

NASIL BİR ÇAĞDAŞ ANAYASA VE ANAYASA YARGISI?

Prof. Dr. İbrahim Ö. KABOĞLU()*

I- KONUNUN SINIRLANMASI

Eğer sempozyum düzenleyicileri tarafıma ulaşabilselerdi, daha somut bir başlık önerirdim: “XX. yüzyıl sonunda anayasal eğilimler” gibi.

Başlık bu şekliyle oldukça geniş olduğu için, konu sınırlanmalı.

1. Bir kez ikisi birlikte çok geniş.

2. Sonra, “Nasıl bir Anayasa Yargısı?” sorusunu büyük ölçüde Anayasa Yargısı (Avrupa Modeli ve Türkiye) başlıklı kitabımın 2. basısında irdelediğim ve yineleme yapmayı uygun bulmadığım İçin, bildiri başlığının ikinci kesimi ihmal edilebilir^{1 2}.

3. Çağdaş Anayasaların kalkış temeli olan ve hacim olarak 1/3'lük alanını kapsayan “hak ve özgürlükler” konusunu, dört yıl önce son olarak katıldığım Anayasa Yargısı sempozyumunda işlediğim için³ burada en son gelişmeler gözönüne alınarak kimi saptamalar ile yetinilecek.

4. Geriye “kurumsal anayasa hukuku” kalıyor ki, burada genel çizgileriyle üzerinde durulacak konu budur.

H- “ÇAĞDAŞ BİR ANAYASA” NASIL ANLAŞILMALI?

‘Çağdaş’ sözcüğünden ne anlaşılacak gerekir? “Yeni” olan mı çağdaştır? Öyle ise, 1982 Anayasası 1961 Anayasası’na göre daha çağdaş bir anayasa olarak nitelenebilir. Bu sözkonusu olmadığına göre başka ölçütler de aranmak gerekir. Temel ve üstün bir norm olarak anayasa, bir “uz-

(*) M.Ü.Hukuk Fakültesi öğretim Üyesi.

2 Yine bu konu, 14-15 Nisan 1997’de Marmara Hukuk Fakültesi’nde Anayasa Mahkemesi ve Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı’nın birlikte düzenlediği “Anayasa Hukukçuları Toplantısı” f’de sunduğum, “Anayasa Mahkemeleri: Avrupa Ortak Hukuk Alanının Kurucuları mı?” başlığını taşıyan bildiride de irdeledim.

3 Bkz. “Hak ve Özgürlükler anlayışındaki gelişmelerin Anayasa’ya yansıtılması sorunu” *Anayasa Yargısı-11*, Ankara 1995, s.237-255.

laşı metni”, “toplumsal uzlaşma” belgesi, çatışmaları banşlandırma özelliği, ya da “kurumlar dengesi ve işleyiş güvencesi” olma özelliği öne çıkarılabilir. Fakat herhalde bütün bunlar için, “Hukuk Devleti” hem çerçeve hem ölçüt olarak alınabilir. “Ülkemiz için şü olmalıdır?” yönteminden çok çağdaş gelişmelerin neler olduğunu saptamak, yol gösterici olabilir.

Hukuk Devleti nedir? Bu kavram nasıl açıklanabilir? Genel çizgileriyle hukuk devleti iki farklı yaklaşımla ele alınabilir:

Biri teknik yaklaşım: Hukuk devletini normlar hiyerarşisine göre açıklamak hukuka ağırlık veren bir sistemleştirme çabasını ifade etmektedir.

İkincisi, demokrasiyi öne alarak yapılan tanım ya da belirleme. Siyasete ağırlık veren bu yaklaşım, demokrasiyle hukuk devletini belli ölçülerde özdeş kabul etmektedir.

Hangi görüş, çağdaş anayasa sistemine uygun düşmektedir? Teknik ve hukuk ağırlıklı yaklaşım biçimi, XX. yüzyıl biterken anayasalarda belirginlik kazanmaktadır.

Şu halde Hukuk devleti nasıl sistemleştirilebilir? Hukuk Devleti, belli bir mekanizma ve bu mekanizmanın içeriğini dolduran kurallar olmak üzere iki boyutuyla açıklanır.

Nedir mekanizma veya sistem? Hukuk “normlar hiyerarşisi” şeklinde yapılır. Hukukun bu yapılanma biçimi, devletin “erkler ayrılığı” kuramı doğrultusunda kuruluşuyla anlam kazanır. Hukuk Devleti iskeleti, devlet ve hukukun ayn ayn ama aynı zamanda içiçe geçmiş kural ve kurumlardan oluşur. Sözkonusu yapılanmada “hukuki meşruiyet”, vazgeçilmez bir ögedir. Devletin yetkileri ancak hukuk çerçevesinde varolabilir.

Mekanizma hukuk devletinin mimari yapışım kurar. Ancak bu, içe-rikle tamamlanmaz ise, hukuk devleti görünüşte varsayılsa da özü itibariyle geçerli olamaz. Burada öne çıkan kavram, *hukukun içeriğidir*. Yürürlükteki hukuk kuralları, sırasıyla belli bir insan hakları, demokrasi ve hukuk anlayışım yansıtmalıdır. Devlet, altyapısını insan haklarının oluşturduğu demokratik sisteme dayanmalıdır. Erklar ayrılığı İle devletin yetkileri ılımlı kılınmış, yargı bağımsızlığı ile hakların klasik güvencesi korunmuş, demokratik rejim ise, çoğulculuk ilkesine dayandırılmıştır.⁴

3. Hukuk devleti kuramı ve pratiği konusunda ayrıntılı bilgiler için bkz. J. Chevalier, *L'Etat de Droit*, Montchristien, E.J.A., Paris 1992; İ.ö. Kaboğlu, “Türkiye’de Hukuk Devleti’nin Gelişimi”, *insan Hakları Yıllığı*, C.12, 1990, s. 139-166; F.B. Vasilescu, “Fin du milMnaire: Triomphe du Constitutionnalisme Europten”, *Annuaire Internationale de Justice Constitutiönelle*, XII-1996, p.,49-67.

Hukuk devletini iki farklı açıklayış tarzından, normlar hiyerarşisinin hareketle önerilen sistem, demokrasiyi de kapsamına alıyor. Bu açıdan, hukuk devleti, “demokratik hukuk devleti” şeklinde sınırlanrsa, buna İnsan hakları da eklenmeli; zira, hukuk devleti, bir “insan hakları devletidir” de.

İşte çağdaş anayasa, değinilen mekanizma ve içeriği yansıtan, -eğer bu bir İdealse- buna ulaşmayı hedef alan bir sisteme dayanan temel normdur. Kısacası, hukuk devletine en uygun olan anayasa çağdaştır.

Çağdaş anayasa, Avrupa merkezlidir. Bugünkü Özelliğine ikinci Dünya savaşından itibaren kavuşması, art arda gelen üç Anayasa dalgası ile gerçekleşmiştir⁵.

- Almanya, İtalya, Fransa ve Türkiye’de 50’li ve 60’11 yıllarda birinci dalga (Batı Avrupa),

- Portekiz, İspanya, Yunanistan’da 70’İİ ve Belçika’da 80’İİ yıllarda ikinci dalga (Güney Avrupa ve Belçika),

- Sosyalist sonrası devletlerde PO’lu yıllarda üçüncü dalga (Orta ve Doğu Avrupa) ortaya çıkmıştır.

Türkiye, Batı Avrupa’da yer almadığı halde, 1961 Anayasası İle çağdaş anayasallık sürecine birinci dalga İle katılmıştır.

Şu anda Avrupa'nın gündemi nedir? Başlıcaları şunlardır:

- Avrupa Birliği sürecinin ulusal anayasaları dönüşüme uğratması, özellikle egemenlik ve yetki bakımından.

- Avrupa Birliği temel belgelerinin bir anayasa olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği üzerine tartışma⁶,

- insan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Birliği İlişkisi,

- Amsterdam Anlaşması'nın Avrupa Birliği Ülkeleri için belirlediği “güvenlik, özgürlük ve adalet” mekân ve kavranılan üzerinde yapılan tartışma⁷.

5 Bkz. ve krş. L. Favoreu, “Quel(s) modfe(s) constitutionnel (s)7” *Vers un droit constitutionnel europeen Quel droit constitutionnel europien?*, *Revue Universelle des Droits de l 'Homme* (RUDH), 29 dœcembre 1995, Vol.7, no.11-12, p.358.

6 Bkz. *Vers un droit constitutionnel europden Quel droit constitutionnel europden?*, *RUDH*, 29 dœcembre 1995 (özel sayı),

7 J.M. Favret, “Le Traitœ d'Amsterdam: Une rœvision A minima de la “Charte Constitutionnelle de l'Union Europ&ne” (De l'intdgration à l'incantation?)”, *Cahiers de Droit Europeen* (CDE), 1997, num.5-6, pp.555-605.

III- YENİ ANAYASAL EĞİLİMLER (veya çağdaş anayasalarda klasik şemada sapmalar)

Kurumsal anayasa hukuku çerçevesinde İki temel dönüşüm sözkonusudur: egemenlik kavramı ve erkler aynlığı.

A) Egemenlik

Anlatımını klasik temsili organlarda bulan ulusal egemenlik anlayışı yanında, referandum ve halk inisiyatifi gibi yan doğrudan demokrasi kurumlanılın gelişmesiyle halk egemenliğinin de uygulama alanları genişletiliyor. Maastricht Antlaşması gibi ulusal-üstü oluşumların olağan sonucu, anayasaların değiştirilmesidir.

Egemenlik, asli ve üstün hukuki bir iktidardır^{8 9 10} şeklindeki klasik tanım geçerliliğini yitirmiş bulunuyor.

Egemenlik, ulusal ölçekte, ulusal egemenlik-halk egemenliği birlikteliği ile ve ulusal-üstü özelliklerle damgalanıyor. Bu sonuncusu, ulusal ölçekte, egemenliğin üstün ve asli olma özelliklerini törpülemiş bulunuyor.

Egemenlik açısından iç anayasa-üstülük ve dış anayasa üstülük ayrımı da yapılmaktadır". Buna göre, içeride, tali kurucu iktidarın, özellikle ulusal egemenliği sınırlayan -ulusal anayasa- üstü normlara uyma gereği tartışmalıdır. Anayasadan çıkarılan anayasadan da üstün uluslararası normlar ve hukukun genel ilkeleri gibi. Dış anayasa-üstülük bakımından, anayasal kanunları bir ulusal-üstü anayasallık denetimine tabi tutarak ulusal egemenliği zedeleyebilir. Burada tartışma konusu olan sorun, ulusal anayasal normların, uluslararası ya da ulusal üstü normlara uygunluğunun, uluslararası ya da ulusal-üstü yargıç tarafından denetimine ilişkin-di?.

B) Erkler Aynlığı: Montesquieu'den bu yana değişen ve değişmeyen

Erkler aynlığı klasik şemâsında değişiklik yaratan iki ayn olgu veya gelişme şudur: Birincisi, bağımsız İdari Otoriteler (BİO), İkincisi İse, düşey erkler aynlığıdır. Erkler aynlığı artık tekil anlamında kullanılmıyor. Bu nedenle Montesquieu'nün formülasyonu¹¹, bugün "yatay erkler aynlığı" şeklinde nitelendirilebilir.

8 J.Laf, *Manuel de Droit Constitutivneel*, 2 6d., Ed. Domat Montchrestien, Paris, 1947, p.358-359.

9 Tartışma için bkz. L. Favoreu, "Souverainetel et supraconstitutitonnalité", p. 71-77 et G. Vedel, "Souverainetel et supraconstitutionnalitfi", p.79-97, *Pouvoirs/la souverainete/*, PUF no,67,1983.

10 Uluslararası insancıl hukukun gelişimi sonucu "insani yardım" etkinliklerinin artması da, ulusal egemenliği zedeleyen bir olgudur.

11 Erkler aynlığı kuramının oluşturulmasında Locke'u da anmak gerekir.

1. Yatay Erkler Ayrılığı

Devletin temel işlevlerinin üç ayrı organda toplanması çerçevesinde, yürütme güçlendirilmiş, Yasama ise rasyonelleştirilmiştir. Parlamenter rejimde Yürütme ve Yasama erklerinin karşılıklı bağımlılığı ilkesi¹² geçerliliğini sürdürmüştür; Yargı erkinin bağımsızlığı ise hep güncel kalmıştır.

İki yenilik kayda değer biri erkler içerisinde veya arasında, diğeri erkler etrafında veya dışında.

Klasik erklerle ilişkin olarak “yasa yapım sürecindeki değişim kaydedilebilir. Yürütmenin artan yetkisi sadece kanun hükmünde kararname adı altında düzenleyici işlem yapma yetkisiyle sınırlı kalmamakta, gerek yasama inisiyatifi yoluyla gerek parlamento çoğunluğunu yönlendirmesi yoluyla hükümetler giderek yasa yapım sürecine katılmaktadır. “Rasyonelleştirilmiş parlamento”, bu konuda tam yetkili olmaktan uzaklaşmıştır. Ama daha önemli bir etken Anayasa Mahkemesi’nce yerine getirilen denetimdir ki, her iki olgu, Parlamento’yu “yasa yapım tekeline sahip organ” konumundan çıkarmıştır. Yasalar günümüzde, Yasama-Yürütme ve Yargı organları arasında adeta bir “yarışmacı ilişkiler zinciri”nde¹³ hazırlanıp yürürlüğe konmaktadır. Bu arada, Anayasa Mahkemelerinin erkler arası uyumsuzluklarda denetleyici bir işlevi yerine getirdiğini de eklemek gerekir.

İkinci yenilik, son yıllarda Bağımsız İdari Otoriteler: kategorisinin yaygınlaşmasıdır. BİO’lar, devletin klasik hizmetlerinin dışında veya marjında yer alan “duyarlı sektörler”de (iletişim, bilgisayar, sermaye, borsa gibi) hem ilgili alanı düzenlemek hem de özgürlükleri korumak amacıyla kurulan özerk ve uzman birimlerdir. Başlıca amacı insan haklarını korumak olan BİO’lar da (Halkın Avukatı gibi), ikinci ve üçüncü dalga anayasaların gözde kurumları arasında yer almaktadır¹⁴. Hukukilik-yerindelik denetimi ayranında, hukuk kuralları ve etik kuralları ayranında daha çok ikinci kesimde yer alan BİO’ların “dördüncü erk” şeklinde nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorgulanmaktadır¹⁵.

12 Erkler arası ilişkilerin “bağımsızlık” ilkesine dayandığı başkanlık rejimi (veya ABD modeli) burada inceleme konusu yapılmamaktadır.

13 Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz. 1, Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 1997, s.158-176.

14 Bağımsız idari otoriteler üzerine bkz. “Bağımsız İdari Otoriteler, Autorités Administratives Indpendantes” (İki dilde ortak yapıt. Yayına hazırlayan 1. Kaboğlu), Alkım y., 1998 İstanbul 1998.

15 G. Malinveni, “L’espörience de la Commission europ^enne po pour la dSmocratie”, *Venr un doit constitutionnel europeen...* p.391.

2. Düşey erkler ayrılığı

Üniter devletin saf anlaşılış biçiminde geçerli “tekil” erkler ayrılığının aşılması, federal devlet biçimiyle sınırlı kalmamıştır. Kaldı ki Avrupa’da Federal devlet sayısı çoğunlukta değildir.

Düşey erkler ayrılığı aynı devlet içerisinde, üç erkten birinin veya herbirinin çoğul olarak farklı düzeylerde ortaya çıkmasıdır. Üç olgu, erkler ayrılığının ikinci boyutunu ortaya çıkarmıştır:

- Federal devlet (klasik olan),

- Decentralisation veya adem-i merkezîyetçilik: idari nitelik taşıyan yeterli (İtalya örneği), ancak siyasi adem-i merkezîyet de mümkün (İspanyol örneği). İktidar farklılaşması, son on yıllarda üniter devletin saf biçiminde uzaklaşılarak bölgesel devletlere doğru evrim süreci ile gerçekleşmektedir¹⁶,

- Ulusal-üstü erklerin gelişimi ise, devlet içerisinde oluşan erkler ayrılığı düzeni üzerinde adeta ikinci bir erkler ayrılığının ortaya çıkmasını ifade etmektedir. Avrupa Birliği’nin yapılanma süreci buna örnek gösterilebilir. Bugünkü yapısı itibarıyla, Avrupa Birliği’nin “federalizm öncesi” bir biçimi yansıttığı öne sürülebilir¹⁷.

Erkler ayrılığındaki katmanlaşma, Anayasa Mahkemelerine de özgül işlev yüklemektedir. Anayasa Mahkemeleri’nin “düşey erkler ayrılığı”nın güvencesi olma işlevi, “yatay erkler ayrılığı” üzerinde sahip olduğu denetim yetkisinden daha fazla ve önemlidir. Anayasa Mahkemeleri, federe devletler ve/ya bölge yönetimleri üzerinde denetim yaparak, devletin farklı düzeylerde oluşan erklerinin görev ve yetkilerini anayasaya uygun olarak yerine getirmelerini sağlarlar. /Türkiye’de, böyle bir yapılanma biçimini yansıtacak kurumlar üzerinde durulmuyor bile/

Söz konusu gelişmelerin devlet biçimi bakımından sonucu, üniter devlet temelinde (federal devlet yapılanmasına varmayan) bir ara modelin oluşmuş olmasıdır. Buna bölgesel devlet ya da bölgesel devlet adı verilmektedir.

C) Hangi hükümet sistemi?

Erkler ayrılığına göre kurulan yönetim biçimleri (ya da siyasal rejimlere) gelince; bu *parlamentar rejimdir*. Avrupa’da XX. yüzyıl biterken baskın olan hükümet sistemi budur¹⁸.

16 Bilindiği üzere, Avrupa Birliği “bölgeler temeli”nde bir yapılanma sürecini yansıtmaktadır.

17 Avrupa Birliği’nin anayasal açıdan ve devlet biçimi yönünden tartışılması konusunda bkz. *Vers un droit constitutionnel européen...* özellikle bkz. J.-P. Jacque, “La Constitution de la Communauté européenne/Mbats”, pp.434-443; V. Constantinesco, “L’emergence du droit constitutionnel européen/Rapport de synthese”, pp.445-450.

18 Ph. Lauvauz, “Le modèle parlementaire dans les constitutions d’Europe de l’est”, *RUDH*, 1995, pp. 364-373.

Avrupa Anayasa Tasarısı da, devlet biçimi olarak federal benzeri bir yapılanma, siyasal

Fransa, yan-başkanlık rejimiyle¹⁹, Avrupa ortak siyasal rejiminin bir istisnası olarak görülebilir. Gerçi daha Önce Cumhurbaşkanı halka seçtiren Avrupa Devletleri, de bulunuyor. Bunlar, Almanya'da 1919 Weimar Anayasası, Finlandiya Anayasası (1919), Avusturya (1929), İrlanda (1937) ve İzlanda (1944) Anayasalarıdır. Portekiz, Fransa'dan esinlenerek 1976 Anayasa'sıyla yan-başkanlık rejimini kurdu²⁰. Yenilerde ise, Orta ve Doğu Avrupa Devletleri'nin bir kısmı (Bulgaristan, Romanya ve Polonya gibi) Fransa'dan esinlenerek Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesini öngördü. Fakat sosyalist-sonrası dönemde hazırlanan Anayasalar, daha çok 1949 Alman Anayasasından (ve kısmen 1947 İtalyan) esinlendikleri ve ayrıca kendi eski rejimleri dönemindeki deneyimlerini de gözönüne aldıkları için, tercihlerini parlamenter rejim yönünde yapmışlardır²¹.

Parlamenter rejimi kuran Anayasaların çoğu, çift meclisli yasama organı öngörmektedirler. İşleyişleri ve yetkileri açısından parlamentolar rasyonelleştirilmiştir.

Devletin klasik erkler ayrılığı "sınırlanmış"nda yeni "otorite adacıkları"nın kurulması, ulusal merkezin altında ve ulusal alanın üstünde olmak üzere farklı düzeylerde paralel erklerin oluşması, "karışık yapı"yı ifade etmektedir. Yetkiler belirlenmiş olduğu ve her organ üzerinde denetim yapıldığı İçin karışık yapının işleme mümkün olmaktadır. *Hukuk devleti* sistemi böyle bir yapıya çerçeve sağlamaktadır.

Bu açıdan hukuk devleti, kurumsal anayasa hukuku alanında geçerlidir. Çünkü, burada İlke, devlet ve organlarının yetkilerini ancak kendilerine tanınmış olması ölçüsünde kullanabilmesi ve bunun denetlenebilir, bu nedenle de hukuki olmasıdır. (Devletin hukuk kalıbında yoğrulması).

IV- BİREY-TOPLUM: HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

Öncelikleri yinelememek kaydıyla²² şu gelişmelerin altı çizilebilir. Anayasalar, temel ilkeleri korumakla birlikte, hak ve özgürlüklerin geliş-

rejim olarak parlamenter rejim öngörmektedir ("Résolution sur la Constitution européenne" du 10 février 1994, Parlement européen (PE), Luxembourg. Metin için bkz. RUDH 1995/p.461-468. Tasarımın tahlili konusunda bkz. F. Herman, "Rapport sur la Constitution de l'Union européenne", RUDH 1995/pp.457-461.

19 1958 Fransız Anayasası'nda 1962'de yapılan değişikliklerle, Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesini öngörerek, parlamenter rejimin temel kurum ve mekanizmaları muhafaza edilmesine karşılık, sonraları öğretilde "yan-başkanlık" adı verilen bir hükümet sistemi kuruldu.

20 Rejimin işleyişinde ortaya çıkan sorunlar nedeniyle Anayasa'da 1982'de yapılan değişikliklerle Cumhurbaşkanı'nın yetkileri azaltıldı.

21 Ayrıntılı bilgi için bkz. Lauvaux, "Le modèle parlementaire...".

22 "Hak ve özgürlükler anlayışındaki gelişmelerin Anayasa'ya yansıtılması sorunu" başlıklı anılan bildiri, "olması gereken ve gerekçesi" altbaşlığı ile konu incelenmişti, s.245-252.

meçi niteliğini gözönüne alarak yeni ölçütler ve kurallar koymayı ihmal etmiyorlar.

1) Genel ilkeler: Temel alman hak ve özgürlük anlayışı fonnüle edildikten sonra, sınırlama ve güvence ölçütleri belirtilmektedir. Örnek olarak belirtmek gerekirse şu anda en yeni Anayasa olarak niteleyebileceğimiz Polonya Anayasası²³, “çevreyi korumak amacıyla” hak ve özgürlüklerin sınırlanabileceğini, -diğer nedenler arasında-, sınırlamaların hak ve özgürlüklerin “doğasını zedeleyemeyeceği”ni Öngörmektedir (m.31).

2) Hak ve özgürlükler sistematığı: Yeni hakların eklenmesiyle, özgürlükler çizelgesinde bir genişleme gözlenmekle birlikte, Anayasalarda en geniş biçimde düzenlenen hak ve özgürlükler, I. ve II. kuşak olduğundan, çevre ve doğanın korunması bağlamında ortaya çıkan III kuşak haklar ayrı çizelge şeklinde düzenlenmesinde çekingen bir tavır sözkonusudur²⁴.

Gündemde olan bir diğer konu İse, bilimsel ve teknolojik gelişmelerin haklar alanına yansıtılması sorunudur.

3) Yükümlülükler ve ödevler

Yeni haklar alanı, “yükümlülük” ve “ödev” kavramlarına denk düşen “hak” ve “etik” ayrımını da ortaya çıkarmaktadır.

4) Koruma mekanizmaları: Anayasal hak ve özgürlüklerin güvencesi olarak, özellikle “bağımsız idari otoriteler” statüsünde kurumsal koruma mekanizmaları da öngörmektedirler.

5) Kimi yenilikler: Anayasalarda, “insan onuru” başka özgürlükler için sınırlama nedeni olan ancak kendisi sınırlanmayan bir temel değer olarak yer alır.

Hak öznelerinde değişme ve genişleme var: genel olarak ve kültürel azınlık hakları tanınmaktadır.

Şu önerilebilir: “Yasaklanmayan herşey serbesttir” formülü gözden geçirilerek yeni değerler ışığında yeniden yorumlanmalıdır. İnsan hakları anlayışındaki değişimin etik değerleri öne çıkarması böyle bir gerekliliği

23 *Constitution de la Hepublique de Pollogne* du 2 avri] 1997 (publile au Dziennik Ustaw Rzeczpospolitej Poliskiej, No 78, 16 Juillet 1997). Bu tarihten itibaren üç ay sonra yürürlüğe girmiştir.

24 Örnek olarak Slovak Cumhuriyeti Anayasası (m.44-45): *The Constitution of the Slovak Republic* (September 3, 1992).

yaratmaktadır. “Yasaca yasaklanmayan herşey serbesttir” formülünden çok, “özgürlük kuraldır, sınırlama istisnadır” ilkesi geçerli kılınmalı.

Birey hak ve özgürlükleri alanında “Hukuk Toplumu” kavramı geçerlidir. Bu kavramın ülkemizde tartışılması ve temellendirilmesi gerekiyor.

V- DEVLET-BİREY İKİLEMİ AŞILIYOR MU?

Batı Anayasacılığının iki önemli temel dayanağı olan Devlet-Birey ikilemi yeni anayasal eğilimlerle değişime uğruyor.

Bir kez, maddi-şekli anayasa aynını; katı anayasa-yumuşak anayasa aynını; yazılı ve yazılı olmayan anayasa ayrımları giderek göreceli özellik kazanıyor.

Buna karşılık, anayasalara yeni kavram ve kurumlar giriyor;

- Ödev ve etik değerlere ilişkin ilkeler,
- Çevre-şehircilik ve doğanın korunmasına ilişkin hükümler,
- Doğrudan demokrasi kurumları ve katılım yolları.

İşte bu şekilde gündeme gelen yenileştirici öğeler, Birey-Devlet ikilemini değişime uğratarak, yeni “muhatap”ları gündeme çıkıyor. “Doğa-Çevre” şeklinde kurulmakta olan Anayasa’nın yeni ayağı, XXI. yüzyıl Anayasalarının ikili temel dayanağından çok, adeta bir “sacayağı” üzerine kurulabileceği görüşünü pekiştirmektedir.

Sonuç olarak, Anayasalar kurumsal alanda “Karmaşık Yapı” öngörmektedir. Karmaşık yapı “paylaşımçı” özelliğe sahiptir. Gerçekten yeni yapılanma sürecinde Hukuk Devleti ve Hukuk Toplumu ilişkisini bağlamında “paylaşımçı sistem” daha açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır²⁵. Yetki, görev ve sorumluluk eksenli paylaşım sözkonusudur. Böyle bir yapılanma, demokrasinin temel ilkelerine de uygundur: müzakere, görüşme, tartışma ve uzlaşma..

VI- TÜRKİYE İÇİN HANGİ YAPI?

Bunun ana çizgileri aşağı yukarı ortaya çıkmıştır.

Hukuk Devleti açısından; egemenliğin kullanımı ve erkler ayrılığı sorunlarına işaret edilebilir.

25 Hakların güvencesi için olduğu denli “sistemin işleyişi”nin de temel güvencesi olan Anayasa Yargısının Avrupa modeli ekseninde karşılaştırmalı incelemesi için bkz. 1. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*.

Egemenliğin kullanılmasında, yan-doğrudan ve doğrudan demokrasi kurumları tanınarak, halk yönetim karşısında etkili kılınmalıdır. Halkın inisiyatifi ile yasa önerisinde bulunulabilmesi, halkoyuyla yasaların yürürlükten kaldırılabilmesi, hatta yerel yöneticilerin görevden alınabilmesi gibi yeni yol ve yöntemlerin tanınması üzerinde tartışmak gerekir.

Egemenliğin ulusal-üstü alana doğru genişleme olgusu karşısında Anayasa*da gerekli belirginlik ve esneklik sağlanmalıdır.

Erkler ayrılığı açısından; mevcut olan “yatay erkler ayrılığı” ekseninde en önemli sorun, yargının “bağımsız olmayışı”dır. Öncelikle yargı bağımsızlaştırılmalıdır. Sonra, sisteme bağımsız idari otoriteler dahil edilmelidir. Bu yolla özellikle “siyasal liberalizm” alanındaki boşluk doldurulmalıdır²⁶.

Öte yandan Türkiye, “düşey erkler ayrılığı” yönünde de ilk adımları atmalıdır. Ankara ile yetki paylaşımında bulunacak bölgesel ölçekte seçimle belirlenen yerel yönetim organları^{27 28 29}, “parlamentonun rasyonelleştirilmesi”ne katkıda bulunabilir. Bölgesel yönetimler üzerinde Anayasa Mahkemesi denetim yetkisine sahip olacağı için, bu tür bir yapılanmanın “ülkenin birlik ve bütünlüğünü zedeleyebileceği” yönündeki kaygı yer-sizdir.

Siyasal rejim açısından; “parlamentar rejim”, altyapısı demokratikleştirilmek kaydıyla korunmalıdır. Onu İşler ve etkili kılmak için, ülkemiz kendi deneyimlerinden ders alarak ve çağın gelişmelerinden esinlenerek, her iki etkeni uzlaştırmak zorundadır². Senato kurularak, çift meclisli yasama organına dönülmelidir.

“Hukuk Yoluyla Demokrasi” komisyonu tarafından kabul edilen “minimum standartlar”^{2*} ışığında hazırlanan Orta ve Doğu Avrupa Devletleri Anayasaları I. dalga Anayasalara göre daha gelişkin bir hukuk devleti sistemini kurmayı denemektedirler. Bu nedenle, Anayasalarda “çağdaşlık eksenini” Batı Avrupa'nın periferisine kaymış bulunuyor. Şimdi Türkiye, üç Anayasa dalgasının da dışında kalmaktadır.

26 Sermaye Piyasası Kurulu, Rekabet Kurulu gibi mevcut BİO'lar daha çok “İktisadi Liberalizm” alanında Avrupa Birliği hedef alınarak kurulmuştur.

27 Merkezi İdari ile Mahalli İdareler Arasında Görev Bölüşümü ve Hizmet İlişkilerinin Esaslarının Düzenlenmesi ve Çeşitli Kanunlarca Mahalli İdarelerle İlgili Değişiklikler Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı” değinilen yetki paylaşımının ilk adımını atmaktadır,

28 Parlamenter rejimi daha işler, daha dengeli kılmak için Türkiye’de Doğu Avrupa Devletlerinde bulunmayan zengin bir deneyim var. Padişaha rağmen I. Meşrutiyetten II. Meşrutiyete “parlamentar rejim”in kurulması, 1921 “Meclis Hükümetinden 1961’c “parlamentar rejim”in bütün klasik öğeleriyle yeniden kurulması, son iki Anayasa döneminde kazanılan deneyimler kayda değer.

29 Bkz. ve krş. Malinveni, “L’expérience de la Commission Européenne pour la Démocratie par le droit”, pp.386-394.

1961 Anayasasıyla mekân olarak Türkiye'ye uzak yerde ortaya çıkan çağdaşlığı yakalamıştık. 1982 Anayasası ile ileri derecede uzaklaştık^{30 31}. Bu iç süreç yaşanırken, anayasada çağdaşlık çizgisi sınırlarımıza dayandı. Görelî olarak, sözkonusu yeni gelişmelerden daha da uzaklaştığımız öne sürülebilir... işte Bölgenin en yeni Anayasasının 1. maddesi "Polonya Cumhuriyeti, bütün yurttaşların ortak malıdır." (Any. nın yürürlüğe girişi 17 Ekim 1997).

Hukuk toplumunu kurmak için, kendi deneyimizden yola çıkarak, şu "altyapı"yı geliştirebiliriz:

- Türkiye Cumhuriyeti, "insan haklarına saygılı bir devlet"tir (1982 Any. m.2; metin yeni, ama çağdaş değil).

- Türkiye Cumhuriyeti, "insan haklarına dayalı bir devlet"tir (1961 Any. metin eski, ama çağdaş bir formül)

- Öneri: Türkiye Cumhuriyeti, bir İnsan hakları devletidir (hem yeni, hem de çağdaş).

Buna uygun düşen daha genel tanım şöyle yapılabilir:

"Hukuk Devleti, demokratik bir insan hakları devletidir."

işte hak ve özgürlükler, böyle bir devlet anlayışında temellendirilebilir ve orada hukuk toplumu bilinci oluşabilir.

Anayasa Mahkemesi açısından;

- Bir kez, nasıl bir Anayasa sorusuna verilecek yanıt, çağdaş anayasaların ortak kurumları olarak Anayasa Mahkemelerinin yetki ve görev alanının genişletilmesi sürecini kapsamına alıyor.

- Dolayısıyla, Türkiye'de yeni bir Anayasa arayışı, daha güçlü ve donanımlı bir Anayasa Mahkemesi gereksinimini de beraberinde getirmektedir.

Sonuç olarak Türkiye;

- Parlamenter rejimi demokratikleştirici ve güçlendirici,
- Hak ve özgürlükleri temellendirici,

30 Devleti o denli önemser görünen, ancak "ortak malı" da kemirmekten geri durmayan bir toplumda Devlet, kutsallaştırılma maskesi altında çeteleştirildi.

31 Avrupa modeli karşısında Anayasa Mahkemesi'nin oluşumunda, anayasaya uygunluk denetiminde ve işlevlerinde görülen sapmalar ve çözüm önerileri üzerine bkz. 1. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, bütün kitap ve öneriler için 199-201. sayfalar.

- (Ankara'da Anayasa Mahkemesi'nin güçlendirilmiş bir statüsüyle) Adem-î merkezîyetçi,

karmaşık yapılu bir Anayasal sistem kurmalıdır.

Bu yapılırken üç hedef gözönüne alınabilir:

- Öncelikli kendi İnsanın mutluluğu,
- Sonra Avrupa'ya karşı başı dik bir ülke,
- Nihayet, üçüncü ülkelere Örnek olmak.

Bu yapılabilir mi?

XXI. yüzyıla yeni bir Anayasa ile girme umudu olmasa ya da çok zayıf olsa da; hukuk çevreleri olarak kendi payımıza düşen, konuyu sürekli olarak tartışmak; güncel tutmak ve olgunlaştırmak olmalıdır.

Bu bakımdan, bu sorunun ele alınmasını sağlayan Anayasa Mahkemesi'nin yetkililerini kutlayarak sözlerimi bitiriyorum.