conditionné par les règles posées par le premier et avec un contrôle juridictionnel éventuel de l'application exacte de ces règles.

Les limites matérielles d'une Constitution correspondent, du point de vue de la forme, à l'esprit d'une révision partielle. Dans ce cas, il paraît opportun de poser la question suivante: est-ce que le pouvoir constituant a la compétence d'hypothéquer la volonté des générations futures?

Une telle question devient davantage légitime pour une Constitution élaborée à la suite d'une rupture radicale. La Constitution de la République de Turquie qui date du 7 novembre 1982 en est assez significative. Elle a été révisée et remaniée par des modifications de 1987 à nos jours. Malgré la restauration de l'Etat de droit par voie des modifications successives, la quête d'une nouvelle Constitution qui remonte au début des années 1990, est toujours d'actualité.

La Cour constitutionnelle a même censuré la modification de 2008. La Cour constitutionnelle, en appliquant l'article protecteur des dispositions inaltérables, a annulé les ajouts faits aux articles modifiables. Ainsi, la Cour a-t-elle élargi le bloc des dispositions inaltérables à partir d'une liaison établie entre les deux catégories de dispositions constitutionnelles...

Un tel arrêt a relancé le débat sur la procédure à suivre pour renouveler la Constitution du fait qu'une révision totale n'a pas été prévue dans la Constitution de 1982. Certes, la voie procédurale n'est pas exclue pour supprimer la disposition protectrice. Cependant, une telle initiative n'est pas concevable sans avoir le consensus sur l'avenir du régime politique.

Ceci dit, « le pouvoir constituant » devrait être conçu dans l'articulation de la technique juridique (procédure de révision) du fait que la transition doit être effectuée à partir des données du système existant et, du processus politique (compromis, dialogue, délibération,...) afin d'assurer le consensus sur la démocratie dont les droits de l'homme constituent l'infrastructure.

En effet, les avant-projets et les rapports destinés à la quête d'une nouvelle Constitution qui ont été préparés et rédigés à partir des initiatives civiles reflètent bien la volonté des citoyens pour une nouvelle norme fondamentale. Toutefois, cela n'a pas encore exercé un effet suffisant pour débloquer la volonté politique. De plus, malgré la richesse de travaux en ce qui concerne l'aspect matériel d'une nouvelle Constitution, la nature du pouvoir constituant n'a pas encore été suffisamment explorée.

La rencontre d'Istanbul pourrait donc permettre aux constitutionnalistes de discuter du « pouvoir constituant dans la continuité d'un ordre juridique » à partir d'une expérience vécue, mais sans doute dans le contexte du droit constitutionnel comparé. En bref, l'enrichissement d'éléments de réflexion sur le pouvoir constituant d'une part et, l'éclairage de la voie constitutionnelle de la Turquie d'autre part, constituent la logique de la Table Ronde de l'Association Internationale de Droit Constitutionnel.

İbrahim Ö. Kaboğlu

(membre du Comité exécutif /AICL: Janvier 2004 – Décembre 2010)

Professeur de droit constitutionnel à l'Université de Marmara (Istanbul)

*Président de l'Association des Recherches en Droit Constitutionnel
(Turquie)*