

TÜRKİYE’NİN YENİ ANAYASA İHTİYACI

İhdas Edilecek Anayasanın Yöntemi ve Muhtevası Üzerine Bir Değerlendirme

Dr. Semih Batur Kaya¹

Özet.- Türkiye’de yeni anayasa tartışmaları sürekli gündemdedir. Kanaatimizce de ülkemizin yeni bir anayasaya ihtiyacı vardır. Ancak yeni anayasa ne şekilde oluşturulmalı ve özellikle devletin hukuki niteliği nasıl tanımlanmalıdır? İşte çalışma, yeni anayasa ihtiyacını bu bakımdan bir değerlendirmeye tabi tutmaktadır. Bu bağlamda aşağıda, öncelikle yeni anayasadan ne anlaşılması gerektiğini inceledik. Ardından anayasanın ihdası sürecinde benimsenmesi gereken yönetime değindik. Nihai olarak, devletin yeneden anayasal yapılandırılması sürecinde dikkate alınması zaruri olan temel ilkeleri vurguladık. Bu çalışmada amacımız, Türkiye’nin sivil, demokratik ve özgürlükçü bir anayasaya olan ihtiyacını vurgulamaktır.

Anahtar Kelimeler: Yeni Anayasa, Erkler Ayrılığı, Hukuk Devleti, Çoğulcu Demokrasi, Laiklik

Abstract: Turkey's Need for a New Constitution: An Evaluation of the Method and Content of the Constitution to Be Established.- Discussions on the new constitution in Turkey are constantly on the agenda. In our opinion, our country needs a new constitution. However, how should the new constitution be formed and how should the legal nature of the state be defined? This study evaluates the need for a new constitution in this regard. In this context, below, we first examined what should be understood from the new constitution. Then, we touched on the method that should be adopted in the process of creating the constitution. Finally, we have highlighted the basic principles that must be taken into account in the process of constitutional restructuring of the state. Our aim in this study is to emphasize Turkey's need for a civil, democratic and libertarian constitution.

Key Words: The New Constitution, Separation of Powers, Rule of Law, Pluralistic Democracy, Laicism

¹ drsemihbatur@gmail.com

Giriş

Türkiye’de hiçbir anayasa izlenen yöntem itibari ile sivil demokratik olduğu söylenemez. Bu anayasaların yapımında yöntem itibari ile 1921 Anayasası içerik itibari ile 1961 Anayasası dışarıda tutulursa ülkemizin gerçek anlamda gerek yapı-
pılış yöntemi gerek içeriği bakımından demokratik hukuk devleti ile uyumlu bir anayasaya sahip olmadığı söylenebilir. Çünkü anayasalar gerçek anlamda toplumun farklı kesimle-
rini temsil eden, halk tarafından serbestçe seçilmiş kurucu meclislerin elinden çıkmamıştır. Burada anayasaların yapımı ve içeriği üzerinde bir müzakere ve uzlaşma ortamı da söz ko-
nusu olmamıştır. Dolayısıyla neredeyse tüm anayasalarımız ve halihazırdaki 1982 Anayasası demokratik anayasaların sahip olması gerektiği normlardan uzak kalmıştır.

Özellikle 1982 Anayasası bu bakımdan sürekli bir tartışmanın odağındadır. Çünkü Anayasa gerek yapı-
pılış yöntemi gerek muhtevası itibariyle çağdaş çoğulcu bir zemine sahip değildir. Anayasa özgürlükçü ve demokratik bir hüviyete sa-
hip değildir

Zaten 1982 Anayasası otoriter ve devlet merkezli bir ideolojiye sahipti; 2017 Anayasa değişikliği ise bu otoriter ruha ivme kazandıracak yetkilerle iktidarı yürütme etrafında tekelleştirmiş ve tekilleştirmiştir. 1982 Anayasası her haliyle toplumsal mutabakat eseri olmaktan uzaktır. Çağdaş anaya-
sacılık düşüncesinin aksine, devlet merkezli bir toplum ve siyaset anlayışı 1982 Anayasasına halihazırda damgasını vurmaktadır.

Bir anayasayı sivil ve demokratik yapan temel unsur o anayasanın içeriği kadar yapı-
pılış yöntemiyle de ilgilidir. Tür-
kiye acil ve bu bakımlardan demokratik hukuk devleti ile bağdaşır yeni bir anayasaya ihtiyaç duymaktadır. Fakat bu yeni Anayasa, toplum içinde olabildiğince geniş bir konsen-
süsü yansıtacak demokratik bir uzlaşma yolu ile yapılmalıdır.

Anayasayı yapan organ özgür ve adil seçimler sonucu belirlenmelidir. Yeni anayasa evrensel ilkeler doğrultusunda yapılmalı ve halkın gerçek anlamda sahiplendiği bir hüviyet taşımalıdır. Bu yönüyle yeni anayasa, devletçi, vesayetçi, otoriter ve yasakçı zihniyeti terk etmelidir.

Her şeyden önce yeni Anayasa insan haklarına dayanmalıdır, bireyi ve onun haklarını esas almalıdır, bir devlet kültür yaratmamalıdır, toplumsal çeşitliliği bir tehlike değil bir zenginlik olarak görmelidir. Sonuç olarak anayasal demokrasinin tüm kurumları ve ilkeleri bu anayasada yer almalıdır. Bu da ancak kapsayıcı ve katılımcı bir anayasa yapım yöntemi ile mümkün görülmektedir.

Bu bağlamda aşağıda, öncelikle yeni anayasadan ne anlaşılması gerektiğini inceledik. Ardından anayasanın ihdası sürecinde benimsenmesi gereken yöneme değindik. Nihai olarak, devletin yeniden anayasal yapılandırılması sürecinde dikkate alınması zaruri olan temel ilkeleri vurguladık. Bu çalışmada amacımız, Türkiye’nin sivil, demokratik ve özgürlükçü bir anayasaya olan ihtiyacını vurgulamaktır.

A. Kavram: “Yeni Anayasa”dan Ne Anlamamız Gerekir?

Öncelikle anayasa nedir? Buna bağlı olarak, anayasacılığın ulaştığı aşama karşısında Türkiye’nin anayasal birikimi ne konumdadır? Bu birbirine bağlı iki soru bizi Türkiye’nin “anayasal” konumu hakkında bize ipucu verecektir. Aynı zamanda bu, yeni anayasa talebimizden ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymak bakımından bize yardımcı olacaktır.

Anayasa, çokça söylendiği gibi salt bir siyasal mühendislik kurgusu değildir. Pozitif bir üst hukuk metni olan anayasa, hukuk yoluyla siyasal olanı tespit ve tayin etme biçimidir. Bunun sayesinde siyasal olanın teşhisi ve gerektiğinde tadili gerçekleştirilebilmektedir. Bu okumayla Türkiye’nin anayasal birikimini incelediğimizde, anayasacılığın bir yanıl-

sama içerisinde olduğunu ve bunun neticesinde siyasal olanın hukuk tespit ve tayin ettiğini söyleyebiliriz. Zaten ülkemizde pek çok anayasal sorunun temelinde bu “pozitivist” egemen hukuk tayin eder düsturu olduğunu vurgulamak gerekir. Siyasal olanın bu şekilde hukuka öncelenmesi, Türkiye’de hukukun üstünlüğünü de sorgulatır hale getirmektedir. Hukukun üstünlüğü ve bağlayıcılığı sorgulandığında ise, anayasal birikimimizin anayasacılığa bir ters dalga şeklinde ilerlediğini ortaya koymaktadır.

Böyle olmakla, “büyülü parşömen” anayasa üzerinde derinlemesine düşünmenin Türkiye’de vaktinin geldiği kanaatindeyiz. Anayasa kavramı üzerine gerçekleştirilebilecek arkeolojik bir kazıda karşımıza devlet iktidarı ve bunun bir operatörü olarak siyasal iktidar kavramı çıkmaktadır. Anayasallaşmış bir devlette devlet iktidarının operatörü olarak siyasal iktidar, iktidarı bünyesinde tekilleştirip tekelleştirerek siyasal muhalefetin yegane muhatabı olarak karşımıza çıkmaktadır. Devlette iktidar kurgusu bu şekilde oluşturulduğunda, anayasal olarak bir yandan neyin sınırlandırılması gerektiği sorunu çözülmekte, diğer yandan sınırlı iktidar formülünde haklara yönelik yeni talepler ileri sürülebilmektedir. Bu anayasal kurguda siyasal iktidar şeffaf olarak hesapverilebilirlik yeteneğini haiz olmakta ve denge-denetim de sağlanabilmektedir.

Türkiye için yeni anayasa (ab initio) kavramını, yeni bir yapısal şartlar ve haklar şartının ihdas edilmesi anlamında kullandığımızı hemen belirtelim. Yapısal şartlardan kastımız, devlet iktidarının dağılımını baştan gerçekleştirebilecek; yasama, yürütme ve yargı erklerini yeniden düzenleyebilecek ve bunların yetki ve etki haritasını bu doğrultuda çizmek olarak anlaşılmalıdır. Devlet kudretinin ve operatör olan siyasal iktidarın evrensel hukuk ilkeleri yoluyla yeniden tanziminin gerekliliği, Türkiye’de anayasacılığın daha temel talebinin

gerçekleşmediğini ortaya koymamız bakımından dikkat çekicidir.

Gerçekten de, yeni anayasa yapımı sürecinde ülkemiz anayasal kurgusunda her şeyden önce bir devlet iktidarı sorununun olduğunu kabul etmemiz, erkler arasındaki denge-sizliğe dikkat çekmemiz elzem gözükmektedir. Bu sorun yumağı çözüldüğünde ancak buna bağlı olarak gelişen haklar şartını gerçekleştirebiliriz. Yapısal şartı gerçekleştirmiş yeni anayasada haklar şartını, yani hakların korunup güvenceye bağlanmasını konuşabiliriz. Bu doğrultuda vurgulamak gerekir ki, günümüzde anayasacılığın geldiği nokta çoktan sınırlı iktidar fenomenini aşmış, hakların genişlemesi ve gerçekleştirmesi bahsine geçmiştir. İşte yeni anayasadan kastımız tam da bu aşamaya geçmek için gerekli şartların sağlanmasıdır. Yeni anayasa, bu anayasal konforu bize sağladığı ölçüde anayasacılık anlamında bizatihi kendisel olarak meşru olur ve anayasal kurgudaki gerek erklerin gerek kişilerin eylem ve işlemlerine meşruluk kaynağı sağlar.

Şu halde yeni anayasa, iktidar dağılımı ve yetki ve etki haritasının düzenlenmesi anlamında yeni yapısal şartlar ve haklar şartı olarak yeniden belirlenmiş anayasal haklar kümesi demektir. Böyle olmakla yeni anayasa, bir hukuk mühendisliği eşliğinde evrensel hukuk ilkelerinin benimsenmesi, hukukun en üst düzeyde anayasal olarak üstünlüğünün ve bağlayıcılığının sağlanması, hak ve özgürlüklerin garanti edilmesi ve bunları gerçekleştiren bir garantör kurum olarak Anayasa Mahkemesinin rolünün pekiştirilmesi gibi talepleri içermektedir. Dolayısıyla yeni anayasa, önsel olarak özellikle 2017 Anayasa değişikliği ile deforme olma katsayısı artan yasama, yürütme ve yargı erkleri arasındaki ilişkileri yeniden düzenlemeyi; yürütmenin güçlendirilmesi eğiliminden yürütmenin üstünlüğüne geçiş bağlamında yaşanan “yasama-sızlaşmayı” düzeltmeyi sağlayacaktır.

Bu şekilde yeni anayasa kavramını belirledikten sonra artık bunun yöntem ve muhteva incelemesini derinlemesine gerçekleştirebiliriz.

B. Anayasa Yapımında Yöntem Sorunu: “Siyasal Eşitlik” Üzerinden Denge Arayışı

Yeni bir anayasanın ihdası sürecinde en çok tartışılacak bir husus da yöntem meselesidir. Bu husus, anayasa yapım yönteminin siyasal ve hukuksal belirleyiciliği, dolayısıyla da anayasanın meşruluğu sorunundan ileri gelmektedir. Gerçekten de, anayasa yapımında yöntem muhtevaya da şamil olabilecek etkiler ve meşruluk problemlerini gündeme getirebilmektedir.

Buradaki hassasiyet Türkiye söz konusu olunca artarak devam etmektedir. Şu halde, karşılaştırmalı olarak anayasa yapım yöntemlerini tetkik etmek gerekir. Bu bağlamda, geliştirilen literatür ve pratiğin çoğunun artık anayasa yapım sürecinin tasarımı odaklandığını görmekteyiz. Nitekim Lerner ve Landau’nun belirttikleri gibi,² artık bir anayasa yazma organının seçimi, böyle bir organın seçilmesi için seçim veya diğer kurallar, anayasa yapımına halkın katılım biçimleri, bir anayasa yapım sürecini tetiklemek veya onaylamak için referandumların kullanılması gibi sorular üzerine kapsamlı bir araştırma söz konusudur. Bunlara demokratik deneyimin paylaşılması anlamında ulus ötesi aktörlerin rolünü de eklemek mümkündür.

Anayasal tasarımda yöntem, anayasal dayanaklılığı, demokratiklik değerini ve dolayısıyla meşruluğunu ilgilendirdiği için üzerinde ayrıca durulması gereken bir alandır. Bu alan, bu anlamda süreci ikna edici bir şekilde gerçekleştirmek doğrultusunda tek bir yöntem sunmasa da karşılaştıрма-

² Hanna Lerner ve David Landau, “Introduction to Comparative Constitution Making: The State of the field”, içinde *Comparative Constitution Making*, Ed. David Landau ve Hanna Lerner, Edward Elgar Publishing, Northampton 2019, 1-27, s. 8.

lı anayasal deneyim bize yine de bazı veriler sunmaktadır. Ancak biz burada özellikle Türkiye’de anayasa yapım sürecinde normatif³ ilkeler ekseninde bir tartışma sunmayı daha uygun görüyoruz.

Bir anayasa oluşturmak, kısıtlamalar eşliğinde belirli ilkeler altında seçimler yapmayı içerir. Çoğu durumda, bunlar kolektif seçimlerdir, Solon gibi tek bir yasa koyucunun değil, bir kurucu meclisin faaliyeti olarak belirir.⁴ Ancak konu Türkiye olunca, hem bireysel anayasa yapımcıların amaçlarını hem de bunların toplu tercihler halinde bir araya getirilme mekanizmalarını da dikkate almalıyız. Çünkü çoğunlukla Türk anayasacılık birikiminde anayasa yapımı siyasi elitlerin belirli bir faaliyeti olarak görülmektedir.

Bununla birlikte, Türkiye etnik, dinsel, ideolojik açılardan “bölünmüş toplum”⁵ mahiyetindedir. Toplumsal bu nitelik, siyasi olana da yansımakta ve hukuki talepler içermektedir. Bugünkü Türkiye’de siyasi olan, toplumsal olanla koşut olarak ciddi derecede kutuplaşmış durumdadır. Siyasi elitler özellikle ideolojik koşullandırmaya bağlı olarak toplumsal tabanlarını konsolide etmektedir. Daha sorunlu bir durum ise, siyasi elitlerin kurguladığı polarizasyonun hukuki talepler içermesidir. Şöyle ki, evrensel hukuk ilkeleri ve bunların üstünlüğü Türkiye’de bu şartlar altında dahi bir bütün olarak tutan en temel faktördür. Ortak bir değer olan hukuk, bu bakımdan toplumun çimentosu işlevini yerine getirmektedir. Ancak son zamanlarda, özellikle devletin hukuki niteliği üzerinde –sözgelimi laiklik ilkesi gibi- geliştirilen tartışmalar ideolojik taraflar arasında ortaklık kuran hukuku ve bunun üstünlüğünü zedelemektedir. Böyle olunca, yeni anayasa yapım sürecinde yöntem sorunu daha bir hassaslaş-

³ Jon Elster, “Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process”, *Duke Law Journal*, C. 45, 1995, 364-396, s. 365.

⁴ Elster, *Forces and Mechanisms*, s. 365.

⁵ Kavram için bkz. Arend Lijhpart, “Constitutional Design For Divided Societies”, *Journal of Democracy*, C. 15, S. 2, 2004, s. 96-109.

maktadır. Çünkü yeni anayasa, ideolojik tarafları bir arada tutan evrensel hukuk ilkelerine ve bunun bağlayıcılığına atıf yapmadan tekil ve tekel bir taraf tarafından yapılırsa ve ideolojik koşullandırma etrafında hukuki talepler içerirse Türkiye toplumunun en temel ortak değeri de işlevsizleştirilmiş olur.

Değindiğimiz hassas durum ekseninde bu noktada anayasa yapım yöntemi olarak önereceğimiz yöntem katılımcı anayasa yapımıdır. Demokratik niteliği haiz bu usulü inceleyenlerken kısaca Güney Afrika örneği üzerinde durmak gerekir. Çünkü burada yeni yöntemin hem düşünsel temeli hem de usulü hakkında bize bazı veriler sunulmaktadır. Bir demokratik yöntem olan katılımcı anayasa yapımında temel fikir, anayasacılığı yalnızca sonuçlara değil, aynı zamanda sürecin tamamına da uygulamaktır. Yöntem genel itibariyle şu temel ögeleri içerir:⁶

- a. İki aşamalı bir süreç ve ilk anayasanın yapımının ikincisinin yapımını düzenlediği ve bağladığı iki anayasa yapımı. (Güney Afrika geçici Anayasasının ünlü 34 İlkesi gibi asli sınırlar, yeni sürecin evrensel değil, benzersiz özellikleridir.)
- b. İlk anayasanın yapılmasına yol açan yuvarlak masa müzakereleri olmaktadır. Burada önemli olan isim (örneğin Güney Afrika'da, Çok Taraflı Müzakere Forumu ve CODESA) değil, yerini alan bu organların göreceli kapsayıcılığıdır. Seçim meşruiyetini talep etmezler ve edemezler. Meşruiyetleri, çok sesli veya çoğulcu sivil toplum temsiliyetine dayanır.
- c. Geçiş boyunca yasal sürekliliğe vurgu yapılmaktadır. Bu sürekliliğin merkezinde, eski bir rejimin parlamenter kurumlarının, eski bir değişiklik kuralına göre, geçici anayasa da dahil olmak üzere, ilk değişiklikleri onaylamadaki resmi rolü (aslında kesinlikle resmi rolü) söz konusudur.

⁶ Andrew Arato, "Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary: After Success, Partial Failure, and Now What?", *SAJHR*, C. 26, 2010, 19-44, s. 20-21.

- d. Genellikle geçici anayasalar tarafından oluşturulan anayasa mahkemelerinin, ilk veya geçici anayasalar tarafından şart koşulan usule ilişkin (Güney Afrika’da da esasa ilişkin) sınırlamaları denetlemedeki önemli rolü önem ihtiva etmektedir. Güney Afrika Anayasa Mahkemesinin nihai Anayasayı onaylamayı (böylece yürürlükten kaldıran) ilk reddetmesi bu açıdan olağanüstüydü, ancak yöntemin temel mantığına uygundu.
- e. İkinci ve nihai anayasanın hazırlanmasında demokratik olarak seçilmiş bir meclisin merkezi rolüne de değinmek gerekir. Bu meclis, bağlı olduğu geçici anayasanın sınırlamaları göz önüne alındığında, klasik Avrupa tipi kurucu meclisten farklıdır, fakat aynı zamanda 1787-88 Amerikan Sözleşmelerinin yalnızca onaylayıcı rolünden de farklıdır (ikincisi kabul edebilir veya reddedebilir, ancak taslak hazırlama sürecine katkıda bulunamamıştır). Güney Afrika’da ‘Kurucu Meclis’ yerine ‘Anayasa Meclisi’ isminin seçilmesi özellikle dikkat çekicidir.

Katılımcı anayasa yapımı, Türkiye’de anayasacılık ekseninde “ortaklıkçılık” sağlamak açısından elzem gözükmemektedir. Burada anayasacılık, yeni anayasanın meşruluk temellerini oluştururken, ortaklıkçılık özellikle tüm ideolojik grupların menfaatlerini garanti etmek bakımından önem ihtiva etmektedir.

Bu kapsamda Türkiye için ilke ve kurumlarıyla bir bütün olarak anayasa yapımında önsel bir şart diye düşündüğümüz “ortaklık demokrasisi” modelini önermekteyiz. Ortaklık demokrasisi bize çok farklı bir pencere açmaktadır. Gerçekten de, bireylerin aralarında anlaşmazlıklar olsa dahi, tıpkı bir ortaklıktaki gibi, birbirlerinin çıkarını gözeterek kararlar almasını sağlayan şartlar üzerinde düşünmemiz gerekir. Dworkin, bu doğrultuda şu üç şartı ileri sürmektedir:⁷ a. İlk olarak, yurttaşlar siyasal karar alım sürecine dahil olmalı ve eşit söz hakkına sahip olabilmelidir. Bu, yurttaşların yalnızca

⁷ Ronald Dworkin, “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, 2011, 27-39, s. 29-30.

eşit oy hakkına sahip olmalarının ötesindedir. Buna göre, hiçbir yurttaş sırf düşünceleri rahatsız edici olduğu için siyasal karar alım sürecinden dışlanmamalıdır. b. İkinci olarak, eşit özen ilkesinden söz etmek gerekir. Burada herkesin kişisel var oluş şartları ortak karar alım sürecinde gözetilmelidir. Bu anlamda ortak karar, yalnızca çoğunluğun değil herkesin menfaati dikkate alınarak oluşturulmalıdır. Üçüncü olarak ise, bireylerin onurunu korumak amacıyla, yalnızca kendilerinin karar vermesi gereken konularda çoğunluk tarafından herhangi bir şekilde karar alınmamasını öngörmektedir.

Tüm bunlar gerçekleştiğinde anayasa yapımında artık “siyasal eşitlik” üzerinde kafa yorabiliriz. Siyasal eşitlik denilince de “eşit oy” ve “eşit nüfuz” arasında bir ayırım yapmak gerekir. Şöyle ki, eşit oy oyların eşit sayılması anlamına gelmektedir. Siyasal nüfuz ise, diğer bireyleri etkileme gücünü ifade eder. Dworkin’in belirttiği üzere, “başka insanları etkileme gücümüz, başka herhangi birinin siyasal nüfuzu ile aynı seviyede olmalıdır ki siyasal eşitlik anlam kazansın”.⁸ Bu yönüyle siyasal nüfuzun eşit oy ilkesine farklı bir bakış açısını sunduğunu ve anayasa yapım sürecinde ortaklar arasında bir denge sağlaması açısından gerekli olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü siyasal eşitlik, sayıları değil, statüyü dikkate alır. Siyasal eşitlik ancak bireylerin eşit söz hakkına sahip olduğu, anayasa yapım sürecinde herkesin çıkarının eşit bir biçimde gözetildiği ve kişisel onurla bağdaşmayan ortak kararların dayatılmadığı bir ortamda gerçeklik kazanabilir.⁹

C. Yeni Anayasada Yapısal Şartlar: Sorunlar ve Öneriler

Anayasacılığın ulaştığı anlam bakımından anayasa her ne kadar haklar şartına yönelik somut çözümler gerektirse de, Türkiye açısından yapısal şartlara yönelik ihtilafın daha

⁸ Dworkin, a.g.e., s. 37.

⁹ Dworkin, a.g.e., s. 39.

yüksek seviyede seyretmesi bizi ister istemez devlet iktidarının dağılımı ve bunun kodları üzerinde daha çok düşünmemizi talep etmektedir.

Mevcut 1982 Anayasasının 2. maddesine göre “*Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.*” Böyle olmakla birlikte, özellikle 2017 Anayasa değişikliğinin Devletin üzerinde temellendiği bu önemli ilkeleri işlevsiz kılacak düzenlemeler içerdiğini söyleyebiliriz. Şimdi bunları kısaca inceleyelim.

1. İktidar Dağılımı: Erkler Ayrılığı

Erkler ayrılığı ilkesi, modern bir devletin yasal ve anayasal düzenlemelerini değerlendirmek için tasavvur edilen siyasi bir ilkenin ötesindedir. Peki, erkler ayrılığı ilkesinin anayasacılık bakımından ve yeni anayasa tasarımı bu denli önemli bir faktör olmasının sebebi nedir? Bu soru, bizi kaçınılmaz olarak erkler ayrılığına bağlı iki esaslı ilkeye götürür.¹⁰ İlk olarak “gücün bölünmesi ilkesi” söz konusudur ki, bu da siyasal gücün herhangi bir kişi, grup veya kurumun elinde aşırı yoğunluğundan kaçınmamız için bize yol gösterir. İkinci olarak ise, “kontroller ve dengeler ilkesi”dir ki, bu da herhangi bir güç tarafından yetki kullanımının, diğer güç sahipleri tarafından gücün kullanılmasıyla dengelenmesi ve kontrol edilmesi gerektiğine işaret etmektedir.

Böyle olmakla birlikte karşılaştırmalı anayasa mühendisliğinde erkler ayrılığı ilkesinin işlevsizleştiğini söylemek mümkündür. Bunun temel sebebi ise yürütme erkine tanınan güçlendirme eğiliminin üstünlük olgusuna geçiş yapmasıdır. En azından karşılaştırmalı anayasa hukukunda, Posner ve

¹⁰ Bkz. Jeremy Waldron, “Seperation of Powers in Thought and Practice?”, *Boston College Law Review*, C. 54, 2013, 433-468, s. 433.

Vermeule'nin belirttikleri gibi, "Erkler ayrılığı, zayıflamış bir yaşlılıktan muzdarip olabilir, ancak seçim demokrasisi canlı ve iyi durumdadır".¹¹ Türkiye açısından ise, buradaki her iki durumun da tartışmalı olduğu söylenebilir. Bu tartışmalı durumlar özellikle 2017 Anayasa değişikliği ile somutlaşmıştır. Şöyle ki, Anayasa değişikliğinin kurucu iktidarı, özellikle başkanlık sistemi ekseninde Anayasayı yapılandırmak istediklerini söylemiş olsalar da, varılan sonuçta mevcut hükümet sisteminin başkanlık sistemiyle doğrudan bir ilgisi-nin olmadığını ancak başkanlık sisteminden mülhem bir sistem olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü burada, her şeyden önce erklerin sert ayrılığı değil, yürütme etrafında erklerin birleşmesi söz konusudur. Vurgulayalım ki, başkanlık sisteminde başkan yasamayı feshedemez, yasama da başkanlık seçimlerini yenileyemez. Oysa ki, mevcut sistemde bu durum öngörülmüştür. Seçimlerin aynı gün yapılması da bu savı¹² pekiştirmektedir.

Erkler ayrılığı ilkesinin sağlanmadığı, haklar şartının gerçekleştirilmediği bir metin anayasa değildir. Bu tür bir metin olsa olsa "görünüşte anayasa" (façade constitution) olur.¹³ İşte, yeni anayasa yapım sürecinde Türkiye önünde bekleyen en temel sorun bu tür bir metnin ortaya konulması ihtimalidir. Dolayısıyla ister parlamenter hükümet sistemi olsun ister başkanlık sistemi olsun dikkatle oluşturulması gereken önsel olarak erkler ayrılığının inşası ve bu doğrultuda kontrol ve dengenin gerçekleştirilmesidir.

2. Hukuk Devleti

Hukuk devleti, anayasa mühendisliğinde dikkate alınması gereken temel ilkeler manzumesinden biridir. Bu husus,

¹¹ Eric A. Posner ve Adrian Vermeule, *The Executive Unbound*, Oxford University Press, New York 2010, s. 208.

¹² Ayrıca bkz. Kemal Gözler, "Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa", <https://www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v1.pdf>, s. 2, erişim 13.08.2021.

¹³ Bkz. Giovanni Sartori, "Constitutionalism: A Preliminary Discussion", *The American Political Science Review*, C. 56, S. 4, 1962, 853-864, s. 861.

hukuk devleti ilkesinin devletin hukuki mahiyetinin belirleyici kapasitesinden ileri gelmektedir. Bu yönüyle hukuk devleti ilkesi devleti yapısal olarak tüm birimleri kuşatır. Hukuk devleti ilkesi sayesinde ancak anayasadan söz edilebilir. Şöyle ki, hukuk devleti ilkesi olmazsa yani hukuk devlete egemen olmazsa, siyasal olanı belirlemezse zaten daha baştan sınırlı iktidar fenomeni söz konusu olmaz ve haklar şartı sağlanamaz.

Hukuk devleti denilince her şeyden önce hukukun üstünlüğü ilkesi vurgulanmaktadır. Hukukun üstünlüğü ilkesi özetle, şu beş unsur vurgulamaktadır:¹⁴

- İlk unsur, yasal kuralların, standartların veya ilkelerin insanlara işlerinin yürütülmesinde rehberlik etme kapasitesidir. İnsanlar yasayı anlamalı ve ona uymalıdır.
- Hukuk Devletin ikinci unsuru etkinliktir. Yasa aslında insanlara rehberlik etmelidir, en azından çoğunlukla. Joseph Raz’ın ifadesiyle, "insanlar kanunla yönetilmeli ve ona uymalıdır”.
- Üçüncü unsur istikrardır. Kanun, zaman içinde planlamayı ve koordineli eylemi kolaylaştırmak için makul ölçüde istikrarlı olmalıdır.
- Hukukun Üstünlüğünün dördüncü unsuru, yasal otoritenin üstünlüğüdür. Kanun, yargıçlar da dahil olmak üzere memurları ve sıradan vatandaşları yönetmelidir.
- Son unsur, tarafsız adaletin araçlarını içerir. Mahkemeler yasayı uygulamak için hazır olmalı ve adil prosedürler uygulamalıdır.

Bununla birlikte hukuk devleti ilkesinin en temel getirilerinden birisinin de yargının bağımsızlığı olduğu söylenebilir. Platon’dan Aristoteles’e, Montesquieu’dan Amerikan bileşenlerine kadar demokratik teori, devlet gücünün birbirini dengeleyen üç kol arasında bölündüğünü ileri sürmüştür. Bu kollardan biri de yargı erkidir. Demokratik teori, bu güçler-

¹⁴ Richard H. Fallon, Jr., “The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse”, *Columbia Law Review*, C. 97, S. 1, 1997, 1-56, s. 8-9.

den birinin yasama ve diğerinin yönetmesine karşın, yasama ve yürütme tarafından işlenen aşırılıkları onaylamanın yargının rolü olduğunu da ileri sürer. Bunu yaparken, yargı demokrasinin korunmasına yardımcı olur. Erkler ayrılığı ilkesinden önemli sosyal sonuçlar çıkar:¹⁵ Birincisi, bir gücün diğerlerini etkili bir şekilde kontrol edebilmesi için ikincisinden özerk olması gerekir. Dolayısıyla, demokratik bir toplumda yargının etkinliği, onun yürütme ve yasama organlarından bağımsız olmasından kaynaklanmaktadır. İkincisi, amaçları yürütme veya yasama aracılığıyla siyasi gücün kontrolünü ele geçirmek olan kişileri belirleyen şey siyaset olduğundan, bundan, yargı mensuplarının siyasi iktidardan bağımsızlıklarını garanti altına almak için apolitik olmaları, partizan olmamaları gerektiği sonucu çıkar.

Mevcut anayasal kurguya gelirsek, 2017 Anayasa değişikliği ile birlikte Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kaldırılmıştır. Bunun zorunlu bir sonucu olarak söz konusu bu mahkemelerden oluşan üyelikler son bulmuş 17 üyesi bulunan Anayasa Mahkemesinin üye sayısı 15'e indirilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesinin bu yeniden yapılandırılmasında yetki ve etki bakımından TBMM'den ziyade yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanına ağırlık verilmiştir.

Buna göre Cumhurbaşkanı Yüksek Mahkeme üyelerinin 12'sini doğrudan ve dolaylı olarak seçebilecek geri kalan üyeler ise TBMM tarafından seçilecektir. 12 üyeden 4'ünün seçimi, gerçek anlamıyla Cumhurbaşkanının iradi takdirine bırakılmışken, geriye kalan 8 üye ise Yargıtay, Danıştay ve Yükseköğretim Kurulunun göstereceği adaylarla dolaylı olarak Cumhurbaşkanı tarafından belirlenecektir. Fakat unutmamak gerekir ki Yargıtay üyelerinin tamamı HSK tarafından seçilecektir. Keza Danıştay üyelerinin dörtte üçü HSK,

¹⁵ Nibaldo H. Galleguillos, "Check and Balances in New Democracies", *Latin American Studies Association*, Guadalajara Mexico, April 17-19 1997, 1-31, s. 2-3.

dörtte biri ise Cumhurbaşkanı tarafından seçilecektir. Dolayısıyla esasında burada Cumhurbaşkanının HSK oluşumundaki etkisi dikkate alındığında Anayasa Mahkemesine 12 üye seçimi bakımından dolaylı bir etkisinden söz etmek bile tam anlamıyla mümkün değildir.¹⁶ HSK üzerindeki Cumhurbaşkanının yetki ve etkisi biraz aşağıda incelenecektir.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesine üye seçiminde 3 üyeyi belirleyebilen Meclis, bundan dolayı bir anlamda yasama karşısında yürütmenin üstünlüğünü ortaya koymaktadır. Çünkü TBMM Yüksek Mahkemenin üye kompozisyonunda ancak beşte birlik bir etki alanına sahiptir. Parti genel başkanı olabilen Cumhurbaşkanının seçimi ile Meclis seçimlerinin eş zamanlı yapılmasının da gösterdiği gibi amaç Cumhurbaşkanı-Meclis ahengini sağlamak olduğundan esasında Cumhurbaşkanı bu yüzden Meclis tarafınca belirlenen 3 üye üzerinde de dolaylı bir etkiye sahip olmaktadır. Böyle olunca millet iradesinin temel tecelli ediş yeri olan Meclis’in Cumhurbaşkanı karşısında pasifleştirildiğini söylemek mümkündür.

¹⁶ Venedik Komisyonunun bu bağlamdaki raporu aynen şöyledir: “*HSK üyelerinin atanma usulüyle ilgili değişiklikler, Anayasa Mahkemesinde geniş yankı bulacaktır. Yargıtay ve Danıştay üyelerinin seçilmesinden HSK mesuldür. Her iki mahkemenin de atamaları yapan Cumhurbaşkanına her bir pozisyon için üç aday göndermek suretiyle Anayasa Mahkemesinin iki üyesini seçme hakkı vardır. Bu suretle, Yürütmenin Anayasa Mahkemesi üzerindeki nüfuzu artmaktadır. Aksine Anayasa Mahkemesi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi veren kanunları şu anda olduğu gibi denetleme olasılığını yitirecektir. Söz konusu değişiklikler kapsamında Cumhurbaşkanının herhangi bir kanunun kendisine yetki vermesine ihtiyacı olmayacaktır. Bu değişiklikler, Cumhurbaşkanlığının yasama faaliyetlerinin sınırlarını, kanunların kanun hükmünde kararnamelerin resmi olarak üzerinde olmasıyla tanımlasa da Anayasa Mahkemesine, bu bağlamda ortaya çıkması kaçınılmaz olan ihtilaflar konusunda sarıh bir karar verme yetkisi verilmiştir. Dolayısıyla söz konusu değişikliklerin Anayasa Mahkemesi üzerindeki etkisi, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Askeri Yargıtay’ın kaldırılmasını müteakiben Anayasa Mahkemesinin on yedi yerine on beş üyeden kurulması hakkında 146’ncı Maddede yapılan değişikliğin resmi sınırları dışına çıkacaktır.*”

Bununla birlikte yukarıda değindiğimiz gibi HSK Yargıtay üyelerinin tamamını, Danıştay üyelerinin ise dörtte üçünü seçmektedir. Danıştay üyelerinin dörtte biri ise, Anayasanın m. 153/3 gereğince, nitelikleri kanunda belirtilenler arasından ve doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir. Böyle olunca, Cumhurbaşkanının yargı üzerindeki tahakkümünü ortaya koymak adına, yüksek yargı üzerinde bu denli etkin konumda olan HSK'nın üye kompozisyonunu ayrıca incelemek gerekir.

Mevcut anayasal düzene göre HSK, 13 üyeden ve iki daireden teşekkül etmektedir (m. 159/2). 2017 Anayasa değişikliğinden önce adı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu olan HSK'nın oluşumu Kurul üyelerinin yargıçların kendi eşitleri arasından seçtikleri üyelerden teşekkül eden şekildedeydi. Ancak bu düstur terk edilmiş ve atama ve seçme yetkisi iki siyasal organ olarak Cumhurbaşkanı ve TBMM'ye devredilmiştir. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, bu Kurulun doğal üyeleri olan Adalet Bakanı (aynı zamanda Kurul başkanı) ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı (Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen bakan yardımcısı) Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir. Adalet Bakanını ve bakan yardımcılarını seçme yetkisi tamamen Cumhurbaşkanına aittir. Yine Kurulun dört üyesi, birinci sınıf olan adli yargıç ve savcılar (3 üye) ile idari yargıç ve savcılar (1 üye) arasından tamamen Cumhurbaşkanının takdiri ile seçilmektedir. Bu bağlamda, Kurulun 6 üyesi Cumhurbaşkanının tek başına kullandığı irade ile belirlenmektedir. Diğer taraftan kalan 7 üye ise TBMM tarafından nitelikli çoğunluk ile seçilmektedir. Karma Komisyonda ve Meclis Genel Kurulunda üçte iki, sonraki aşamada beşte üç çoğunluk sağlanmadığı durumda, en çok oy alan iki aday arasından ad çekme usulü uygulanmaktadır.¹⁷

¹⁷ Doktrinde Esen'in belirttiği gibi, burada en çok oy alan iki aday arasında ad çekme usulünün uygulanması yönteminin, demokrasinin temel ilkelerinden

Özetle, 2017 Anayasa değişikliği geliştirilen anayasal kurgu hukuk devleti ve dolayısıyla yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı üzerinde ciddi tartışmalar beraberinde getirmiştir. Yargı erki, yalnızca erkler arasında öngörülen basit bir erk değildir; aksine gerçekleştirdiği denetimle erkler arasında kontrol ve dengeyi sağlamaktadır. Mevcut anayasal düzende başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere üst yargının yapısal kurgusu sorunludur. Böyle olmakla, derece mahkemelerine de bu sorun yansımaktadır. Yeni anayasada üzerinde en çok durulması gereken alanlardan biri de yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını oluşturmaktır. Bu anlamda, özellikle üst yargının yapısal oluşumu yeniden düzenlenmelidir. Anayasa Mahkemesinin anayasal konumu güçlendirilmeli, HSK’nın oluşumu demokratik hukuk devletine uygun hale getirilmelidir.

3. Demokratik Devlet

Demokratik ilke ve kurumların ülkemizde henüz tam anlamıyla yerleşmediğini kabul etmek gerekir. Dolayısıyla Türkiye açısından demokrasi, halen gökyüzünde bir ideal olarak kalmaya devam etmektedir. Ancak Türkiye’ye bakıldığında, toplumun demokrasiye henüz hazır olmadığını söylemek basit bir çıkarım olacaktır. Ne var ki siyasal elitler, Türkiye’de halkın demokratik bilincini sorgulamakta, iktidar

biri olan seçim ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Hal böyle olunca, Esen, bu durumun eleştiriye açık olduğunu, demokratik bir sistemde ad çekme usulünün ancak aynı oyu almış adaylar arasında uygulanabilir olduğunu, hatta önceden belirlenmiş nitelikleri taşıyan bütün adaylar arasında yapılacak ad çekme yöntemiyle bir makamın belirlenmesinin bile adayların aynı konum ve koşullar altında bulunması nedeniyle demokrasi ilkesiyle bağdaşabileceğinin ileri sürülebileceğini, buna karşılık, yapılan bir oylama sonucunda yeterince oy alamamış iki aday arasında yapılacak ad çekme usulüyle üyeliğin belirlenmesi, özellikle iki adayın aldığı oy bakımından büyük fark olması ve ad çekmeden daha az oy alanın çıkması durumunda meşruiyet sorunun ortaya çıkacağını, böyle bir yöntemin demokrasinin en temel ilkelerinden biri olan seçim ilkesiyle de kolay bağdaşmayacağını belirtmektedir. Selin Esen, “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 4, 2016,45-73, s. 67. Ayrıca bkz. Mustafa Okşar, Yürütme Erkinin Üstünlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 167.

pratiklerinin görüldüğünden daha demokratik olduğunu savunmakta¹⁸ ve özellikle de muhalefetin yozlaşmış ve anti-demokratik olduğunu ileri sürmektedirler. Hal böyle olunca, demokrasinin düşünsel temeli üzerinde biraz durmak gerekir.

Demokrasi, Beetham'ın da belirttiği üzere,¹⁹ belirli temel ilkelerle ve bu ilkelerin gerçekleştirildiği bir dizi kurum ve uygulamayla tanımlanır. Başlangıç noktası, insan hakları gibi, bireyin onurudur. Bununla birlikte, demokrasinin aynı zamanda belirli bir odak noktası söz konusudur ki, bu da bir bütün olarak herhangi bir grup, birlik veya toplum için kurallar ve politikalar hakkında karar verme ve yalnızca hak ve sorumlulukların taşıyıcıları olarak değil, aynı zamanda aktif olarak da farklı bir vatandaş anlayışını ortaya koymaktadır. Demokrasinin temel ilkeleri, halkın kamu kararları ve karar vericiler üzerinde kontrol edici bir etkiye sahip olma hakkına sahip olması ve bu tür kararlar bağlamında eşit saygı ve eşit değerle muamele görmeleridir. Bunlar, kısaca, sırasıyla halk denetimi ve siyasal eşitlik ilkeleri olarak adlandırılabilir.

2017 Anayasa değişikliği sonrası mevcut anayasal düzenin bir demokratiklik niteliği sorunu bulunduğunu söylenebilir. Cumhurbaşkanı ve Meclis seçimlerin aynı gün yapılması, Cumhurbaşkanının partili olabilmesi, Cumhurbaşkanına Meclisi seçime götürebilmesi, Cumhurbaşkanının olağanüstü hale karar veren egemen olması, yargı organının oluşumunda Cumhurbaşkanının oldukça belirleyici kılınması, Cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile hukuk ihdası rejimine ortak olması; tüm bu nedenlerle yasama organının işlevsizleşmesi ve hatta “yasamasızlaşma”²⁰ gerçeği ile kar-

¹⁸ Shapiro bunu özellikle otoriter yönetimler için vurgulamaktadır. Bkz. Ian Shapiro, *The State of Democratic Theory*, Princeton University Press, Princeton ve Oxford 2003, s. 1.

¹⁹ David Beetham, “Democracy: Key Principles, Institutions and Problems”, içinde *Democracy: Its Principles and Achievement*, Inter-Parliamentary Union, Geneva 1998, 21-30, s. 21.

²⁰ Bu konuda bir çalışma için bkz. Bülent Yücel, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Hakkında Bir Siyasal Niteleme: ‘Yasamasızlaşma’ Sürecinin Son Halkası”,

şlaşılması yukarıdaki sava destek çıktılarıdır. Siyasal iktidarın yürütme erkinden yasama erkine aktarılması demokratikleşmenin ilk aşamasını temsil etmektedir. Türkiye mevcut anayasal düzeniyle demokrasi sonrası ilke ve kurum sorunlarını gerçekleştirmek bir yana, söz konusu bu ilk aşamadan da geri dönmüştür.

Yukarıda vurguladığımız başta erkler ayrılığı olmak üzere tüm ilkeler, devletin yapılanmasında ve demokratik hukuk devleti haline gelmesinde hayati bir rol oynamaktadır. Devletin bu ilkeler çerçevesinde yeniden yapılandırılması, “ortaklık demokrasisi” haline getirilmesi özellikle ideolojik olarak polarize olmuş toplumun ortak hukuki ilkeler manzumesi etrafında birleşmesini sağlayacaktır.

4. Özel Bir İnceleme: Laiklik

Din-devlet ilişkisi henüz modern hukuk tarafından çözümlenebilmiş değildir. Gelineen noktada ise, dinsel, ideolojik bir form olarak toplumsal taban olmaktan çıkmak istemekte, hukuki talepler öne sürmektedir. Bu noktada Sajo’nun şu tespitleri ilgi çekicidir:²¹ *“Bugün anayasal düzenlemeler, görünürde kamusal alanı yeniden fethetme amacıyla sahip yeni güçlü din biçimlerinin meydan okumasıyla karşı karşıyadır. Bu hareketlerin stratejileri, tipik olarak, ilahi emri dayatmak amacıyla demokratik olarak elde edilen bir yasama düzeninin devralınmasının anayasal olarak şüpheli olmadığını savunarak dini anayasa hukukuna sokmak için tasarlanmış Truva atlarını içerir. Anayasacılık, dinin özgürce uygulanması ve çoğulculuk açısından sunulduğunda, güçlü dinin belirli iddialarına karşı savunmasız görünüyor. Daha sağlam bir anayasal laiklik teorisine doğru ilk adım*

Kamu	Hukukçuları	Platformu,
https://kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/bylent_yycel.pdf,		1-41, s. 22
vd. erişim 15.08.2021.		

²¹ Andreas Sajo, “Preliminaries to a Concept of Constitutional Secularism”, *I-CON*, C. 6, 2008, 605-629, s. 605.

olarak, kavramın doğasında var olan bazı zorlukları gözden geçirmek gerekir. Anayasacılık, insanın akıl yetisinin kullanımına ve halk egemenliğine dayanır. İlk düşünce, hukukta kamusal akıl verme görevine dönüşür ve ilahi nedenlerin kabul edilebilirliğini reddeder; ikincisi, seküler dışında herhangi bir hukuk kaynağını engeller. Bu düşüncelerin canlandırdığı sağlam bir laiklik kavramı, kamusal meydanın sınırlarında devriye gezebilir.”

Dinsellik, yani ideolojik koşullandırmaya tabi tutulmuş din çok boyutlu bir fenomendir. Ancak burada dinin toplumsal ve siyasal mahiyetinden öte “hukuki-anayasal” konumunu sorgulamak durumundayız. Laiklik ilkesi, Türkiye’ye Batı’da ihraç edilmiş çok önemli bir ilkeler manzumesidir. Türkiye’de gerek modern devletin gerek modern hukukun inşasında laiklik ilkesinin yeri yadsınamaz. Gerçekten de, laiklik ilkesini içselleştirmek, kural ve kurumlarıyla pratiğe dökmek Türkiye’de hukukun gelişimiyle yakından ilgilidir.

Türkiye’de din özgürlüğü meselesi ya da dinsel inanışların varlığı hususu hukuki bir mesele olduğundan çok, siyasal bir sorun mahiyetindedir. Öyle ki kurum ve kullarıyla laikliğin işleniş biçiminden siyasal rejimin niteliğini belirleyebilecek durumdayız. Laiklik ilkesi bu bakımdan bir turnusol kağıdı görevini görmektedir.

Gerçekten de siyasal rejimin din özgürlüğü karşısında katı ya da anayasal sınırları aşan gevşek tutumu özgürlüğü bir soruna dönüştürmektedir. Siyasetin laiklik ilkesine yüklediği anlam bakımından din özgürlüğü rejimin mahiyetini ister istemez birbirine bağlamaktadır. Cari sistemde Türkiye’de din özgürlüğüne yüklenen anlam ne yazık ki bir özgürlük sorunu olarak değil, siyasal bir hesaplaşma aracı şeklinde kavranmaktadır.

Yani Türkiye’de din özgürlüğü özgül olarak “insanın kişiliğine bağlı, vazgeçilmez, dokunulmaz, devredilmez” bir

insan hakkı olarak görülmemektedir. Ne var ki laiklik ilkesi bağlamında din özgürlüğü bir hak olarak somutlaştırılırken, rengi ne olursa olsun siyasi elitler tarafından bir siyasal mühendislik ve rejim meselesi olarak değerlendirilmektedir.

Din olgusu, -hele ki ideolojik formuyla dinsel inanışlar-, toplumsal ve siyasal hayatı olduğu kadar hukuku da dönüştürme potansiyeline sahiptir. Dinin bu potansiyeli karşısında ülkemizde salt dinin devletten ayrılması anlamında bir laikliğin işlevsiz kalacağı söylenebilir. Elbette dinin devletten ayrılması anlamında laikliğin önemli bir ihtiyaca karşılık verdiği ortadadır; ancak biz bunun yalnız başına yeterli olmadığı kanaatindeyiz.

Çünkü laiklik ülkemizde bir modernleşme aracı olarak pek çok ilkeyi getiren bir anlayıştır. Gerçekten de insan onurunu korumayı hedefleyen başta hukuk devleti olmak üzere anayasacılığın beraberinde getirdiği erkler ayrılığı ve çoğulcu demokrasinin de yegane güvencesi ülkemizde laiklik olmuştur.

Başta ilke bu haliyle olumsuz gözükebilir. Şöyle ki; inanç sahiplerinin bu ilkeye itiraz edebilecekleri çok nüans noktaları olabilir. İnanç sahipleri dinsel inançlarla örülü bir toplumsal, siyasal ve hatta hukuksal düzen tahayyülünü edinebilir. Ancak bu isteğin Türkiye gibi dinsel açıdan bölünmüş bir toplumda neye tekabül ettiğini sorgulamak zorundayız. Bir inanca göre dizayn edilmiş bir toplumsal çevre salt bu haliyle kalmayacağını siyasal ve hukuksal taleplerinin de olacağını öngörmek zor olmaz.

Yukarıda tüm anlatılanlardan yola çıkarak dinin kimi zaman bir iktidar odağı kimi zaman da bir iktidar aracı olarak belirdiğini söylemeliyiz. Dinin bu işlevlerinden soyut kalması demokratik bir hukuk devletinde zaruridir. Aksi takdirde dinsel anarşi, dinin mahiyetinden ötürü, toplumun tüm diğer hak ve özgürlüklerini zedeleyebilir, hatta ortadan kaldı-

rabilir. Bu bakımdan anayasalarda laiklik ilkesinin varlığı kaçınılmazdır. Burada laiklik ilkesi, hukuki çoğulculuğu, yani çeşitli toplumsal kimliklerin tanınması bakımından da önem ihtiva etmektedir.

Genel Değerlendirme ve Sonuç

Bir toplum çoğulcu bir yapıya sahip olabilir. Bu çoğulculuk dinsel, etnik ve benzeri değişkenler etrafında toplumsal olabilir. Sosyolojik olarak bir toplum çeşitli katmanlardan oluşabilir. Ancak toplumsal çoğulculuğu koruyan ve gelişmesine açık kapı bırakan hukuktur. Modern hukuk; hukuk devleti, erkler ayrılığı ve çoğulcu demokrasi gibi evrensel üst ilkelere dayanmaktadır.

Böyle olmakla birlikte, toplumdaki sosyolojik görelilik hukuka yansımamalıdır. Çünkü hukuk, sosyolojik çoğulculuğa rağmen ortak bir yaşam rejimi kurgular. Bu yaşam rejimi, hak temelli ve onurlu bir yaşamı talep eder.

Georges Burdeau, “insan, insana itaat etmemek için devleti icat etti” demektedir. Bu doğru ancak eksik bir değerlendirme sayılabilir. Çünkü kanaatimizce insanın en büyük keşfi “yasa”, yani hukuktur. Hukukla, insan insana itaat etmek zorunda kalmaz. Böyle olmakla hukuk, bir toplum sosyolojik olarak ne denli çoğul bir yapıyı haiz olsa da onu ayakta tutabilmektedir. Bu nedenle bir ülkede hukukun sosyolojik çoğulculuğa göre parçalanmasına izin verilmemelidir. Bir kurallar ve kurumlar bütünü olarak hukuk parçalanırsa ortada gerçek anlamıyla bir “toplum” ve “devlet” kalmaz.

İşte anayasa, modern hukukun hem dirimsel kaynağı hem motorudur. Anayasa sayesinde siyasal iktidar sınırlandırılır ve erklerin yetki ve etki haritası belirlenir. Fakat günümüzde artık anayasacılık boyut atlamıştır. Artık anayasa, erkler ayrılığı çerçevesinde salt bir “yapısal şart” ortaya koymaz. Aynı zamanda anayasacılığın özünü teşkil eden “haklar şartı” da söz konusudur. Dolayısıyla anayasacılık artık devlet

iktidarının sınırlandırılmasını yeterli görmez, bundan daha çok hak ve özgürlüklerin gerek dikey gerek yatay anlamda genişlemesini ve gerçekleştirilmesini talep eder.

1982 Anayasası mevcut haliyle “hak temelli” bir anayasa değildir. Bu anayasada gerçek anlamda ne “yapısal şartlar” ne de “haklar şartı” söz konusudur. Böyle olunca, ülkemiz gerçek anlamıyla anayasal devlet sayılmamaktadır. Dolayısıyla da 1982 Anayasası ontolojik bir meşruluk taşımakla birlikte aynı zamanda siyasal anlamda hep bir meşruluk krizine sebep vermektedir. Böyle olmakla, gerçekten de ülkemiz yeni bir anayasaya ihtiyaç duymaktadır.

Fakat tam burada, ihdas edilecek anayasanın kimliği ve yöntemi üzerinde kısaca durmak gerekir. Anayasa, formel ve maddi boyutları olan pozitif bir üst hukuk metnidir. Bir normlar bütünü olarak anayasa; erkler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi gibi üst ilkeler çerçevesinde insan onurunu gerçekleştirmeye yöneldiği ölçüde meşru sayılır. Yöntem konusuna gelirsek ise; bir anayasada çoğulcu ve özgürlükçü, yani katılımcı olmak yerine tekil ve otoriter bir yöntem benimsenirse daha baştan anayasa meşruiyetini kaybeder. Çünkü ülkemiz gibi çoğulcu bir toplum yapısına sahip bir ülkede usul yönünden sakat bir anayasanın toplumsal kodlarla buluşması mümkün değildir. Bu sebeple, yeni bir anayasa ihdas edilirken toplumsal farklılıklar dikkate alınarak özgürlükçü bir yöntem benimsenmelidir.

Sonuç olarak, ülkemizin toplumsal olarak kutuplu bir yapıyı haiz olması hasebiyle ihdas edilecek yeni anayasa bir hakem rolü üstlenmelidir. Gerçekten de, çeşitli değişkenler etrafında toplum kesimleri polarize olunabilmektedir. İşte pozitif bir üst hukuk metni olarak anayasa, ideolojiler ve bunların yarışan siyasal talepleri arasında denge sağlayabilmelidir.

Kaynakça

Kitaplar

- Beetham David, “Democracy: Key Principles, Institutions and Problems”, içinde *Democracy: Its Principles and Achievement*, Inter-Parliamentary Union, Geneva 1998, 21-30.
- Lerner Hanna ve David Landau, “Introduction to Comparative Constitution Making: The State of the field”, içinde *Comparative Constitution Making*, Ed. David Landau ve Hanna Lerner, Edward Elgar Publishing, Northampton 2019, 1-27.
- Okşar Mustafa, Yürütme Erkinin Üstünlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Posner Eric A. ve Adrian Vermeule, *The Executive Unbound*, Oxford University Press, New York 2010.
- Shapiro Ian, *The State of Democratic Theory*, Princeton University Press, Princeton ve Oxford 2003.

Makaleler

- Arato Andrew, “Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary: After Success, Partial Failure, and Now What?”, *SAJHR*, C. 26, 2010, 19-44.
- Dworkin Ronald, “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, 2011, 27-39.
- Elster Jon, “Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process”, *Duke Law Journal*, C. 45, 1995, 364-396.
- Esen Selin, “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 4, 2016, 45-73.
- Fallon Jr. Richard H., “The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse”, *Columbia Law Review*, C. 97, S. 1, 1997, 1-56.
- Galleguillos Nibaldo H., “Check and Balances in New Democracies”, *Latin American Studies Association*, Guadalajara Mexico, April 17-19 1997, 1-31.
- Gözler Kemal, “Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa”, <https://www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v1.pdf>, s. 2, erişim 13.08.2021.
- Lijhpart Arend, “Constitutional Design For Divided Societies”, *Journal of Democracy*, C. 15, S. 2, 2004, 96-109.
- Sajo Andreas, “Preliminaries to a Concept of Constitutional Secularism”, *I-CON*, C. 6, 2008, 605-629.
- Sartori Giovanni, “Constitutionalism: A Preliminary Discussion”, *The American Political Science Review*, C. 56, S. 4, 1962, 853-864.

Yücel Bülent, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Hakkında Bir Siyasal Niteleme: ‘Yasamasızlaşma’ Sürecinin Son Halkası”, *Kamu Hukukçuları Platformu*,

https://kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/bylent_yycel.pdf, 1-41, s. 22 vd. erişim 15.08.2021.

Waldron Jeremy, “Seperation of Powers in Thought and Practice?”, *Boston College Law Review*, C. 54, 2013, 433-468.

Bu çalışmaya aşağıdaki şekilde atıf yapılması önerilir:

Semih Batur Kaya, “Türkiye’nin Yeni Anayasa İhtiyacı: İhdas Edilecek Anayasanın Yöntemi ve Muhtevası Üzerine Bir Değerlendirme”,

www.anayasa.gen.tr/kaya-anayasa-ihci.pdf

(Yayın Tarihi: 17 Ağustos 2021).

© Semih Batur Kaya, 2021 (drsemihbatur[at]gmail.com)

Bu makale, yazarı Semih Batur Kaya’nın isteği ve izniyle 17 Ağustos 2021 tarihinde www.anayasa.gen.tr’de Kemal Gözler tarafından konulmuştur. Makalenin tüm hakları ve sorumluluğu yazarına aittir.

Ana Sayfa: www.anayasa.gen.tr

Bu Sayfa: www.anayasa.gen.tr/kaya-anayasa-ihci.pdf

Anayasa.gen.tr’nin Sorumlu Editörü:

Kemal Gözler, E-Posta: kgozler[at]hotmail.com

Bu Sayfanın Sorumlusu:

Semih Batur Kaya, E-Posta: drsemihbatur[at]gmail.com