



Osman Vahdet İşsevenler, *Kurucu İktidarın Eleştirisi: Anayasanın Maddi ve Fail Nedeni*, İstanbul: Pinhan, 2019, 279 s.

Değerlendiren: Abdulkadir Yıldız

Kurucu iktidar; devletin temel organlarını, bunların işleyişini, birbiriyle ilişkisini belirleyen, anayasayı yapan güçtür. Devlet organlarını kurması yani devletin kurulmuş iktidarlarını belirlemesi, kurucu iktidarın kurulmuş iktidarların üzerinde bir iktidar olması anlamına gelmektedir. Gerçekten normlar hiyerarşisinin temeli de iktidarlar veya organlar arasındaki hiyerarşiye dayandırıldığından devletin en üst normunu yapan iktidarın diğer iktidarlardan üstün olduğu sonucuna varılmaktadır. Anayasa hukukunda temel bir konumda yer alan kurucu iktidara, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapan O. Vahdet İşsevenler, doktora tezinin kitaplaştırılmış hâli olan bu eseriyle felsefi bir yönden yaklaşmaktadır. Hukuk felsefesi alanında çalışmalar yürüten yazar, bu eseriyle, kurucu iktidara yönelik tanımını sorgulamakta, norm-iktidar ve adalet-toplum ilişkisini anayasa hukukunun temel bir konusu üzerinden yeniden yorumlamaktadır.

Literatürde kurucu iktidar; asli kurucu iktidar ve tali kurucu iktidar olarak bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Asli kurucu iktidar, anayasayı yeni baştan yapan iktidar iken tali veya türev kurucu iktidar, anayasayı değiştiren iktidardır. Her iki iktidarın ortaya koyduğu norm anayasadır ve bu açıdan koydukları normlar arasında bir hiyerarşi yoktur. Aralarındaki fark, temel olarak asli kurucu iktidarın fiilî ve sınırsız bir iktidar olmasına karşılık tali kurucu iktidarın hukuki ve anayasayla sınırlı bir iktidar olmasıdır. Zira tali kurucu iktidar, anayasayı anayasada belirtilen usule göre değiştiren iktidardır. Eserde yazarın temel olarak tartıştığı bağlam da bu ayrımla ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Literatürde asli kurucu iktidarın sınırsız olması yönüyle tali kurucu iktidardan ayrılmasına yönelik eleştirisi, asli kuruculuğun

@ Dr., Necmettin Erbakan Üniversitesi. abdulkadiryildiz1986@hotmail.com

id <https://orcid.org/0000-0002-6262-7090>

sınırsızlığının yeniden düşünülmesini sağlayabilir. Genel tanımında öngörüldüğü şekilde acaba asli kurucu iktidar gerçekten sınırsız bir iktidar mıdır? Bu arada sınırsızlık, asli kuruculuğa atfedildiğinden yazar, eserde, kurucu iktidarı çoğunlukla asli kurucu iktidara karşılık gelecek şekilde kullanmaktadır (s. 16).

Eserdeki temel soru, asli kurucu iktidarın “sınırsız” bir iktidar olduğu tanımlanmasına yöneltilmektedir. Asli kurucu iktidar, gerçekten sınırsız olan bir iktidar mıdır? Yazar eğer böyle olsaydı temel hak ve özgürlükleri korumayan, güçler ayrılığına yer vermeyen belgelerin de anayasa olduğunu savunmak gerektiğini belirtmektedir (s. 55). Yazara göre fiili bir güç olan asli kurucu iktidarın hukuki bir zemine oturtulması ancak anayasanın maddi içeriğiyle ilgilidir (s. 55). Aksi takdirde, yani iktidarın meşru bir zemine oturtulmadığı durumda iktidarın ürünü olan anayasanın da toplum tarafından kabul edilmemesi gerekir.

Eser, giriş ve dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, yazar, anayasa kavramına eğilmekte ve anayasayı çeşitli açılardan tasnif etmektedir. Yazarın en başta anayasa kavramını çeşitli açılardan incelemesi, kurucu iktidarın konumlandırılmasındaki temel tanımların sorgulanmasına ve eleştirilmesine kapı aralaması yönüyle isabetlidir. Zira kurucu iktidar, anayasa hukukunda son derece muğlak ve içeriği tam olarak ortaya konulamayan bir kavramdır. Yazar, kurucu iktidar ve anayasa yapımı ilişkisinin, fiili olanın hukuki olanı ortaya çıkardığı bir paradoksu içerdiğini belirtmektedir. Bu paradoksun sebebinin anayasa üzerinden kurucu iktidarın açıklanmak zorunda olmasından kaynaklandığını belirtmektedir. Gerçekten eserde de belirtildiği üzere egemenliğin dolayısıyla kurucu iktidarın kaynağı halktır denilmektedir fakat halk, anayasal bir kurumdur (s. 23). Bu sebeple anayasadan önce halk (referandum) nasıl açıklanabilir? Yazar, madde-form ilişkisinin doğal olarak kurulan-kuran arasında döngüsel ve birbirini kayıtlayan bir ilişki olduğunu belirtmektedir (s. 24). Bu aynı zamanda asli kuruculuğun nasıl sınırlı olabileceğine yönelik de bir açıklamadır.

Kitabın ikinci ve üçüncü bölümleri, kurucu iktidarın iki karşıt görüş açısından değerlendirilmesini içermektedir. İkinci bölümde yazar, kurucu iktidarın ortaya çıkışını Schmitt üzerinden temellendirmektedir. Buna göre hukuki boşluk ortamında “egemen” anayasaya karar vermektedir. Hukuk (anayasa) konusunda herkesin bir kararı (iradesi) olmakla birlikte ancak egemenin iradesi anayasaya dönüşebilecek niteliktedir (s. 91). Dahası yazara göre Schmitt’in egemeni, hukukun toplumsal iradeyle uyumluluğunu ve egemenin keyfiliğinin toplumsal iradeyle önlenmesini aramamaktadır: “Hukukun egemenliğinin, egemenin hukukunu ifade ettiğine” dayandırılmasıdır önemli olan (s. 96). Schmitt’in, bu suretle mutlak yetki sahibi

gördüğü egemene, anayasanın içeriği açısından herhangi bir sınır belirtmemesi ise temel argümanı olan asli kuruculuğun sınırlılığı boyutunda yazarı yeni bir arayışa itmektedir. Zira eserin henüz birinci bölümünde belirtildiği gibi sınırsız egemene meşruiyet kazandıran, ortaya koyduğu normun yani anayasanın içeriğinin iktidarı sınırlandırmasıdır. Yazar bu boyutu açıklamak için üçüncü bölümde Arendt'e başvurmuştur. Buna göre Arendt ancak kurumsallaşmayı sağlayabilen ve özgürlükleri inşa edebilen yani düzeni ve sınırlılık boyutlarını içeren bir belgenin anayasal devleti kurduğunu belirtmektedir (s. 151). Bu sebeple Schmitt'in egemenine (iktidar) Arendt'in yaklaşımı eklemeli olduğu takdirde anayasa tanımına ulaşılabilir.

Son bölümde ise hukukun kaynağı ve içeriği ötesinde bir otorite veya iktidar tesis etmesi boyutu değerlendirilmektedir. Yazar, anayasa yargısı ile hukukun üstünlüğü ilkelerinin kurucu iktidarın iradesini üstün kıldığını belirtmektedir (s. 256). Anayasanın veya hukukun bu üstünlüğü sağlaması ise toplumsal iyi ile bağdaşır olmasından ileri gelmektedir. Bu arada eserde, kurucu iktidarın otoritesinin anayasadan kaynaklı olarak anayasa yargısıyla ilişkilendirmesi, kurulmuş bir iktidar içinde (anayasa yargısı sınırlarında) fail nedenin (hukuk dışı egemenin) açıklanması sebebiyle kafa karışıklığına sebebiyet verebilir.

Eserdeki temel soruya dönülürse kurucu iktidarın maddi kritere göre herhangi bir sınırının olmadığı yaklaşımı, kurucu iktidar ve onun formu olan anayasa ilişkisi dikkate alındığında anayasacılık hareketlerinin bir gereği olarak ortaya çıkan sınırlı iktidar olgusuyla çelişmektedir: "Anayasallık ve maddi dayanak, anayasa hazırlayanlar için bir sınır teşkil etmelidir" (s. 25). Yazar, maddi dayanağın bizatihi metni ortaya koyanın sınırlılığıyla da bağlantı olduğunu tespit etmektedir. Zira metnin sınırlılığı, metni ortaya koyanın yani maddi failin sınırlılığını gerektirir (s. 55). Yazara göre teamüli anayasa olgusu, yazılı anayasalarda olanın aksine fail neden olmaksızın anayasanın ortaya çıkmasıdır. Bu sebeple kurucu iktidarın anayasanın fail nedeni ve maddi nedeni olması birbirinden ayırt edilmelidir (s. 58).

Gerçekten İngiltere'deki teamüllerin bir anayasa olarak kabul edilmesi, iktidarın sınırlandırılması olgusuyla ilgilidir. Burada yazarın teamüli anayasanın yumuşak anayasa olarak nitelenmesine ilişkin eleştirisinin son derece dikkate değer olduğu vurgulanmalıdır. Teamüli (veya yazısız) anayasanın doğal olarak yumuşak anayasa olması, bu anayasanın alelade kanunlarla değiştirilebileceği anlamına mı gelmektedir? Eserde, katı ve yumuşak anayasa ayrımı bağlamında yazar, katı anayasa olmasına rağmen bu denli istikrar gösteremeyen ve sık sık değiştirilen anayasalara bakarak İngiliz kurumlarına istikrar kazandıran, uzunca bir süre içinde yerleşme ve zamanla değişme özelliklerinden yola çıkarak teamüli anayasanın yu-

muşak anayasaya denk geldiği yorumunu sorgulamaktadır (s. 41). Yazarın buradaki yaklaşımı iki açıdan değerlendirilmelidir. Birincisi, normativizm açısından, teamüli anayasanın olağan kanunlarla değiştirilebilmesinin hukuki imkânıdır ki hukuki pozitivistler, yumuşak anayasayı bütünüyle bu açıdan tanımlamaktadır. İkincisi ise bu hukuki imkânın aslında realiteyle doğrudan uyuşmadığı, hukukun tabii hukuk yönünden yorumudur ki bilimsel bir yaklaşım olarak bu, pozitivist yaklaşımdan daha nesnel bir sonuca ulaşma imkânı verebilir. Zira yazarın verdiği örnek, ampirik olarak doğrulanabilir niteliktedir. Zaten sonrasında Arendt'in ABD ve Fransız anayasalarının ortaya çıkışına yönelik yaptığı ayrımın belirtilmesi, kurucu iktidara yönelik bahsedilen farklılığı ortaya koymak amacıyla (s. 153).

Eser, anayasayı, metni ortaya koyan “fail neden” ve anayasanın sebebini ise “maddi neden” olarak açıklamaktadır. Anayasa yapımı halka dayandırılarak, halk gerekçe gösterilerek, kurucu iktidarın anayasayı halk için yaptığı ortaya konularak fiile yani “maddeye” ve dolayısıyla kısır bir döngü şeklinde kurucu iktidar kendisine meşruiyet kazandırabilir. Esere göre her ne kadar metin küçük bir azınlık tarafından yazılmış olsa da bu azınlık, halkı temsil ettiği ve anayasanın halk için olmasından kaynaklı olarak meşruluk zeminine oturabilir (s. 67). Bu çabanın sonucu olarak anayasa, toplumsal olanı, toplumda olanı dikkate aldığı ölçüde etkin olacaktır. Yazar, anayasal formun toplumsal formla uyumluluğunun meşruiyet ölçütü olduğunu belirtmektedir (s. 70).

Çalışmada genel olarak hukukun, bu arada anayasanın, toplumsal belirlemenin ürünü olarak ele alındığı söylenebilir. Toplum; iyi-kötü, doğru-yanlış ve yasal-yasak alanı belirlemektedir. Toplumun belirlediği bu alan, bu sınır nihai aşamada ise egemen tarafından anayasa formuna büründürülmektedir. Egemen bunu yaparken bir şekilde halkla irtibat kurmalıdır. Meselenin bu yönü aslında asli kuruculuğun her hâlükârda demokratik bir zemine oturtulması anlamına gelmektedir. Asli kuruculuk, demokratik bir fonksiyon olarak belirtildiğinde anayasa ahlaki temelini taşır. Ahlaki temeli taşımayan yani halkın yasal-yasak anlayışını barındırmayan form ise doğaldır ki anayasa olarak nitelenemeyecektir. Yazarın bu yaklaşımı, demokrasi teorisine ilişkin önemli bir açılımı barındırmaktadır. Bu anlayışa göre ferman tipi anayasa her ne kadar monarkın tek yanlı iradesinin ürünü olsa da toplumsal iradeyle bağdaştığı ölçüde demokratik bir anayasa olarak ortaya çıkacaktır. Hukuki pozitivistimde de monarkın iradesinin ürünü olması, anayasa olarak nitelenmesine engel olmamakla birlikte demokratiklik nitelemesinin yapılabilmesi için anayasanın “halktan” veya “milletten” kaynaklanması gerekmektedir. Halkın seçtiklerince yapılmasına rağmen iktidarı sınırlandırmayan bir anayasa ne ölçüde demokratik

adedilebilir? Aslında bu soru, tabii hukuk ve pozitif hukuk bağlamında temel bir tartışmaya işaret etmektedir. Bu durumda topluma rağmen anayasanın olamayacağı sonucuna varılmalıdır. Örneğin; kimi toplumlarda, bir belgeyi sırf dışarıdan dayatılması veya elitlerin hazırlamış olması sebebiyle anayasa olarak kabul etmek gerekir. Bu aşamada eser, okuyucuyu hukuk- ahlak ilişkisi ve hukuk- meşruiyet ilişkisi bağlamında pozitif hukukla tabii hukuk arasındaki temel bir ayrıma yönlendirmektedir.

Sonuç olarak eserde, asli kurucu iktidarın ortaya koyacağı metnin gerçek anlamda anayasa olarak nitelenebilmesi için anayasal devlette tespit edilen bazı ilkeleri taşıması gerektiği savunulmaktadır. Bu tez, hukuki pozitivizmin, hukuk boşluğu ortamında doğması sebebiyle sınırsız olarak tanımladığı asli kuruculuk anlayışıyla bağdaşmasa da günümüzde anayasal devleti inşa etmeyen bir anayasanın gerçek anlamda anayasa olarak nitelenemeyecek olması aslında tabii hukuk ve hukuki pozitivizm arasında bir bağ kurmaktadır.