

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 sınırlandırılmalı.

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 için, bildiri başlığının ikinci kesimi ihmal edilebilir¹.

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 için² burada en son gelişmeler gözönüne alınarak kimi saptamalar ile yetinilecek.

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

II- “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.

1. 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 I”’de sunduğum, “Anayasa Mahkemeleri: Avrupa Ortak Hukuk Alanının Kurucuları mı?” başlığını taşıyan bildiride de irdeledim.

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

laşma metni", "toplumsal uzlaşma" belgesi, çatışmaları barışlandırma 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 şu 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 ayrı ayrı ama aynı zamanda içiçe geçmiş kural ve kurumlardan oluşur. Sözkonusu yapılanmada "hukuki meşruiyet", vazgeçilmez bir öğedir. Devletin yetkileri ancak hukuk çerçevesinde varolabilir.

Mekanizma hukuk devletinin mimari yapısını kurar. Ancak bu, içerikle tamamlanmaz ise, hukuk devleti görünüşte varsayılsa da özü itibarıyla geçerli olamaz. Burada öne çıkan kavram, *hukukun içeriğidir*. Yürürlükteki hukuk kuralları, sırasıyla belli bir insan hakları, demokrasi ve hukuk anlayışını yansıtmalıdır. Devlet, altyapısını insan haklarının oluşturduğu demokratik sisteme dayanmalıdır. Erkler ayrılığı ile devletin yetkileri ılımlı kılınmış, yargı bağımsızlığı ile hakların klasik güvencesi korunmuş, demokratik rejim ise, çoğulculuk ilkesine dayandırılmıştır³.

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", *İnsan Hakları Yıllığı*, C.12, 1990, s.139-166; F.B. Vasilescu, "Fin du millénaire: Triomphe du Constitutionnalisme Européen", *Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle*, 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 sınırlanır, buna insan hakları da eklenmeli; zira, hukuk devleti, bir "insan hakları devletidir" de.

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

Çağdaş anayasa, Avrupa merkezlidir. Bugünkü özelliğine İkinci Dünya savaşıdan itibaren kavuşması, art arda gelen üç Anayasa dalgası ile gerçekleşmiştir⁴.

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

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

- Sosyalist sonrası devletlerde 90'lı yıllarda üçüncü dalga (Orta ve Doğu Avrupa) ortaya çıkmıştır.

Türkiye, Batı Avrupa'da yer almadığı halde, 1961 Anayasası ile çağdaş anayasallık sürecine birinci dalga ile 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 tartışma⁵,

- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Birliği ilişkisi,

- Amsterdam Anlaşması'nın Avrupa Birliği ülkeleri için belirlediği "güvenlik, özgürlük ve adalet" mekân ve kavramları üzerinde yapılan tartışma⁶.

4. Bkz. ve karşı. L. Favoreu, "Quel(s) modèle(s) constitutionnel (s)?" *Vers un droit constitutionnel européen Quel droit constitutionnel européen?*, Revue Universelle des Droits de l'Homme (RUDH), 29 décembre 1995, Vol.7, no.11-12, p.358.

5. Bkz. *Vers un droit constitutionnel européen Quel droit constitutionnel européen?*, RUDH, 29 décembre 1995 (özel sayı).

6. J.M. Favret, "Le Traité d'Amsterdam: Une révision A minima de la "Charte Constitutionnelle de l'Union Européenne" (De l'intégration à l'incantation?), *Cahiers de Droit Européen* (CDE), 1997, num.5-6, pp.555-605.

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

Kurumsal anayasa hukuku çerçevesinde iki temel dönüşüm sözkonusudur: egemenlik kavramı ve erkler ayrılığı.

A) Egemenlik

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

Egemenlik, asli ve üstün hukuki bir iktidardır⁷ şeklindeki klasik tanım geçerliliğini yitirmiş bulunuyor.

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

Egemenlik açısından iç anayasa-üstülük ve dış anayasa üstülük ayrımı da yapılmaktadır⁸. 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 ilişkindir⁹.

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

Erkler ayrılığı klasik şemâsında değişiklik yaratan iki ayrı olgu veya gelişme şudur: Birincisi, bağımsız İdari Otoriteler (BİO), ikincisi ise, düşey erkler ayrılığıdır. Erkler ayrılığı artık tekil anlamında kullanılmıyor. Bu nedenle Montesquieu'nün formülasyonu¹⁰, bugün "yatay erkler ayrılığı" şeklinde nitelendirilebilir.

7. J.Laf, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 2 éd., Ed. Domat Montchrestien, Paris, 1947, p.358-359.

8. Tartışma için bkz. L. Favoreu, "Souveraineté et supraconstitutionnalité", p.71-77 et G. Vedel, "Souveraineté et supraconstitutionnalité", p.79-97, *Pouvoirs/la souveraineté*, PUF no.67, 1983.

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

10. Erkler ayrılığı 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 ilkesi¹¹ geçerliliğini sürdürmüş; 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 süreci”ndeki 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 “yanışmacı ilişkiler zinciri”nde¹² hırzırlanıp 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. BİÖ’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 BİÖ’lar da (Halkın Avukatı gibi), ikinci ve üçüncü dalga anayasaların gözde kurumları arasında yer almaktadır¹³. Hukukilik-yerindelik denetimi ayırımında, hukuk kuralları ve etik kuralları ayırımında daha çok ikinci kesimde yer alan BİÖ’ların “dördüncü erk” şeklinde nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorgulanmaktadır¹⁴.

-
11. Erkler arası ilişkilerin “bağımsızlık” ilkesine dayandığı başkanlık rejimi (veya ABD modeli) burada inceleme konusu yapılmamaktadır.
 12. Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz. İ. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 1997, s.158-176.
 13. Bağımsız idari otoriteler üzerine bkz. “Bağımsız İdari Otoriteler, Autorités Administratives Indépendantes” (İki dilde ortak yapıt. Yayına hazırlayan İ. Kaboğlu), *Alkım* y., 1998 İstanbul 1998.
 14. G. Malinverni, “L’expérience de la Commission européenne pour la démocratie”, *Vers un droit constitutionnel européen...* 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),

- Décentralisation veya adem-i merkeziyetçilik: idari nitelik taşıyan yeterli (İtalya örneği), ancak siyasi adem-i merkeziyet de mümkün (İspanyol örneği). İktidar farklılaşması, son on yıllarda üniter devletin saf biçiminde uzaklaşılarak bölgesel devletlere doğru evrim süreci ile gerçekleşmektedir¹⁵.

- Ulusal-üstü erklerin gelişimi ise, devlet içerisinde oluşan erkler ayrılığı düzeni üzerinde adeta ikinci bir erkler ayrılığının ortaya çıkışını ifade etmektedir. Avrupa Birliği’nin yapılanma süreci buna örnek gösterilebilir. Bugünkü yapısı itibarıyla, Avrupa Birliği’nin “federalizm öncesi” bir biçimi yansıttığı öne sürülebilir¹⁶.

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/

Sözkonusu 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 hükûmet sistemi?

Erkler ayrılığına göre kurulan yönetim biçimleri (ya da siyasal rejimlere) gelince; bu *parlamentar rejimdir*. Avrupa’da XX. yüzyıl biterken baskın olan hükûmet sistemi budur¹⁷.

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

16. 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/Débats”, pp.434-443; V. Constantinesco, “L’émergence du droit constitutionnel européen/Rapport de synthèse”, pp.445-450.

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

Fransa, yarı-başkanlık rejimiyle¹⁸, Avrupa ortak siyasal rejiminin bir istisnası olarak görülebilir. Gerçi daha önce Cumhurbaşkanı halka seç-tiren Avrupa Devletleri, de bulunuyor. Bunlar, Almanya'da 1919 Wei-mar Anayasası, Finlandiya Anayasası (1919), Avusturya (1929), İrlanda (1937) ve İzlanda (1944) Anayasalarıdır. Portekiz, Fransa'dan esinlene-rek 1976 Anayasa'sıyla yarı-başkanlık rejimini kurdu¹⁹. 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 Anaya-salar, daha çok 1949 Alman Anayasası'ndan (ve kısmen 1947 İtalyan) esinlendikleri ve ayrıca kendi eski rejimleri dönemindeki deneyimlerini de gözönüne aldıkları için, tercihlerini parlamenter rejim yönünde yap-mışlardır²⁰.

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

Devletin klasik erkler ayrılığı "sınırları"nda yeni "otorite adacıkla-rı"nın kurulması, ulusal merkezin altında ve ulusal alanın üstünde olmak üzere farklı düzeylerde paralel erklerin oluşması, "karmaşık yapı"yı ifade etmektedir. Yetkiler belirlenmiş olduğu ve her organ üzerinde denetim yapıldığı için karmaşık yapının işlemesi mümkün olmaktadır. *Hukuk dev-leti* sistemi böyle bir yapıya çerçeve sağlamaktadır.

Bu açıdan hukuk devleti, kurumsal anayasa hukuku alanında geçerli-dir. Çünkü, burada ilke, devlet ve organlarının yetkilerini ancak kendile-rine tanınmış olması ölçüsünde kullanabilmesi ve bunun denetlenebilir, bu nedenle de hukuki olmasıdır. (Devletin hukuk kalıbında yoğrulması).

IV- BİREY-TOPLUM: HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

Öncelikleri yinelememek kaydıyla²¹ şu gelişmelerin altı çizilebilir. Anayasalar, temel ilkeleri korumakla birlikte, hak ve özgürlüklerin geliş-

Avrupa Anayasa Tasarısı da, devlet biçimi olarak federal benzeri bir yapılanma, siyasal 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. Tasarının tahlili konusunda bkz. F. Herman, "Rapport sur la Constitution de l'Union européenne", RUDH 1995/pp.457-461.

18. 1958 Fransız Anayasası'nda 1962'de yapılan değişiklikle, Cumhurbaşkanı'nın halk tarafın-dan seçilmesini öngörerek, parlamenter rejimin temel kurum ve mekanizmaları muhafaza edilmesine karşılık, sonraları öğretilde "yarı-başkanlık" adı verilen bir hükümet sistemi ku-ruldu.

19. Rejimin işleyişinde ortaya çıkan sorunlar nedeniyle Anayasa'da 1982'de yapılan değişiklik-le Cumhurbaşkanı'nın yetkileri azaltıldı.

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

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

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

1) Genel ilkeler: Temel alınan hak ve özgürlük anlayışı formüle edildikten sonra, sınırlama ve güvence ölçütleri belirtilmektedir. Örnek olarak belirtmek gerekirse şu anda en yeni Anayasa olarak niteleyebileceğimiz Polonya Anayasası²², “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 sözkonusudur²³.

Gündemde olan bir diğer konu ise, 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

22. *Constitution de la République de Pologne* du 2 avril 1997 (publiée au Dziennik Ustaw Rzeczpospolitej Polskiej, No 78, 16 Juillet 1997). Bu tarihten itibaren üç ay sonra yürürlüğe girmiştir.

23. 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 ayrımı; katı anayasa-yumuşak anayasa ayrımı; 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 çıkarıyor. “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 çıkmaktadır²⁴. 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.

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

Egemenliğin kullanılmasında, yarı-doğrudan ve doğrudan demokrasi kurumları tanınarak, halk yönetim karşısında etkili kılınmalıdır. Halkın inisiyatif 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 doldurulmalıdır²⁵.

Öte yandan Türkiye, "düşey erkler ayrılığı" yönünde de ilk adımları atmalıdır. Ankara ile yetki paylaşımında bulunacak bölgesel ölçekte seçimle belirlenen yerel yönetim organları²⁶, "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 kaygıersizdir.

Siyasal rejim açısından; "parlamentar rejim", altyapısı demokratikleştirilmek kaydıyla korunmalıdır. Onu işler ve etkili kılmak için, ülkemiz kendi deneyimlerinden ders alarak ve çağın gelişmelerinden esinlenerek, her iki etkeni uzlaştırmak zorundadır²⁷. Senato kurularak, çift meclisli yasama organına dönülmelidir.

"Hukuk Yoluyla Demokrasi" komisyonu tarafından kabul edilen "minimum standartlar"²⁸ ışığında hazırlanan Orta ve Doğu Avrupa Devletleri Anayasaları I. dalga Anayasalara göre daha gelişkin bir hukuk devleti sistemini kurmayı denemektedirler. Bu nedenle, Anayasalarda "çağdaşlık eksen" Batı Avrupa'nın periferisine kaymış bulunuyor. Şimdi Türkiye, üç Anayasa dalgasının da dışında kalmaktadır.

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

26. 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 adımı atılmaktadır.

27. 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 Hükümeti"nden 1961'e "parlamentar rejim" in bütün klasik öğeleriyle yeniden kurulması, son iki Anayasa döneminde kazanılan deneyimler kayda değer.

28. Bkz. ve karşı. Malinverni, "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 uzaklaştık²⁹. Bu iç süreç yaşanırken, anayasada çağdaşlık çizgisi sınırlarımıza dayandı. Göreli olarak, sözkonusu yeni gelişmelerden daha da uzaklaştığımız öne sürülebilir... İşte Bölgenin en yeni Anayasasının 1. maddesi "Polonya Cumhuriyeti, bütün yurttaşların ortak malıdır." (Any. nın yürürlüğe girişi 17 Ekim 1997).

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

- Türkiye Cumhuriyeti, "İnsan 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 insan hakları devletidir (hem yeni, hem de çağdaş).

Buna uygun düşen daha genel tanım şöyle yapılabilir:

"Hukuk Devleti, demokratik bir insan hakları devletidir."

İşte 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 dayanıklı bir Anayasa Mahkemesi gereksinimini de beraberinde getirmektedir³⁰.

Sonuç olarak Türkiye;

- Parlamenter rejimi demokratikleştirici ve güçlendirici,

- Hak ve özgürlükleri temellendirici,

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

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

- (Ankara’da Anayasa Mahkemesi’nin güçlendirilmiş bir statüsüyle) Adem-i merkeziyetçi,

karmaşık yapılı bir Anayasal sistem kurmalıdır.

Bu yapılırken üç hedef gözönüne alınabilir:

- Öncelikli kendi insanının 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.