

# ANAYASAYI YENİDEN YAPMA VE DEĞİŞTİRME ÜZERİNE ANALİZLER

Emin MEMİŞ\*

*Enerjimizi bilime harcayacak yerde, moral bozukluğu ve haksızlıklara karşı birlikte mücadele verdiğimiz Üniversitede, on yılı aşan bir zaman kaybımıza sebep olanları sindirmeye uğraşırken Profesörlüğe müracaat sırasında bizi şok eden ölümüyle sonsuzluğa uğurladığımız ölümsüz can arkadaşım (Anayasa Hukuku alanında uzun yıllar çaba harcamamıza karşın), bölüm değiştirmek zorunda bırakılınca, onun Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesinde yeniden Kamu Hukukunda çalışmaya başladığı yorucu yılların “dost doğru” güzel insanı Doç.Dr.Mustafa YILDIZ’ın aziz hatırasına...*

## Özet

*Türkiye Cumhuriyeti Devleti bir hukuk devletidir. Hukukun üstünlüğü ilkesi ile hukuk devleti ilkesi tam anlamıyla aynı anlama gelir.*

*1982 Anayasası sert (katı) bir Anayasadır. Anayasanın ilk üç maddesi değiştiremez. Değiştirme önerisi de yapılamaz.*

*Türkiye Cumhuriyeti Devletinin en önemli niteliklerini söylersek bunlar, demokratik devlet, lâik devlet, sosyal devlet ve hukuk devleti nitelikleridir.*

*Lâiklik ilkesi, modern Türkiye Cumhuriyetinin temel kavramı veya unsurudur. Ancak lâik devlet ilkesi hakkında sert tartışmalar yaşanmaktadır. Anayasa sadece kurucu ve türev iktidar eliyle değiştirilebilir. Ancak her Anayasa is sonsuz değildir. Kamınca değiştirebilme koşulu, demokratik uzlaşma ile olmalıdır.*

*Özellikle son Anayasa Değişikliği, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK), yargı bağımsızlığı, erkler ayrılığı... hakkında çok eleştiri yapıldı. Kuşkusuz bu Anayasa değişikliğinde erkler ayrılığına karşı da bir Anayasaya aykırılık sorunu oluştu. Çünkü taraflı Adalet Bakanı HSYK Başkanı ve yetkilidir.*

*Yine Anayasa Mahkemesinin yapısı ve yargıç Üyelerinin seçimi de çok eleştirildi. Çünkü seçim ve yapılanma hükümetin yararına idi.*

**Anahtar Kelimeler:** 1982 Anayasası, Laiklik, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Seçimi

\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Öğretim Üyesi

**ANALYSES ON THE CONSTITUTION CHANGES AND CREATE A NEW  
CONSTITUTION**

**Abstract**

*The Turkey Public is the rule of law (supremacy of law). The principle of the superiority of law is synonym in the full sense of the word with the rule of law.*

*The 1982 Constitution is hard constitution and first three articles are can not change. Also a change proposel can not do.*

*If we say, the most important qualites of the Turkey Public; these are secular, democratic, social and the rule of law .*

*The secularism is a basic consept or element of the modern Turkey Public. But there are hard discussions about the secular state principle.*

*Constitution can be changed by the basic and derivative power. But the each constitution is not never-ending. I think, the change condition must be with the democratic agreement.*

*The orders which about of the last constitution changes and the new structure of Sperior Commission of the Judges and Public Prosecutors especialy were much criticized. Besides the judgement independence and the powers divison were crizided. Certainly the powers division of constitution was breached and a oposition problem was became against to the powers division of constitution. Because, having sides the Minister of Justice was the Chairman of the Comission and was competented.*

*The election of the Constitution Court Members was also much criticized. Because new the structure of the Constitution Court and the election of the Judge Members was useful for the government.*

**Key words:** *The 1982 Constitution, The Secularisim, The Superior Commission of the Judges and Public Prosecutors, The Election of the Constitution Court Members,*

**1- Yürütmenin Uygulamada Görülmeyen Bir Anayasa Önerisi Hazırlattırması ve Türk Milleti Projesi Bazında Bazı Kavramları Hatırlama**

22 Temmuz 2007 Milletvekili Seçimi ve Cumhurbaşkanı seçimlerinin hemen arkasından Adalet ve Kalkınma Partisi(AKP) iktidarınca anayasacıardan oluşturulan bir kurula “**sivil anayasa**” ( Anayasa Hukuku kuramında olmayan bu terim nerden çıktı? Deyimi kullanılabilir kabul edersek, öyle

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

veya böyle darbe mahsulü 1982 Anayasası da halk oyuna sunulup sivilleştirilmedi mi? Sivillerin yaptığı kastedilen ama askerlerin dışlandığı Anayasa mı? Asıl olan Anayasa kuramı bağlamında hazırlanmış bir Anayasa değil mi? ) taslağı önerisi hazırlattırılmış ve değiştirilmek istenilen LÂİKLİK ilkesi bağlamında “**din ve vicdan özgürlüğü**” hükmünde (md.24) önemli değişikliklere gidilmiştir ( Bu konuya aşağıda dönülecektir).

Yeni bir Anayasa yazdırma önerisini hazırlattırma istemi, seçim öncesine (8 Haziran 2007) rastlar.

CHP'nin Cumhuriyet Dönemi seçim tarihimize tek parti iktidarından çok partili yönetime geçme denemesinde; Demokrat Partinin 1950 seçimlerinde %53.35 oy oranıyla BMM'nde %83.57'lik temsil yetkisine ulaşması ve çok önemli bir çoğunluğu yakalamasından yarım asır sonra; bu kez, AKP'nin seçim tarihimize ikinci kez % 47 oy alma oranına ulaşmasıyla meclisteki temsil oranını %60'ın üzerine çıkarırken; 2/3 çoğunluğa (357 milletvekili) yaklaşan Meclis gurubunun oluşturduğu **yürütme erkinin** her kesimce 1982 Anayasasına sıkça yapılan eleştirilerden ötürü yeni bir Anayasa yapma önerisi ile ilk plânda devleti yeni bir bakış açısıyla ele alması yanında; oylarını arttırmayı amaçlaması ve yeniden seçimi kazanma varsayımını güçlendirme gibi görüldüğü de söylenebilir. Dolayısıyla AKP iktidarı, yeni bir Anayasa yapma girişim önerisinin öngördüğü değişikliklerle yeni bir yaklaşım denemesi düşüncesinin de ipuçlarını veriyordu.

Ancak Anayasanın değişmezlik yasağı maddeleri (md.1- 4) karşısında, kamuoyu ve muhalefetin sesinin yükselmesiyle olacak ki, iktidarın hazırlattığı bu taslak gündemden düşürülecektir.

Lâiklik ilkesinin Türkiye Cumhuriyeti sisteminin birincil temel dayanağını oluşturduğu gerçeği 1923'den beri yinelenen gelmiştir. Hazırlattırılan Anayasa Kurulu önerisinde, değiştirilemez anayasal lâiklik tanımında yeni bir yaklaşım denendiği için bu başlıkta birkaç söz söyleme gereğini duydum.

Atatürk, Cumhuriyetin ilânının ardından, Cumhuriyetimizin dayandırıldığı ilke ve devrimlerin içerdiği rejimi yüksek sesle seslendirirken, kurulmak istenen rejimi; “**bağımsızlığı, ulusal istenci esas alan bir devlet, akıl ve bilimin öncülüğünde sürekli çağdaşlaşmayı ve LÂİKLİğİ öngören bir dünya görüşü**” olarak tanımlamış ve kalıplaşmış ideolojileri, dünyadaki değişim ve gelişimleri sınırlayacağı için eleştirmiştir.

Demek ki: Atatürk'ün yol haritasını simgeleyen bilim ve akla dayalı değişim ve gelişimi dayanak yapma düşüncesi, kalıplaşmış ideolojilere bir alternatif oluşturmaktadır. Kuşkusuz buradaki **akıl ve bilimin öncülüğünde ki sürekli çağdaşlaşma ve lâikliği** öngören, bağımsızlık ve milli iradeyi esas alan devlet projesi eğrisini besleyen değişmezlik kalıbı ise, bilim ve akıl düzenidir. Başka anlatımla bilim ve akıl pınarının sonsuza değin kurumasını önlemek veya akmasını sağlamak ya da bu değişmezlik parametresinde düşünce ve ifade özgürlüğü kanalını hep açık tutmaktır.

Demokrasinin olmazsa olmazı **lâiklik** ilkesinin dünyadaki ve ülkemizdeki gelişim eğrisini incelemek konumuz olmamakla birlikte; bu ilkenin, Anayasanın değişmez-değiştirilemez ilkelerinden (md.2) en önemli bir ayağını oluşturduğunu işaretlemeliyim. Zaten Anayasanın birçok hükmünde bu konuya yönelik öngörüler durumu yansıtabilir.

**Batı Demokrasisi**, Helsinki Bildirisi'nde yinelenen **hukukun üstünlüğüne** dayanır. Başka ifadeyle hukuk devleti ilkesi ile özdeşleşmiş bir demokrasidir. Hukuk devleti koşullarında biri olan "**erkler ayrılığı**" koşulu, **1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi**'nin 16.maddesinde yer alır: "**Hakların güvence altına konulması sağlanmamış, kuvvetler ayrılığı belirtilmemiş olan toplumlar asla Anayasaya sahip değildir**".

1982 Anayasası 2.maddesinin değiştirme yasağı konulan Cumhuriyetin **lâiklik** koşulu için önem taşıyan ve hukuk devleti niteliği olan **erkler ayrılığı** koşulunu da ilgilendiren son Anayasa değişikliklerindeki Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) ve Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Seçimi hakkındaki değişiklik hükümlerinin Halkoyuna sunularak değiştirilmesi konularında, çoğulcu demokrasi anlayışı ve Anayasa kuramı bazında (bir Alman örneğine de değinerek) bir sonraki başlıkta değerlendirilecek kurma **işlevinin** öneme dikkat çekilmek istendi.

Atatürk'ün dünya görüşünün unsurlarından biri olan **lâiklik** ilkesi, akılcılık ve bilimciliği esas aldığına göre, yazıldığı gibi pozitivist bir yaklaşımı simgeler. Bu anlayış, din düşmanlığı değildir. Akıl ve bilimin yürüteceği devlet işlerine dinin karıştırılmaması, dinin ve dini inançların politikaya alet edilmemesidir. Esasen Atatürk zamanında dini bayram günlerinin resmi tatil yapılması, camilerin ve din adamlarının devlet içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığının himayesine konması, dine saygılı bir **lâiklik** yaklaşımını sergiler. Çünkü din saygıdeğer bir toplum kurumudur.

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

Türkiye’de ulusal devletin kurulmasını sağlayan süreç, ulusal bağımsızlık ve egemenlik savaşıdır. Başka söylemle “Kuvayi Milliye Ruhu”dur. Öyleyse Anadolu Ulusal Kurtuluş Mücadelesi “**hem bir kurtuluş, hem bir kuruluş**” savaşıdır. O nedenle, KURULUŞ sürecinin koşullarından birisi, “**politikada, hukukta, kültürde ve yaşayışta Batılı, lâik bir toplumun meydana gelmesi**” idi.

Bugün Avrupa Normunu benimsediğimize göre, modern devlet yaklaşımıyla Anayasayı yeniden yapma veya değiştirme noktalarındaki bakış açımızı; ancak doğru sayılabilen Anayasa gelişim eğrisine, evrensel hukukun genel ilkelerine ve değiştirilemez demokratik, lâik ve sosyal hukuk devleti bağlamında gerçekleştirebiliriz. Anayasa, bir sosyal sözleşme niteliğini içerdiği için onun yapımında elverdiğince yüksek bir “mutabakat” da sağlamalıyız. Anayasa herkesin-toplumsal zinde güçlerin katılacağı bir yöntemle yapılabilir. Anayasanın değiştirilemez dediği demokratik devlet ilkesi de bu anlayışı simgelemiyor mu? Ancak mevcut Anayasa bazında değişmezlik yasakları saptamışsa, bu yasaklara uymama lüksü olamaz. Dolayısıyla demokrasiyi esas alacaksa, Anayasayı değiştirirken **millet, vatandaşlık, milli kimlik, lâiklik**... kavramları keşişmesinin Anayasa kuramında önemli yeri olduğu da unutulmamalıdır.

### “ANAYASAL VATANDAŞLIK” BİR ÜST KİMLİK Mİ?

Gerçekten “**Türkiye Cumhuriyetini kuran Türkiye Halkına Türk Milleti denir**” (Ki: Buradaki ‘**Türk Milleti**’ terimi, bir MİLLET projesini simgeler ve etnolojik bağlamda etnik kimliklerin ötesinde bütün vatandaşları kucaklayan ve tümleştiren temsili nitelik içeren ve etnolojik ana kimlik anlamına gelen **üst kimlik**, siyasal bazda da ‘**milli kimlik**’ olmayı simgeler. Örneğin günümüzde genelde kabul gören ‘**milli kimlik**’ - bizde ‘**Türklük**’ - devletin kurucu egemen ögesini yansıtırken, Fransa halkının ‘**milli kimliği**’ olan ‘**Fransızlık**’; Fransa’nın kurucusu olan ve kuruluş aşamasındaki % 40 çoğunlukta egemen öge olan **Franklar**’ın kimliğidir) tanımlamasını veren Atatürk, “millet” tanımını subjektif kuramla yansıtır ve Türkiye’nin milli kimliği de yüzdesi Fransa’yı katlayan (kendini Türk olarak hissedendenlerin sayısı %90), egemen öge kurucu milli kimliğe dayandığı görülebilir.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> ELEKDAĞ, “Türkiye’nin Üst Kimliği Türk’tür, Türk Milletidir”, *Cumhuriyet*, 9 Ocak 2010.

Oysa uzun bir zamandan beri dillendirilen **vatandaşlık** ( ‘**anayasal vatandaşlık**’ ) kavramını bir üst kimlik olarak yansıtılması ya da böyle bir algı-lama, tarih, hukuk ve bilim bağlamında tutarsızdır denilebilir. Çünkü **vatandaşlık algısı** ulusal bir söylemdir. Bireyleri ulusal kimlik bilinci ve ulusal-lıkla özdeşleştirme yaklaşımını içerir. Başka ifade ile VATANDAŞLIK fark-lı anlamları veya yaklaşımı belirtmez. Dolayısıyla vatandaşlık bir üst kimlik derecesiyle anlatılamaz. **Vatandaşlık kurumu, millet gerçeğinin temel da-yanağıdır. Üst kimlik, siyasal ve sosyal bir olgu** olarak millet (ulus) kav-ramı ile belirtilebilir. Vatandaşlık, Anayasamıza göre Osmanlı’da görülebile-ceği üzere dinsel temele dayandırılmaz. O nedenle üst kimlik ölçütü hukuk-sal bir statü ile değerlendirilemez. Millet, subjektif tanımla, ortak bir harsa sahip olmayla oluşur. Başka ülkelerde olduğu gibi Türkiye’de de üst kim-liği Türk Milleti simgeler. Kuşkusuz Türk Milleti terimi, Anayasanın temel niteliklerine(md.2) bağlı bulunmaktadır. Millet kapsamında etnik-alt kimlik gurupları olabilir. Bunlar Devletler Hukuku Sözleşmelerinin saptadığı azın-lık kümelerinin dışında Türk Milletinin “mütemmimleri”dir. Türklük Türk Milletinin özelliği, sıfatıdır. Türkiye üniter-tekil bir devlet kuramına giren bir yapılanma-devlettir. Atatürk’ün anılan tanımıyla “Türkiye Halkına Türk Mil-leti denir” ifadesinin sonucu, subjektif millet tanımını kavrar. Üstelik ortak istence-kültüre dayalı millet tezi, modern bir yaklaşımın ürünüdür ve geçmiş deneyimlerden yol alır. Gelişimci, akılcı yöntemleri esas alır. <sup>2</sup>

Kuşkusuz “**milli devlet**” Batının malıdır ve “millet”(ulus) kavramı bu devletin temel unsurudur. Bu cümleden olarak **lâiklik** üzerinde ne denli tartış-malar yaşanmış olsa da millet kavramının asıl enerji kaynağı **LÂİKLİKTİR**. Söylendiği gibi “**Demokrasi lâiklik olmadan kurulamaz ama demokra-si olmayan rejimlerde lâiklik olabilir**”. Anayasanın Başlangıç öngörüsü ile (“hürriyetçi demokrasi” ) denebilir ki, kastedilen Batı Demokrasisi’nin üretti-ği **ayırım gözetmeyen eşitlikçi vatandaşlık kurumunun bir demokrasi için olmazsa olmazı** ya da siyasal harcı veya milletin çimentosunu, hiç kuşku-suz **lâiklik** temeli simgeler. Demokraside “discrimination” yasağı, vatandaş-ların eşitliğine, başka anlatımla eşit muamele etmek (to treat without discrimi-nation) fikrine dayandırılmıştır. Dolayısıyla inanç veya inançsızlıkta **pozitif lâiklik** yaklaşımı öne çıkmaktadır. Bu bağlamda insan hakları belgelerin-de izlenebileceği üzere bireyin din ve vicdan özgürlüğü (Tanrı ile arasında-ki bağ) güvenceye kavuşturulmuştur. Dolayısıyla pozitif mevzuatla çalışan

<sup>2</sup> AKGÜNER, **Kamu Personel Yönetimi**, Der Yayınları,2009,s.81(dipnot 131).

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

biz hukukçuların Anayasanın birçok maddesine konulan bu enerji kaynağının analizini, kurucu babaların iradesinin objektif ve subjektif yorumlarını, diğer anayasa yorum yöntemlerine de dayandırarak, tüm yorum yöntemlerini, daha sı geleceğin olması gerekenini, bilim süzgecinden geçirerek yapmak zorundayız. Bunu yaparken hukukçunun Helsinki kıstası hukukun üstünlüğü tezi öne çıkmaktadır.

Hazırlattırılan Anayasa Kurulu önerisi önemli değişiklikler getirince, normal zamanlarda sert bir Anayasa olan 1982 Anayasasının değiştirilmesi sorunu, sert tartışmalara neden olur. Dolayısıyla bu ikinci başlıkta kurma işlevi üzerinde durulmuştur.

### 2- Anayasa Yapma Kuramında Kurma İşlevi Sorunu

#### a) Kurma İşlevi

Gerçekten **kurma işlevi** Anayasa yapma kuramında önemli bir sorundur ve iki farklı konumu yansıtır: **Birincisi**, bir “**hukuki boşluk**” ortamının doğmasıdır. Bir devlet yeniden kuruluyorsa ya da eski bir devlet varlığının yerine yeni bir devletin kurulması söz konusu ise, doğmuş olan “hukuki boşlukta” kurma işlevi olgusu birinci farklı konuma örnek oluşturur. Fransız Devriminin yıktığı Monarşinin ardından, karşılaşılmış olan sorun “**hukuki boşluk**” sorunu idi. Osmanlı Devletinin çökme evresini hazırlayan **dış dinamik ihlâli**<sup>3</sup> de yasama, yürütme ve yargı alanlarında benzeri boşluk üretecektir. **İkincisi** ise, devletin temel kurallarını saptama işlevi sadece birinci durumla oluşmaz. Oluşan ilk örnekteki “**hukuki boşluk**” dışındaki bir hukuki ortam da bir kurma işlevi olarak yansıyabilir. Bu tür kurma işlevi girişiminde konulan yeni temel kurallar da Anayasanın öteki kurallarıyla eşit konumdadır ( 1982 Anayasasının başlangıcı ve 1-4.maddeleri diğer maddelere bir hiyerarşik kafes oluşturur, görüşü de ağır basar)<sup>4</sup>. Diğer ifadeyle, “**hukuki boşluk**” içinde konulmuş kurallarla ya da yapılmış Anayasa ile sürdürölen düzen kurallarının uygulanması sürerken, konulacak olan yeni temel kurallar da eşit nitelikli kurallardır. Dolayısıyla iki farklı “**kurma işlevi**” temel kurallar üretme işlemlerinde, “**kuruculuk**” olgusu bulunur.

<sup>3</sup> MEMİŞ, **Milli Mücadelenin Hukukileşme Süreci**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999, s.25-27, 136-144.

<sup>4</sup> Karşılaştırınız: BVerfGE, 1,14(19); 30,1(19); MÜLLER, **Juristische Methodik**, Berlin 1971 und 1976 (2.Auflage), s.155-157; EROğUL, **Anayasayı Değiştirme Sorunu: Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi**, Ankara 1974, s.161 vd.; YAYLA, “Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü”, **Hıfzı TİMUR’un Anısına ARMAğAN**, İstanbul 1979, s.973 vd.; MEMİŞ, **Anayasaya Uygun Yorum**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2007, s.54-56.

Anayasa kuramında “**hukuki boşluk**” bağlamında oluşan “**kuruculuğa**” ‘**asli kurma işlevi**’; mevcut süren düzende gerçekleştirilen “**kuruculuğa**” ise ‘**türev kurma işlevi**’ denmektedir.

Özetle bir devletin Anayasasını yapma ve değiştirme olgusuna( temel siyasi yapıyı kurma işlevi) “**kurucu iktidar**”(meclis-i müessisan), kurucu iktidarın yaptığı Anayasanın içerdiği rejimi uygulama ile görevlendirilen iktidara da literatürde gözlenebildiği gibi “**kurulmuş iktidar/ türev iktidar**” denir. Bu iktidar olgusu, onu kuran kurucu iktidarın koyduğu sınırlar içinde işlev görür.

“**Asli kurma işlevi**” hukuk dışı bir fenomendir. Çünkü fiili iktidarı eline almış olan sosyal güçler, kuracağı yeni devlet rejimini simgeleyecek olan Anayasayı yaparken, onları bağlayacak olan pozitif bir hukuk normu bulunmamaktadır. Ülkede ihtilâl, darbe, parçalanma veya yabancı bir güç veya güçlerin işgali durumunda oluşacak olan “**hukuki boşluk**” durumunda yapılacak olan yeni bir Anayasayı yapan güç veya güçler dengesinin; “asli kuruculuk” misyonu özelliği ile konulacak olan temel yeni normların; eski bir temel kural veya kurallara dayandırılma olanağı yoktur. Bu tipik durum yeni devlet kurma projelerinde izlenebilir.

İşte “**kamu gücünü**” de facto elinde bulunduranlar (=’kurucu babalar’), felsefi görüşlerine göre yetkilerini “Allah’tan”, “Tarihten” , “Milletten” ya da “Sınıftan”... almış olduklarını herkese duyurabilirler. Ancak kendileri iktidarlarının hukukunu ürettiği için, yapmış oldukları işlemlere “**hukukilik**” kazandırabilecek daha eski bir hukuk mevcut değildir. Bu bağlamdaki “**kuruculuk**”, “**hukuk dışı**” bir form olarak gözlenmektedir. Bu tür bir hukuk dışılık, bir “**değer yargısı**”(Werturteil) değildir. Örneğin belirli bir girişim hukuk dışı olabilir. Ancak ülke yararına da olabilir.

**Bir Örnek:** Sivas Milli Kongresi “**idare-i muvakkatesi**”nin (Anadolu ve Rumeli Müdafai Hukuk Cemiyeti Heyet-i Temsiliyesi / Bund zur Verteidigung der Rechte Anatoliens und Rumeliens) İstanbul’un işgali ve Meclis-i Mebusan’ın kapatılması, yürütme ve yargının felç olmasıyla doğan hukuki boşluk ortamında (Kanuni Esasi’de karşılığı olmamasına karşın), “**asli kurma işlevi**” bazında Anadolu’da yönetime el koyması (potansiyel iktidar girişimleri, iktidara **de facto** el koyma hali), siyasal kesintiyi tamamlayan yararlı bir olgudur.



## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

Yine Fransa'da **de Gaulle**, bir iç çatışmanın eşiğinde çözüm bulmak için devlet başkanını halk seçsin diye (Anayasada hüküm olmamasına karşı) hukuk dışı bir işleme Halkoylamasına (1962) gider. Ama Fransız Anayasa Konseyi'ne göre mevcut sistem içinde bu olanaksızdır. Burada **de facto** olarak "**asli kurma yetkisini**" kullanma ile Anayasayı değiştirme söz konusudur. Bu gelişimin, halkın yararına olduğu için çoğunlukta olan Fransız düşünürlerince savunulduğu görölmüştür ( **Ama şu soruyu da sormamak gerekir: Halkın yararını belirleyecek bir altın vuruş nesnel bir biçimde nasıl gerçekleşebilir? Düşünceler çatışmasında ulusun ve bireyin yararını üretebilecek düşünce, politik egoizmden nasıl sıyrılacaktır?** ) Hukukun ezeli olmadığına bakılırsa, hukuk dışı (gün gelir "sırat köprüsü" misali) **de facto** bir işlemin sonuç olarak hukuki olabileceği söylenebilir.

Tarihimizde 27 Mayıs askeri girişimi yürürlükteki kuralları çiğnemiş ama hukukiliği tartışılması yok denecek kadar az olan 1961 Anayasasını üretmiştir.

"**Asli Kurucu İktidarın**" kuruculuğunun sınırsızlığı hukuki formda değil, sosyolojik formatla açıklanabilir. Esasen bu kavram hukuki değil siyaset bilimi konusudur. Kurma işlevini toplumsal paradigmalara sınırlayabilir. Güçler dengesi kurma olayında etken olabilir. Denebilir ki, asli kurma işlevinde yasal devamlılık kesilmekte ama hukuksal **devamlılık** sürmektedir.

Nihayet bu cümleden olarak hukuksal devamlılık kesintiye uğratılmadan 1982 Anayasasını toptan değiştirip yeni bir Anayasa yapma olayını başarabilmek olanaklı kılınabilir. Anayasa yapma kurma işlevine dayandırıldığına göre, mevcut siyasi ve toplumsal iktidarı elinde bulunduranlar, **de facto** bir hukuk dışılık eğrisinde uzlaşma sağlanarak, örneğin bir kurucu meclis oluşturma ya da mevcut Anayasa Komisyonunun yeni bir Anayasa yapma hazırlığına bir biçimde tüm toplumsal zinde güçleri katarak oluşturulacak yeni Anayasanın meşruiyet mahsulü olabileceğini savunma olanağı savunulabilir. Ancak bu yolda yürümeyi düşünme dileğinin gerçekleşmesini sağlamak, politik egoizmden kurtulmayı, siyasi sağduyu ve kültür olgunluğunu gerektirmiyor mu? Burada en zor sorun, değişime ayak uydurmadaki hazım sorunudur. Toplumsal hazım gerçekliğidir. Diğer söylemlerle, sosyo-politik direnç karargâhlarını dengeye ulaştırmak, uzlaştırmak, bir demokrasi kültürünün varlığıyla paralel görölmektedir. Ne olursa olsun, Anayasa duraganlığı ile toplumsal gerçeklik arasındaki açığı kapatmak kaçınılmazdır ve çözümün ilâcı da çoğulcu demokrasinin gereği olan **çoğunlukçu anlayışla, azın-**

**lık anlayışının** kamu iyiliğini gerçekleştirmede bir uzlaşma süzgecinde birleşmesidir.

Soyut bir milli irade yanılmazlığının kamu iyiliğini simgelediği yaklaşımının matematik ispatı yapılamamıştır. Dolayısıyla 1961 Anayasasıyla ilk kez geçtiğimiz **çoğulcu demokrasi** yaşamını sağlamanın asıl dayanağı, bilim ve akılcılığın öncülüğünde önce mevcut siyasal aktörlerin uzlaşmacı kültüre sahip olması yanında eşit yurttaşların katılımını sağlayan uzlaşma ortamı eğitime dayalı bir toplum oluşturmaktır. Mevcut Anayasa ile devam etmek zorunluluğu vardır.

Çözümsüzlük durumunda yargı gücü; içthatlarıyla çelişkileri aşmak için teknik hukuk yöntemlerini kullanma ile adaleti sağlamak için mevcut mevzuatımızın boşluklarını kendi içinde ve katıldığımız Avrupa normu bağlamında kapatmaya çaba gösterecek; birey-toplum dengesini kurmaya, demokrasi rejimine sahip olmamız nedeniyle temel hak ve özgürlükleri somutlaştırarak sürdürülebilir devreyi tamamlama işlevini doğal olarak yerine getirecektir.

**b) Sınırsız değişim eğrisinin sınırsızlığını sağlayan sınırlı organlar eğrisi**

1982 Anayasasının TÜREV İKTİDARI (=’kurulmuş iktidarı’) ise ancak Anayasanın koyduğu ölçütler bağlamında (md. 4,175/1) kurma işlevi kullanılarak Anayasayı değiştirebilir. Başka söylemle, Anayasanın 4. maddesi bazında, ilk 3 maddesinin değiştirilmesi dahi önerilemez. Öyleyse TBMM’nin ilk 3 maddeyi değiştirme yetkisi Anayasa ile elinden alınmıştır. Üstelik 4. maddede kaldırabiliriz görüşünü savunma da kurucu iradeyi dikkate almama anlamına gelir. Yetki tecavüzü olur. Ancak bu durum sonsuz mudur?

**Doğal hukuk kuramı** Anayasanın değişmesini savunmaz. Ortada olan bir “içtimai sözleşme” ancak toplumsal oydaşmayla-oybirliğiyle değişebilir.

Anayasanın değişmesini savunan bir anlayışa göre de **Anayasa** ile “**sosyal gerçeklik**” arasında açık vardır. Çünkü Anayasa **durağan** diğer “**sosyal gerçeklik**” ise **dinamiktir**. Değişim kaçınılmaz olduğuna bakılırsa, ayak uydurma da önem kazanır.

Yine üretilen “**yeni kuşak kuramı**”, eski kuşak iradesinin yeni kuşakları bağlamayacağını ileri sürer. **Dünya nimetlerinden ölümler değil, yaşayanlar ancak yararlanabilir**. Öyleyse Anayasalar değişmek zorunda kalabilir, değişebilmelidir.

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

Gene Anayasa konsepti, “**değiştirme**” olgusunu kavrar. Değişmezlik ulusal egemenlikle bağdaşmaz. Anayasa geleceği plânlamadır ama bunun zorluğu da gözlenir. Dolayısıyla Anayasaları değiştirmenin bir zorluğu olmamalıdır. Anayasayı değiştirmede bir zorunluluk doğarsa ne olacak sorusu sorulabilir. Bunun yanıtı, kanımca değişim isteminin bilimsel ve kalitesine bakmakla verilebilir. Asıl olan ileriye dönük değişimleri algılamalıdır. Örneğin Alman Anayasasının saydığı özgürlüklerde olduğu gibi (ki, bu özgürlükler ölçü norm olarak benimsenir) genelde oйдаřma sağlanmış bilimsel doğruluğu benimsenen kavram ya da hükümlerin üzerindeki değişim aynı doğrultudaki gelişimi kavramalıdır. Yasaklamalar hukuk dışı yolları besleyebilir. Anayasa değişiklik isteği ampirik zorunluluk olarak görülebilir. Ama ne olursa olsun toplumun zinde güçleri ileriye dönük değişimlerde uzlaşmalıdır.

Türev iktidarlar, Anayasayı gereksinim olarak değiştirebilir. Ancak çoğulcu demokrasilerde, azınlık fikirlerin de muhterem olduğu unutulmamalıdır. Ki: Bu durum uzlaşmanın bir felsefe taşı ürettiğinin göstergesi olabilir.

Nihayet doktrinde çeşitli görüşler izlenir ve “aslı kurucu iktidarın” da sınırlı olduğunu düşünmek (sınırsız olduğu görüşü yanında), daha yakın gelmektedir. Çünkü örneklendiği gibi, “**Kanun diye, kanun diye, Kanun tepelendi**” dizesinin yansıtmak istediği ana fikrin yanında; “**Kralın üzerinde Allah vardır ama bundan sonra Kralı Kral yapan temel olarak kanun gelir**” sözü de bir gerçeğe dikkat çekmek isterken, kurma işlevi veya kurucu bir organın da sınırlı olduğunu düşündürmektedir.

**Sınırsız değişim eğrisinin sınırsızlığını sağlayan sınırlı organlar eğrisi** de önemli yapılanma taşlarıdır. Gerçekten Kralı Kral yapan gücün kaynağına dokunursanız Anayasanın değerini sınırlamış olursunuz. Özetle kurucu iktidar kendini bir “taahhüd” altına sokarak işler. Ve pozitif hukuk zemininde bir “meşruluk” sorunu doğar. O nedenle **de facto** iktidar zeminini kullanma ve kabul bulma, meşruluğu benimsenen programlara paralel davranma sorununu da getirir. Yaşamasını Anayasaya borçlu olan “kurulmuş iktidar yapılanması”nın da bir kurma işlevi yerine getirirken ( başka söylemle Anayasayı değiştirme hakkını kullanması), özellikle sert Anayasa olan 1982 metninin ilk üç maddesinin değişmezlik yasağının ebedi olmadığı, ancak toplumun zinde güçleri arasında çağdaş yaklaşımlar bazında bir oйдаřma zorunluluğunun da kaçınılmaz olduğuna vurgu yapmalıyız. Yoksa çoğunlukçu demokrasi yaklaşımında, matematik ispatı bulunmayan “çoğunluk kamu iyiliğini ister”

söylemiyle “milli irade her şeyi yapar” sonucuna ulaşma yanılığısına düşmek gereği vardır.

1982 Anayasasının değişmezlik kapsamına aldığı normların, eleştirilse de bugün AB Normunun (özellikle ulusalüstü AİHS’nin) birlik üyelerine pozitif yükümlülük getirdiği (md.1), dolayısıyla hukukumuzu programlamak istediği açık olup çağdaş anayasal devlet normları olarak değişmez çerçeveye alınan hükümlerin (demokratik, lâik, sosyal, hukuk devleti ) en ileri yaklaşımları simgelediği savunulabilir. Bilindiği gibi AİHS ile mevzuatımızda bir çatışma olursa, sözleşme hükümleri uygulanacaktır(md.90/son)

Belki resmi devlet ideolojisinin değişmezlik kapsamına alınması ( zaten Anayasa resmi ideolojiyi simgeler) eleştirilebilir; ama, Türk Devrimini oluşturan temelleri atan Birinci TBMM Kurucu İktidarının geleceğe dönük “muasır medeniyet” paradigmasını esas aldığı düşünülürse ya da Anayasanın okullarımızda ATATÜRK İLKELERİ diye okutulan ilkeleri esas aldığı varsayımı üzerinden hareket edilirse; ki, bu ilkelerin bugün ve gelecekte barışçı, çağdaş, pragmatik, akılcı, realist, bilimsel ve hümanist bir yol çizdiği ve hedeflenen muasır uygarlık üstüne çıkma yol haritasında kabul gören ilkeler olduğu görülebilir. Öyleyse kurma işlevi yapacak olan “kurulmuş iktidarın” anayasanın üstünlüğü olan hukuk devleti bağlamında uygulama yapmayı gözetmesi ve çağdaş uygulama örneklerini esas alarak ve ancak uzlaşarak toplumsal zinde güçlerle ileriye dönük anayasal değişimlere gidebilmelidir. Türkiye Cumhuriyeti Batı Demokrasisini(Anayasanın Başlangıçta ifade ettiği özgürlükçü demokrasi) esas alarak yapılandığına göre, türev iktidar, hukukun üstünlüğü ve uygar hukuk kurallarının gereği olarak her zaman anayasalandırma yapabilecektir. Kuşkusuz bunun yolu, yineleme pahasına eğer çoğulcu demokrasiyi seçmiş isek, uzlaşma kültürünü yoğunlaştırmadan geçecektir.

### **3- Karşılaştırmalı, Kurma İşlevli Sert Anayasal Hükümler ve Anılan**

#### **Anayasa Kurulu Taslağındaki Lâiklik Düzenlemesi Sorgusu**

Alman Anayasasının “**Anayasal İlkeler; Direnme Hakkı**” başlıklı madde 20/4. fıkrası, rejimin değiştirilemeyeceği öngörüsüyle, bizim Anayasa gibi katı bir yaklaşım sergiler: “**Bu Anayasa düzenini ortadan kaldırmak isteyen herkese karşı, başka bir olanağın bulunmaması durumunda tüm Almanlar’ın direniş hakkı mevcuttur**”(GG 20/4).

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

Bu Anayasanın “**İnsan Onurunun Korunması**” başlıklı 1. maddesinin 3.bendi ise şöyledir: “**Aşağıdaki temel haklar (2-20.maddeler), doğrudan geçerli haklar olarak yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlar**”.

Özellikle “**her kimse**”, 18.maddede sayılan özgürlükleri (“düşünceleri açıklama, basın, eğitim, toplanma, birleşme, haberleşmelerin gizliliği, mülkiyet hakkı, sığınma hakkı”), “**özgür demokratik temel düzene karşı mücadeleye amacıyla kötüye kullanılırsa**”; kötüye kullanan kişiler, Anayasa Mahkemesi kanalıyla sayılan bu özgürlüklerini kaybedebilir. Bizim Anayasa Mahkemesinin de bir bireyin özgürlüğünü kaybetmesi yönünde bir karar alma yetkisi olsa nasıl tepkiler alırdı ?

Mevcut Anayasamızın kuşkusuz içinde özgürlükler dahil “Anayasa kuralları herkesi bağlar” emrinin yanında, “değiştirilemez” yasağı getirilen ilk üç maddesinde de devletin düzeni çerçeveye alınırken 2.maddenin öngördüğü “**lâik**” sözcüğü tanımlanmamış ve uygulamada 24.madde ile diğer ilgili hükümler bağlamında yüksek mahkemelerce işlenmiştir.

Almanya’da vurgulanan temel hak ve özgürlükler kataoloğunun yasama, yürütme ve yargı makamlarını bağladığı gibi, ülkemizde de Anayasa kuralları ve Anayasa Mahkemesi Kararlarının Anayasa bütünlüğü kapsamında, yasama, yürütme, yargı makamlarını ve herkesi bağladığı (md.11,138,153/son) açıktır. “**Bağlar**” sözcüğü, kuşkusuz ölçü normları içerir. Bu bağlamda bir hukuk devletinde normlar kademelenmesinde Anayasa, pramidin en üstünde olduğu ve altında bulunan tüm kuralları programladığına göre, yasamanın kural koymadaki tüm girişimleri ( yasama bağımsızlığı ), ancak Anayasaya uygun bir biçimde gerçekleştirilebilir. O kadar ki, türev iktidar Anayasaya uygun olmak koşuluyla kural koyabilir ve bağımsızdır. Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına göre ( ki, yabancı Anayasa Mahkemeleri de örneklenebilir), iptal olunan bir yasa veya bazı hükümlerini, yasama yeniden aynı doğrultuda çıkaramaz. Dolayısıyla türev iktidar, Anayasa değiştirirken Anayasanın değiştirilmesi önerilemez maddeleri dışındaki maddelerinin değiştirilmesinde dahi yapabileceği bir değişimle, ilk üç maddenin kurduğu anayasal düzeni dolayısıyla değiştirici boyutlar üretemez.

**Hazırlattırılan Anayasa Önerisinin “Lâiklik” değişikliğine gelince:** Lâiklik, Türk Devriminin temel harcıdır. Son 200 yıldır önemli tartışma konusu olmuştur. Çünkü temel çıkış noktası bazında “**Doğu, inanıyorum o halde varım; Batı, düşünüyorum o halde varım**” karşılaştırması, sorunun ne denli

önem taşıdığını göstermektedir. Kuşkusuz her iki felsefe taşı önemlidir. Ama düşünce pınarı şiddetten arındırılmış bir biçimde hep açık tutulmalıdır gerçeği de çok önemlidir.

Anayasanın mevcut 24.madde düzenlemesi, 14.maddeye yollama yapmakta, oysa **kurul önerisi** bu yollama fikrasi (md.14/2) kaldırmaktadır. Bilindiği gibi bu madde **hakların kötüye kullanılmamasını** saptamaktadır. Kötüye kullanılmama nedir?

Kuşkusuz Anayasanın II. Kısım Genel Hükümler başlığında 14.maddenin yapmak istediği<sup>5</sup>, anayasanın kurduğu devlet düzeninin Cumhuriyet kazanımlarını (üniter devlet, lâik Cumhuriyeti... gibi) güvenceye bağlamaktır. Öneride “gereksiz tekrar” diye 2.fıkraya yapılan yollamanın kaldırılmasıyla 13.maddenin vurgu yaptığı “...**yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak... kanunla sınırlanabilir**” maddesini dikkate alınmadığı görülebilir. Oysa Anayasanın adı geçen II. Kısım Genel Hükümleri, 1961 Anayasası döneminde özgürlüklerin **genel ve özel sınırlama sebepleri** tartışmasını ürettiği düşünülürse, taslak sadece özel sınırlama sebeplerini dikkate almış ve “**hakların kötüye kullanılmaması**” için 24.maddenin yaptığı yollamayı dışlamış, devletin düzenine yönelik kazanımların etkin biçimde korunması yolunu kapamıştır.

Önerinin 2.fikrasi ‘**din hürriyeti**’ mutlak olarak yansıtılken, 3.fikrasi bu özgürlüğün sınırlı boyutuna vurgu yapılmakta ve bu alandaki sınırlamaların AİHS kapsamına alındığı belirtilmektedir. Yollama yapılan 14.maddedeki “**demokratik ve lâik Cumhuriyet**” ibaresi için, AİHM Kararında, yüksek mahkemelerimizin “**lâik cumhuriyet**” (devlet) tanımlamalarına yollama yaptığı unutulmamalıdır.

İktidarın hazırlattığı Anayasa Taslağı Hazırlama Kurulu; Taslağın sınırlama boyutunu Sözleşme hükümlerine göre değerlendirdiğini yansıtırken; **çoğunlukçu demokrasi** uygulama olanaklarına kavuşan bir parlamentonun dini siyasallaştırması yönünde adam atması durumunu Sözleşmeye havale etmektedir .

Devletin dini olmadığı varsayımı, kamusal alanda eşitlik ve lâiklik ilkelerinin uygulanması, “**lâik Cumhuriyet**” deyimini içerir. Lâik Cumhuriyet deyimini çıkarıldığına göre, vatandaşların din ve vicdan özgürlüğünü kullanır-

<sup>5</sup> MEMİŞ, *Türkiye’de Anayasa Gelişimleri Eğrisi, Anayasa Hukuku Notları*, Filiz Kitabevi,2009, s.255.

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

ken örneklenebilecek bazı aşırılıklara kaçması durumunda (kötüye kullanma), çoğunlukçu demokrasi anlayışına dayanarak oligarşik uygulamaya sapabilecek herhangi bir iktidar, kamu düzeni, genel ahlâk gibi bazı soyut kavramları kendine göre uygulamaya başlayabilir.

14.maddenin yaklaşımı, vatandaşların din ve vicdan özgürlüğünü kullanırken demokratik ve lâik cumhuriyeti, üniter devleti ortadan kaldırma kastına yönelik faaliyetleri ( ‘mevcut ve yakın tehlike’ / present and danger ) amaçlayamayacağı, amaçlarsa bunun kötüye kullanma yaptırımına bağlı olacağını yansıtmaktadır. Yapılan yollamanın kaldırılması, en azından kasıtlı davrananların yolunu gevşetmeyecek midir?.

Dikkat edilirse, bir özgürlüğün öze dokunmadan Anayasanın ilgili maddesinin saptadığı sebebe dayalı sınırlanması ( Ki: 14.maddeye yapılan yollama(md.83,24 /2) çıkarılırsa ve sınırlama AİHS'nin kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlâk gibi soyut kavramlarına bırakılırsa), en azından kuramda iktidarların kimisinin gün gelir kendine özgü anlayışlarına göre Cumhuriyetin kazanımlarının korunmasını zayıflatabileceği varsayımı bile kuşku doğurabilir.

Her ne kadar taslak öneride devletin temel düzenini din kurallarına dayandırma, dini istismar etme yasaklanıyorsa da 1961 Anayasasından başlayarak “hakların kötüye kullanılmaması” eğrisinde; 14.madde temel hak ve özgürlüklerin kullanılması serbestliğini esas alırken, bunlardan sert çekirdekli din ve vicdan özgürlüğünün de “**lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler**” biçiminde kullanılması yasaklanmaktadır. Bunun gereksiz tekrar olduğunu söylemek (Ki: Batıdaki ve bizdeki değişik sert lâiklik anlayışları dikkate alınırsa- akla dayalı pozitivist görüş ve bu görüşü reddetme tartışmaları), toplumsal yaşamın sosyolojisini, sosyo politik yapısını ve gerçeklerini de dikkate almamak demektir. Bu yasağın kalkması, düzeni saptırmayı kolaylaştırmayacak mıdır? Diğer yaklaşımla toplumda yarışan anlayışların dengesi nasıl kurulacaktır? Bu dengeyi çağdaş doğru veriler üzerine kurmalıdır.

Özgürlük kuraldır anlayışı esas olmakla birlikte, AİHS 9.maddesi 2.fikrasında “**Din veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlâkın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu ön-**

**lemlerle veya kanunla sınırlanabilir”** formülü ile özgürlükleri sınırlama ölçütleri (sınırlamanın sınırları) sıralanmıştır.

Onay verdiğimiz AİHS bazında devlete bir hakkın veya özgürlüğün kötüye kullanılması durumunda (yineleme pahasına kamu düzeni, ulusal güvenlik... gibi) devletin sınırlamalar getirebileceği esası unutulmamalıdır. Dikkat edilirse Avrupa normu, üzerinde ittifak edilen sınırlama parametrelerini saymıştır. Ancak vurguladığım gibi özgürlük esas, sınırlama istisna olmalıdır bakış açısının baz alındığı da başka bir olgudur.

#### **4-Kurma İşlevli Anayasanın Üstünlüğü, Lâikliğin Pozitif Temelleri, Bazı Saptamalar, Mahkeme Yaklaşımları**

##### **a) Anayasanın üstünlüğü ve mahkeme yaklaşımları**

Anayasanın üstünlüğü, devletlerin hukuk düzeni içerisinde Anayasalarının en üst hukuk kurallarını simgelemesi demektir. Bu tanımlama, hukuk devletinin kurallar kademelenmesi – hiyerarşisi parametresini gösterir. Başka anlatımla, diğer hukuk kuralları Anayasaya uygun olmak zorunluluğundadır. Böyle olunca milli iradeyi simgeleyen Meclisin yaptığı kanunlar ve diğer kurallar, Anayasanın üstünlüğü esasına ters düşünce bir denetim mekanizmasına gereksinim vardır. Yani millet iradesine uygun davranıp davranmama olgusu. Tarihsel gelişim çizgisi, tüm kurumların denetim gereğini anayasanın üstünlüğü ilkesinde somutlaştırır. Öyleyse olması gereken esas, Meclisin milletin iradesine uygun davranmasının sağlanmasında, meclisin üstünlüğü esasından Anayasa Mahkemelerini üreten anayasanın üstünlüğüne ulaşma dönüşümüdür. .

Anayasaların üstünlüğün birinci anlamı, Anayasa kurallarının genel bağlayıcılığıdır. İkinci anlamı, Anayasa normatif değer bazında tüm hukuksal işlemlerden üstündür. İşte Anayasanın üstünlüğü, katı anayasa ve Anayasaya uygunluk denetimi koşullarını içermektedir.

Yukarıdan beri belirttiklerimizin ışığında konumuz olmasa da analizleri sürdürürsek ve sosyo - politik açıdan baktığımız zaman, yazıldığı gibi geriye doğru on yıllarda “türban söylemi” savunması sırasıyla “bayrak”, “namus ve iffetin korunması”, “özgürlük”, “özgürleştirme” savunması gibi sloganlarla izlenebilir. “**Dindarlığın siyasallaşmasından, siyasallaşmanın dinselleşmesine**” yöneldiğini vurgulayanlar da hatırlanmalı. Bu gelişmeye “**modern mahrem**” tanımlaması da yapılıp ve demokrasi-özgürlük eksenine dayanarak



## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

bir “**kamusal dinsel kimliği**” kazanılmak istendi, denebilir. Oysa “türban bir özgürlük sorunu değil, bir dinsel emir gereğiydi” itirazları da öne çıkmaktadır. Sorulduğunda “inancım gereği örtüyorum” yanıtları da durumu gösterebilir.

Ancak din olgusu bağlamında ortada sosyolojik bir kördüğüm olduğu da söylenmeli. Bilindiği gibi son halk oylamasında, yarışan partilerin sert tartışmalarına karşın bu kördüğümü birlikte uzlaşmayla çözmeyi dillendirmeleri, en azından çoğulcu demokrasi yaklaşımına ulaşıldığı izlenimini veriyordu. Oysa medyadaki tartışmalar, kördüğümün zorluğunu bir daha göstermektedir.

12 Eylül Darbesi sonrası, unutamadığım gözlemlerinden birisi; Almanya’da Alman eğitim müdürleriyle yapılan “başörtüsü” konulu toplantıya katıldığımda; yoğun bir biçimde sordukları başörtüsü takmanın nedenini anlatmamı bir türlü anlamak istememeleriydi. Yine Trabzon Hükümet Konağı önünde şimdi yerinde olmayan “Bahçeli Kahve” adıyla bilinen ve genellikle öğretmenlerin itibar ettiği bir kahvede geçen iki gözlemim den birisi; bir Alman turisti kadının kahvenin sokağa açık duran kapısından başını içeri sokarak bakarken yardımcı olmamı söylediğimde; “Burada niçin kadınlar yok?” sorusu; diğeri, yine daha önceki yıllarda bir Ramazan günü sigara içerek giden benim de tanıdığım bir deliye, hızla yan masadan kalkan zayıf uzun boylu tanımadığım bir adamın koşarak neden sigara içiyorsun diye sert bir tokat vurmasıydı. Ve bu gözlemler, sosyopolitik idi.

Günümüzde artık bazı illerimizde en azından okuyan başörtülü kızlarımızın kahvelerde oturmaya başladığı bir “vakıa”dır. Ne var ki, biz hukukçular, elimizdeki mevzuatlarla hukuki üretim ve hukuk felsefesi düzleminde görev yapmaktayız.

Gerçekten “**din ve vicdan özgürlüğü**” hukuk plânında çok önemli bir özgürlüktür. Ama bunun çeşitli inançlarla eşit mesafeli olmasının gözetilmesi gerekiyordu. Ve uygarlık, dinlerin değişmezlik zorunluluğundan dolayı bu özgürlüğü sadece bir vicdan işi olarak kalması esasını benimsiyordu. Diyelim ki, Müslüman bir annenin çocuğu, lâik bir ülkede hristiyan çocukların okuduğu bir okula gitmek zorunda kalmıştır. Ancak sınıfta “haç” simgesi bulunmaktadır. Müslüman anne başka bir dinin baskısını çocuğu üzerinden kaldırtmak için bu simgenin kaldırılmasını talep edebilir. Sanırım Batı hukuku bu talebi dikkate alacaktır ve pratikte Almanya’da benzer durum yaşanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1993 tarihli kararında mevcut anayasal sistemimizdeki lâik devlet tutumunu şöyle vurgular: "Yüksek öğrenimini lâik bir üniversitede yapmak isteyen bir öğrenci, farklı inanç guruplarına ait öğrencileri bir arada uyum içinde tutmayı sağlamak amacıyla (Sözleşme 9/2'de benimsenen) dinsel inançlarını dışa vurma özgürlüğüne yer ve biçim yönünden sınırlama getiren kurallara uymayı taahhüt eder... Lâik üniversiteler öğrencilerin kıyafetlerine ilişkin kuralları koyarken, bazı köktendinci dini hareketlerin üniversitelerde kamu düzenini bozmasını ve diğer öğrencilerin inançları üzerinde dolaylı da olsa baskı yapılmasını sağlamak ister".

Yakın tarihli başka bir kararında ise, "Lâiklik bireyleri dış baskıdan korur. Bu değerleri korumak için bireylerin dinsel inançlarını dışa vurmalarına sınırlama getirebilir... Türkiye bağlamında türban takma zorunlu dinsel görev gibi sunulabilmekte ve bunu takmayı tercih etmeyenler üzerinde baskı oluşturulabilmektedir... kamu düzeninin sağlanabilmesi için sınırlama getirilebilir".

Türk Anayasa Mahkemesinin şu tanımı da Avrupa İçtihadıyla örtüşmektedir: "Birlikte çalışmalar yapanların kardeşlikleri, arkadaşlıkları, dayanışmaları yarınları için bile gerekli iken, onları dinsel gereklerle ayırmak, kanunla hangi inançtan olduğunu bir işaretle belli etmek, onların yakınlaşmalarını, birlikte çalışıp karşılıklı yardımlaşmalarını ve işbirliğini önler; ayrılıklara, dinsel inanç ve görüşler nedeniyle çatışmalara yol açar... Vicdan özgürlüğü karıştırılarak dinsel giyinme özgürlüğü savunulamaz. Giyim konusu Türk Devrimi ve Atatürk İlkeleriyle sınırlı olduğu gibi vicdan özgürlüğü konusu da değildir."

Ve bilindiği üzere İnkılâp Kanunlarından "Bazı KİSVELERİN giyilemeyeceği..." Kanunundaki (md.174/son) "kisve"nin, türban veya başörtüsü sözcüklerini de kapsadığı savunulabilir. Üstelik Anayasanın "İnkılâp Kanunlarının Korunması" başlıklı 174.maddesinin "Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz" hükmü, 2.maddesi çekim alanına giren yasaklama emrini vermektedir.

Bilindiği üzere, giyim konusu 1960 lı yıllardan sonra alevlenir. Özellikle "başörtüsü" konusu ve "kamusal alan" tartışması çeşitli biçimlerde günümüze değin süregelir.

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

Gerçek bir demokrasi kurabilmek için ilk kez 1961 Anayasası ile hukuk devleti ilkesini güvence altına koyan organik bir yapı kurulur. Bu durum, 1982 Anayasasında **değişmesi dahi önerilemeyen ilk üç madde ve bunların dayandırıldığı Başlangıç kısmı** ile de desteklenerek genişletme yasağı öngörülür. Bundan böyle hukuk devleti ilkesi demokratik ve lâik(=layik) cumhuriyetin güvencesi ve gerçekleştirme aracı olacaktır.

Anayasa Mahkemesi, gelişimi şöyle vurgular: “**Çağdaş Anayasalar, kendilerini ... İstenmeyen ve uygun olmayan değişikliklere karşı koruyan ve güvence altına alan hükümleri ve kuruluşları birlikte getirme yolunu seçmişler ve sonunda sağlamayı başarmışlardır...(K)lasik demokrasiden daha ayrımlı bir sisteme sahip olan Anayasayı yasama organının kendisine ve daha açık bir deyimle çoğunluğun baskısına karşı koruyacak hükümlere ve kurumlara da yer verilmiş bulunmasıdır... Cumhuriyetin... onu, temelinden sarsacak tutum ve davranışlara karşı... kuvvetli anayasal ilke ve güvencelere ve hukuksal kurallara bağlanma zorunlu luğunun doğurduğu gereksinimlerin kaçınılmaz bir sonucu olmuştur**”.

Demokrasi ve Lâiklik kavramlarını aynı süreçte ve evrede aynı sonuçları üretebilmek için birlikte gelişim kaydettikleri gözlenebilir.

**Anayasal sistemimizin içerdiği hukuki-nesnel altyapıya** bakarak lâiklik ilkesinin anlamlarını vurgulayabiliriz: **1-** Kişilerin dinsel inançlarından ötürü kınanmaması, farklı muamelelere bağlı kılınmaması(md.24/3), **2-** Din ve devlet işlerinin ayrılması, diğer ifadeyle dinin devlet işlerine karıştırlmaması (md.24/son), **3-** Anayasamızın 14.maddesindeki yasaklara aykırı düşmekle kaydıyla ibadet yapabilme ve ibadet yapmaya zorlanmama, başka anlamıyla 24.maddenin birinci fıkrası emrine ve 14.maddeye aykırı olmama koşulu ile din ve vicdan özgürlüğü alanı çizilmiştir.

Cumhuriyetin niteliklerini belirten 2.madde gerekçesinde “**Hiçbir zaman dinsizlik anlamına gelmeyen lâiklik ise, her ferdin istediği inanca, mezhebe sahip olabilmesi, ibadetini yapabilmesi ve dini inançlarından dolayı diğer vatandaşlardan farklı bir muameleye tabi kılınmaması anlamına gelir**” tanımı yapılmakta, bir simge olduğu vurgulanan ve inançlarından dolayı üniversitede türban “kisvesini” takmak isteyen öğrencilerin dinsel istemleri uygulanırsa (yasalaşırsa) bu kez anayasa ile diğer öğrenciler bağlamında farklı bir “muameleye” tabi tutulma söz konusu olacaktır, itirazları yapılmıştır.

Hiç kuşkusuz sorunun düşünsel çatışmalara neden olması, çözümün demokratik uzlaşma seçeneğini davet etmektedir. “Demokratik meşruiyet içinde çare tükenmez”.

**b) Anayasamızda lâik devletin pozitif temelleri ve bazı saptamalar**

**(a) Lâikliğin anayasal pozitif dayanak noktaları**

“Din ve inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin... başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve kanunla sınırlanabilir”(AİHS, 9/2).

“Türkiye Cumhuriyeti... Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan... lâik... hukuk devletidir”(md.2).

“Hiçbir faaliyetin... lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı...”(Başlangıç/ 5 ).

“Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten BAŞLANGIÇ kısmı, Anayasa metnine dahildir”(md.176).

“Temel hak ve hürriyetler... demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”(md.13).

“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri... lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanamaz”(md.14)

Anayasanın “1 inci... 2 nci... 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez” (md.4).

“Siyasi partilerin tüzük ve programları ve eylemleri... lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz... herhangi bir diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz”(md.68/4). Bu hüküm karşısında “mağduriyeti giderme” deyimiyile gizlenen parti eylemleri bir “yerleştirmeyi” içermez mi?

“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri... demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılmaz”(md.14/1).

“Kimse Devletin... temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırmak, veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlamak ama-

cıyla her ne surette olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istimrar edemez ve kötüye kullanamaz”(md.24/5).

“Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı, lâiklik ilkesi doğrultusunda... milletçe dayanışma ve bütünlüğü amaç edinerek... görevleri yerine getirir”(md.136).

(b) Bazı saptamalar

24.maddenin 5.fıkrası ve 2.maddenin yollama yaptığı Başlangıç fıkrası, 4.maddenin değişmezlik ve öneri yasağı, yukarıya aldığım diğer maddeler bırakınız mahkeme kararlarını, mutlak dini emirle örtünme isteminin anayasaya konmasının pozitif hukuk bağlamında olanaksız olduğunu gösteren hükümler adeta bir set oluşturmaktadır.

Ancak gerek Anayasamız (md.24) ve gerekse AİHS (md.9) , “**din veya inancını açıklama özgürlüğünü**” öngördüğüne göre bu özgürlüğün görmezden gelinemeyeceğı de açıktır. Sanıyorum sorun demokrasinin lâiklik temelini zedeleyecek bir inanç “modus’unu” baskı hali durumundan nasıl çıkarılacağı sorunudur. Başka söylemle inancını yaşarken birliğı bozmayacaksın ve hemcinslerine baskı yapmayacaksın(“**Birlik içinde çeşitlilik; çeşitlilik içinde birlik**”).

Peki demokrasi isteyen halk, “birlik” ve ne istediğini bilinçli bir biçimde algılayabiliyor muydu? Ortak bir akılda “akıl yolu bir” ise neden birleşilemiyordu? Toplumun güdülerine, yön veren dinamiklerine akıl veya duygular mı, yoksa her ikisi mi egemendi? Demokrasi isteğimiz bağlamında beklediğimiz kamu yararının dayanağı, toplum, birey ya da her ikisi mi olacak? Demokrasi önceliğı ve ölçeğı, nicelik veya nitelik miydi? Oy sandığı, seçimi mi veya “sayımı” mı simgeler? Demokrasinin kusurları yok muydu? Dahası iletişim devriminin (The Communication Revolution’s) üreteceğı “Dünya köyü” algısıyla medya kritik tablosunun yansıttığı ‘küresel dünya’ ve ‘bilgi toplumu’ kavramları söylemde kaldı ve oluşan tepkiler “medeniyetler çatışması” teziyle yansırken dinlerin dönüşü ve dinlerin yükselişine tanık olunmaya başlandı. Kuşkusuz **küreselleşme** kapitalist rüyaları, demokratik idareleri (yürütmeyi) nesnel koşullar bağlamında yasama ve yargı erklerine karşı güçlendirme yoluna girer. Bilgisayarlar insandan akıllı olmayınca, onları kullanamayan insanlar kullanılma tablosuna yerleştirilir oldu. Dünyanın küreselleşme periyodunda umutlar gerçekleşmeyince ve dine dönüşümler hızlanınca, Batının ürettiğı ve bizim de esas aldığımız lâiklik eksenini özgürlük adına sarsılmaya başladı.

Son halk oylaması oranları (%58 - %42), demokrasi bazında gelişimler kaydedildiği anlamına gelebilir. Tarihsel gelişime baktığımızda devlet, din ve bilim üçgeninin köşelerinden inen çizgilerin oluşturacağı yeni düzlemin arakesitini; idarenin bütünlüğü (md.123) bazında benimsenebilir özgürlük-özerklik - lâiklik ivmeleriyle çizebileceğimizi ve güvenceli çözüm üretebileceğimizi savunmak olası görülebilir.

Devlet-din çatışmasında dinsel devlet yapılanması yerini lâik devlet “modus’na” bırakınca, din devlet işlerinden soyutlandı ama doğa olaylarına karşı zayıf kalan insanları en çok etkileyen Tanrı inancı, din(inanç) özgürlüğü biçimiyle felsefenin yılmaz konularından birini oluşturur. Tarihte yüz yıl, otuz yıl Haçlı Savaşları fenomenine bakarsanız (arka plan kapitalizme dayansa da) insanın olduğu her yerde, dinin ne denli insansal bir derinlik olduğunu söyleyebilirsiniz. Dolayısıyla günümüzde din ve vicdan özgürlüğünün korunması olayının garantisinin lâiklik ilkesi olduğunu anlamak güç görünmemektedir.

Soruna özgürlük bağlamında baktığımız zaman, köktendinci inanış biçimlerinin üreteceği baskıları hukuk bazında sınırlama zorunluluğu vardır. İnançım gereği diye takıyorum denilen ve simge olarak itiraz olunan “türbanın”, kadın-erkek eşitliği (ki, kadınların 1789 Fransız Devrimiyle vatan-daş sayıldıkları düşünülürse),pozitif ayrımcılık yasağı, ücret eşitliği, kadınların her alanda çalışabilmesi, yaşama katılması... gibi durumlarda inanışlara oluşturabileceği baskıların gelinen noktada nütürleştirilmesi üzerinde “toplumsal mutabakat” sağlanması; Anayasamızın, AİHS’nin öngördüğü hakları “kötüye kullanmama” anlayışının yerleşmesi dengesinde mevzuatı gözden geçirmekle uzlaşma sağlanabilir. Örneğin üniversite özerkliği-özgür üniversite projesi yaşam bulmalıdır. Başka ifadeyle insan hakları belgelerinde yer alan inanışlara özgürlük sağlanırken lâik devlet projesini zedelemeyecek den-gelerin kurulması, gerçekten dinlerin ya da inanışların özgürlüğünün sağlanması için gerekir.

### **(c ) Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı**

1982 Anayasası katı ve kazüistik niteliklidir. Katı anayasa (1,2,3.maddelerin değiştirme ve genişletme yasağı), “**şekli anlamda anayasayla eş anlam taşıma**” anlamına gelir. Bu cümleden olarak, değişmez maddelere aykırılık üretecek başka madde değişimleri, Anayasa Mahkemesince “**şekil dene-timi**” olarak ele alınabilir. Bunun nedeni, değişmez maddelerin içeriğinin değiştirilebilir madde hükümleriyle dolaylı olarak değiştirebilmedir. Yasamaca,

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

çıkarılan Anayasa değişiklik önerilerinin anayasaca sadece “**şekil denetimi-ne**” bağlı kılınması; türev iktidarın Anayasanın izin verdiği Anayasa değişikliklerinin esas denetimine değil; sadece “**şekil denetimine**” bağlamasıdır. şu var ki, yasama gerekli koşullara uyarak Anayasa değişikliğine gittiğinde, değişmezlik yasağı bildirilen maddelerin değişimi doğrudan veya dolaylı bir biçimde değiştirilirse, Anayasayı korumakla görevli yüksek mahkeme ( Ki: Temel yetki ve görev, çıkarılan yasaların anayasaya uygunluğunu test etme değil midir?) bu durumu görmezden gelebilir mi?. Aksi takdirde değişiklik önerisi yasağı konan maddelerin (eskilerin deyişiyle ) “kıymeti harbiyesi” nerede kalır?

Anayasa Mahkemesi yetmişli yılların ortasında,”**değiştirilemez**” hükmü bağlamında, sadece şekil değil, esas denetimi yapabileceğini kararlaştırmıştır. Bu yaklaşım bugün de sürmektedir: Eğer değiştirilemez yasağı konan maddeler, Anayasa değişiklikleriyle içi boşaltılırsa,yüksek mahkeme kendini esas denetimi yapmada yetkili sayıyor. Kaldı ki, katı Anayasa kuralı şekli Anayasa fikrini de içermektedir.

Bu İçtihadı ortadan kaldırma girişimi getirdiği çözüm doğrultusunda olabilir ve bir değişme yapmaya yönelme, erkler ayrılığına ters düşer.

Meclisin üstünlüğü değil, hukuk devleti orjiniyle anayasanın üstünlüğü esas alınmalıdır.

1924 Anayasası “**çoğunlukçu demokrasi**” anlayışını getirmiş, meclis her şeyi yapar anlayışı bir hukuki yanılığı üretmiştir: **Çoğunlukçu diktası**. Bu durum, erkler ayrılığı bazında ulus adına yetki kullanan yüksek mahkemenin (içtihadını kaldırmak isterseniz) işlevini kırar.

Üstelik 42.madde anayasal serbestliği ve yasada sınırlama ilkesini saptarken, sınırlama maddesi(md.13) bağlamında yapılmak istenen sınırlamanın sebeplerinin açıkça konulması gerekir. Bunun anlamı, sınırlamayı yapma tamamen yasamanın keyfine bırakılmış olmaktadır. Bir hukuk devletinde “**di-rektif veren Anayasa**” kavramına aykırı davranılamaz..

Esasen yasamanın genelliği ilkesine göre, yasama her türlü alanı düzenleyebilir ama bunun koşulu, Anayasaya ve hukukun genel ilkelerine aykırılı olmama koşuludur. Dolayısıyla burada, anayasanın koyduğu düzeni ve lâik devleti bozacak girişimler, ağır sakatlık oluşturur. Bunun idari yargıda kullanılan kavramların Anayasa yargısında kullanılabileceğinin yazıldığı üzere, ka-

nunlarda olduğu gibi (anayasa da bir kanun) hükümsüz olacağı, teknik anlamıyla “yoklukla malül” olacağı savunulabilir. Mahkemeler yokluğu saptayabilir. Çünkü yasamanın öneri yasağı bağlamında bir “**yetki saptırması (usul saptırması)**” kullandığı söylenebilir. Yetki kullanımını kamu düzeninden olup onu geniş yorumlayıp uygulama olanağı yoktur. Yetkisiz bir yerin aldığı kararın sonradan yetkili makamlarca benimsenmesi, yapılan değişimi sağlıklı kılmaz. Anayasanın önerilmesini bile yasaklayan değişmezlik kapsamını (değişmezlik yöntemini) başka bir işlem yapma (hüküm koyma) yönünde kullanırsanız buna “usul saptırması = yöntem saptırması” da denir. “**Yöntem saptırması**”, yetki saptırmasının bir türü olarak görülmektedir. Böyle bir durumda yasamanın “**maksada aykırılık**” unsurunu dikkate almadığı için sonucu iptal beklemektedir. Esasen anayasanın üstünlüğü bazında yasamanın görev alanına girmeyen (rejimin temelini değiştirmeye yol açabilecek durum...) anayasa değişimi girişiminin(görev alanına girmeyen bir konuda karar alma) bir “**görev gaspı**” olduğu da vurgulanabilir.

Anayasa taslak önerisini hazırlayan kurulun başkanın dediği gibi de başka maddelere de özel hükümler koyma genel hükümler önünde uygulanamaz. Çünkü bir yasağın mutlaklığının Başlangıç kısmına dayandırılması söz konusudur. Ve yasama bazı konularda örneğin “lâiklik” mevzuatta tanımlanmamışsa (aşağıdaki hüküm ‘lâiklik ilkesi’ diyor)doğal olarak son sözü yargı söyleyecektir. Yargıç mevzuatın ağızıyla konuşmak zorundadır. Üstelik somutlaştırma yaparken de hukuk dili bağlamında sonuca gidecektir. Örneğin “Anayasa değişikliklerini yalnızca şekil bakımından denetler” emrini veren Anayasa yapımıcısının bir başka koyduğu kuralla kendisi çiğner durum üretirse ne olacaktır? Federal Alman Anayasa Mahkemesi Anayasa kuralları çelişmesi hakkında bir karar vermiş ancak uygulamada esas denetimiyle bir Anayasa kuralı iptal etmiş değildir. Ama bizde esas denetimi içtihadının oluşturulduğu, sert yetki tartışmalarına sebep olmuş, olmaktadır. Hatta Anayasa Mahkemesinin son yapılandırılması girişimi, tepki biçimlenmesi yönünde gelişir. Ancak yüksek yargı, rejimin temelleri bazında Anayasa dinamiklerine uygun olarak tam veya mükemmel olmayan Anayasa kurallarını, “bütünlük” ilkesi bazında(yasamanın hukukun genel ilkelerine ve Anayasaya uyma karinesi) kanun koyucunun yerine girmeden somutlaştırabilmelidir.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> MEMİŞ, *Anayasaya Uygun Yorum*, ,s.54-56.



### 5- Katı Anayasanın şekli Anlamda Anayasayla Eş Anlamda Olması

Bu önemli kurum, Anayasa 136.maddede düzenlenmiş olup yukarıda yazılmıştır.

12 Eylül Halkoylaması propagandalarında uzun yıllardır yapılan “türban” tartişmasının yeniden sert tartişmalara neden olmasına Diyanet İşleri Başkanı da katılmıştır. Başkanın anılan Anayasa hükmünü hesaba katarak bazı açıklamalar yapması dikkat çekicidir:

“DİYANET papalık değildir. Bizim ibadeti arttırma, azaltma, modernleştirme gibi bir yetkimiz hiç olmadı. Sorun Diyanetin çizgisini yumuşatmakla çözülemez, siyasilere diyalogla özsün. Başörtüsü, yetişkin kadının dini vecibe olarak (14 asırdır) başını örtmesi olarak algılanmaktadır. Başını örtmeyen Müslüman değildir görüşünü kesinlikle reddettik. Başörtüsü müslümanlığın ön şartı olmamıştır. Bu dini vecibeyi din özgürlüğü konusu yapıp yapmama siyasi iradeye aittir. Başörtüsü Türk modernleşmesinin bir ayağı olmamalıdır... lâiklikle başörtüsü ele alınırse en büyük haksızlığı lâikliğe yapmış oluruz. Sorunun özgürlük bağlamında ele alınması ve lâiklik bağlamında tartişılmaması bir şanstır. Bireysel özgürlüklerin çizgilerini belirlemek siyasetin işidir. Pozitif bir lâiklik anlayışından özgürlükçü bir lâiklik anlayışına geçmeyi aydın ve siyasetilerimiz tartişmalıdır. Mahalle baskısının hiçbir türüne izin veremeyiz. İslamiyet hiçbir ibadetin, davranışın zorla yapılmasına izin vermez...”<sup>7</sup>

Başkan BARDAKOğLU'nun görüşleri, AİHS madde 9/1.fikrası çerçevesinde çözüm getirirken 2.fikrayı da gözeterek bir bakışla lâiklik ilkesine zarar vermeden özgürlük temelinde uzlaşmacı bir çözüm sağlama yönünde olup tüm mesele dini inançların istismar edilmesini önleyici uzlaşmacı bir toplumsal denge kurmaktır. Çünkü gerek Anayasa gerek AİHS hükümleri özgürlükleri sınırlamanın sınırlarını çizmiştir. Bu bağlamda özgün bir kültür devrimi olan Cumhuriyeti kollama “fikri hür; vicdanı hür; irfanı hür” koruyuculara emanet edilirken, Türk Demokrasisi varlık gerekçesini kanımca da başka yerlerde araması gerekirken bir rejim sorunu olarak Cumhuriyete karşı algıladı. Bu tarihsel bir yanılığı yansıtır. Bu yanılığ devlet/din çatışmasını Lâiklik ilkesi düzleminde çatışmaya yöneltti. Herkes sınırları, koşulları ne olduğunu bilmeden demokrasi diyor. Seçim sandığı kutsallaştı. Darbeler arpık siyasetler üretti. Akıl yolu bir ama, yolcular ortak akla sahip değildi. Bir ortak akıl bulmalı. “Her neden bir dizi sonuç, her sonuç bir sürü nedendir”.Bunu uzlaş-

<sup>7</sup> CUMHURİYET, 16 Ekim 2010, s.6; Habertürk Gazetesi, s.19.

mayı başaracak olan yasama yapacaktır. Sistemlerin çalışamaz hale geldiği “kamakarışık”(complicato) Dünyada bilim artık neden-sonuç (illiyet rabitası) ilişkisi kurmakta zorlanır olmuştur. “Demokrasi, halkın -yalnız istediklerini yapmak değil- istemesi gerekenleri de yaratmaktadır.”<sup>8</sup>

Sanıyorum modernleşmenin yolunu tıkamayan, idarenin bütünlüğü bağlamında uzlaşmayı sağlayabilecek bir yol haritası üzerinde ittifak olunmalıdır.

Anayasanın sabitlenmiş 174. maddesi ise şöyledir: “**Anayasanın hiçbir hükmü... Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını güden... inkılâp kanunlarının, Anayasanın... yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz**”.

Bu Anayasa hükmüne bakılırsa, lâiklik niteliğini koruyucu olan hükmü koyabilmemiz için bu nitelikte uzlaşan bir siyasal irade gerekecektir. O zaman din/devlet/bilim üçgeninin keşişen köşelerinde güvenli çözüm ararken, “türbanı” bir siyaset aracı ve toplumun önünü tıkayan baskı aracı olma durumundan kurtarmalı. Bu nasıl olur? AİHS 9.maddesinde ifade edilen “**inancını açıklama özgürlüğü**” sayılan sebeplerle kötüye kullanılırsa bazı yaptırımları öngörmektedir. Burada asıl olan özgürlük / lâiklik keşişme eğrisinde(arakesitinde) buluşmayı sağlayacak olan siyasetin uzlaşma düzleminin nasıl tanımlanacağıdır? Eğer bir dinsel simge veya inanç başkalarında baskı üretiyorsa ya da son günlerde çok kullanılan “**mahalle baskısı**” oluşturuyorsa ancak o zaman yargıç somut olayı gözetme yoluna gidebilecektir ve karar oluşturacaktır.

Bu anayasal hükümler karşısında, Türk Kamu Hukukunda LÂİKLİK ilkesinin anayasal bir ayrıcalığa sahip kılındığının aksini iddia ve yorumlamaya kalkmak çok zor görünmektedir. Çünkü “lâiklik”, yargı kararlarında devletin resmi ideolojisi olarak işlenmiştir. Yakın zamanda “lâiklik” ilkesinin Anayasaya girmesinin kutlanması başka nasıl anlaşılabilir ki?

Anayasanın düzenleyici bir Anayasa kimliğiyle (toplum mühendisliği tezi) öne çıktığı açıkça görülmekte ve başka Anayasalara bakıldığında lâiklik ilkesine bu denli vurgu yapan bir Anayasa gösteremezsiniz. Bunun nedeni, kuşkusuz Osmanlı yapılanmasını oluşturan kurum ve kuruluşlar üstünde kurulan ulus devleti simgeleyen özgün Türk Devrimini(Türk aydınlanması ki, Berlin Duvarının yıkılmasıyla ulus devlet anlayışını yıkım projeleri işlenir-

<sup>8</sup> GÜVENÇ, “Türkiye:Nereden Nereye?..”,*Cumhuriyet*,16 Ekim 20.

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

ken, bilim adamı Fukuyama'nın görüş değiştirerek yeniden ulus devlet olgusunu savunduğu hatırlanmalı, yaşanmaya devam eden Dünya krizini de ) ve onun temel dayanağı olan **Lâiklik** ilkesinin çağdaş uygarlığa götürecekle olan yolu yarmasıdır. Dolayısıyla lâiklik ilkesinin titiz bir biçimde işlenmesi, anayasalandırılması akla çok yakın durmaktadır. Hukuki araçlarla çalışma hukukunun asıl görevi olduğuna göre usul hep esası belirlemeye devam edecektir. Demek ki, Anayasa, Diyanet İşleri kurumunun işlevini, ülkede din işleri işlevini (Lâiklik ilkesi bağlamında) “bütünleşmeyi” amaç edinme olarak görev yapmayı öne çıkarmaktadır.

Peki, ama pozitif mevzuatta bu sonuçlara ulaşırken lâikliğin türban sorununa hapsedilmesi görüntüsü ve ürettiği çatışmanın çözümsüzlüğünden çözüme ulaşmada bir yol yok mudur?

### **6- İktidarın Hazırladığı Yeni Anayasa Değişiklik Metninin Meclisten Geçmesi ve Halkoyulamasına Sunulması**

#### **a) Halkoyulaması bir seçim “maksimi” mi?**

##### **(aa) Anayasal devlet mi? Anayasalı devlet mi?**

Gerilimli yasama müzakereleri arasında 3/5 oranlı (330-337 evet oylarıyla) sayılarla 26 Anayasa değişiklik maddesi yasamada onaylanınca, kanuna istenilen zorunlu referandum yolu açılır.

Anayasanın madde 175/ 4.fıkrası halkoyulamasını öngörür: “**Meclisçe üye tam sayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmi Gazetede yayımlanır**” .

Nihayet Cumhurbaşkanı sunulan anayasayı değiştirme kanunu birkaç gün incelemede kalır ve meclise iade edilmeden halkoyuna sunulmak için Resmi Gazetede yayımlanır.

Anayasa gelişimleri tarihimizde “**kırılma noktası**” olarak da değerlendirilen gerilimli anayasa değişikliği metninde kırılma tezi parti kapatma, Anayasa Mahkemesi ve HSYK kurumlarını yeniden yapılandırmayı öne çıkarmış ve yoğun çekişmelere eleştirilere neden olmuştur. Çünkü bu değişiklik yeniden 1924 Anayasasının çoğunlukçu demokrasi biçimine dönüş biçiminde algılanmaya başlar: Özetle millet ne derse o olur. Yani Rousseau'nun genel irade teorisi yaşam bulmalıdır. Ancak bu teori eleştirilir: Çoğunluğın iradesinin

kamu iyiliğini isteyeceği varsayımının matematik ispatı yoktur. Azınlığın isteği de kamu iyiliğini isteyebilir veya daha doğru istekler olarak benimsenebilir. Azınlığın istekleri de çoğunluğun istekleri gibi saygındır, saygın olabilir. İşte 1961 Anayasası gelişimi, Çoğunlukçu Demokrasi yaklaşımını kaldırarak ÇOĞULCU DEMOKRASİ yolunu uygulamaya koyar: “**Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır**” (md.6/2). Bu yeni düzenleme, 1924 metnine bir tepki biçimidir.

2010 YILINDA ve yoğun satışmalar altında yasamanın kabul ettiği son Anayasa değişiklik metni de bizzat 1982 metnine kırılma noktası oluşturabilecek (özellikle yargıyı yürütmenin emrine verecek maddeler bazında) bir tepki yaklaşımını sergiler.

Burada sorun kuşkusuz hukuk devleti tezini zedeleyen, yargı bağımsızlığını daha da kısıtlayan gelişim çizgisidir: Kuvvetler ayrılığı ilkesinden kuvvetler birliğine(=’tevhid-i kuvva’) kayma. Başka anlatımla mevcut yüksek yargının ifade ettiği üzere, yargıyı kuşatma söz konusudur tezinin savunulabilmesi ağır bastığı eleştirisi çoğunluk kazanmıştır.

Birinci başlıkta değindiğim Fransız Beyannamesinin 16.maddesi, anayasal devlet olmanın yolunu yargı bağımsızlığını sağlamak olarak yansıtmaktadır.

Yürütmenin kuşatmasına kaymaları içeren Anayasa ise, “anayasalı devlet” deyimini içermektedir. Oysa anayasal devlet hukukun üstünlüğünü, başka deyişle hukuk devleti modelini simgeler. Çağın devleti, özellikle Helsinki metninin öngördüğü “hukukun üstünlüğü” ilkesine dayanmaktadır. Meclisten geçen son yargı yapılandırması, yürütmenin iki başının inisiyatifine, son analizle yürütmenin denetimine giren dayanakları ön gördüğünden (Montesquie yaklaşımının da dikkate alınmadığı), daha doğrusu erkler ayrılığı tezinin artık dünyada aşınma örneklerine sahne olduğu da gözlenir olmuştur.

**(bb) HSYK yapılandırılması yargı bağımsızlığını gerçekleştirebilecek mi?**

**Halkoylaması bir seçim mi?**

Esasen yasamanın (yürütmenin) egemen bir biçimde, kendine özgü olarak ürettiği anayasayı değiştirme maddelerinden ( parti kapatma maddesi düş-tü) iki madde, HSYK ve Anayasa Mahkemesini yeniden yapılandırma yaklaşımları mevcut anayasa düzenlemelerine kuramsal bazda açık aykırılıklar içerdiği söylenebilir. Bir kez 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanununun **çoğunlukçu**

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

**demokrasi** anlayışına geri dönme izlenimleri, **çoğulcu demokrasiye** geçişe tepki olarak gözlenmektedir. Çünkü asıl olan hukukun üstünlüğünü amaçlayan Avrupa standardına (Venedik kriterleri, Avrupa Hakim ve Savcılar Kurumunun yargı bağımsızlığı tanımlamaları ne diyor?) yönelik değişiklikler yapmadır. Örneğin HSYK yapılandırmasında yargıcın yargılanmasının adalet bakanının iznine veya oluruna bağlı kılınması, HSYK Kurulu Kararlarıyla hakim ve savcılara verilen disiplin cezalarında (ihraç hariç) yargıya başvuru yaşağı, son değişiklikle kendisine “kurul başkanı” ve “temsil” yetkisi verilen taraflı bir bakanın kurul başkanı olması nedeniyle kurul kararları için “olur” vermesi olayı yargı bağımsızlığıyla bağdaşmaz. Muhtemelen yeni HSYK Kanununda da 7 disiplin cezasından biri olan “yer değiştirme” baskısını her an hissedilen bir yargıcın ruh hali nicedir? Yargıçları dinleme sorunu bile eğer yargıçlarda bir kuşkuya neden oluyorsa, bu kuşku bile yargı bağımsızlığını zedeler. Dolayısıyla HSYK düzenlemesi (yargıçlara yön verme bazında) taraflı bakanın egemenliğiyle, kaşıkla verileni bir anda kepçe ile boşaltılmaya dönebilme olasılığı varsayımı savunulabilir.

Bir-iki örnek vererek yapılan düzenlemelerin aykırılığını görmek olasıdır: Anayasanın 67. maddesi son fıkrası; Seçim Kanunlarında yapılacak değişiklerin, “**yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz**” hükmü yanında; “**anayasa değişikliğinin halkoylanmasına sunulmasına dair**” yasa; “**Oylama, Meclisten geçen metnin Resmi Gazetede yayımlanmasından 120 gün sonraki Pazar günü yapılır**” hükmündeki süreyi, 60 gün sonra yapılır şekline dönüştürür. Buradaki amaç, değişiklik kanunu hakkında Anayasaya uygunluk denetimi yapılması olasılığını “**oldubittiye**” getirme olarak algılanabilir. Ancak bu durum yasamanın Anayasayı dikkate alma görevini dışlar gözükmektedir. Üstelik Seçim Kanunu (Sayı 298) birinci maddesi, “**Özel kanunlarına göre yapılacak... seçimlerinde ve Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halk oyuna sunulmasında bu kanun hükümleri uygulanır**” emredici hükmü da dikkate alınmamıştır.

Yine anayasanın 67.maddesi 2.fikrasındaki “**seçimler ve halk oylaması**, serbest, açık, gizli, tek dereceli... açık sayım ve döküm esaslarına göre... **yapılır**” hükmü, yukarıda “**halk oylaması**” sözcüğünün geçtiği hükümler birlikte okunduğunda ( Ki: Anayasanın SEÇİM maddesi gerekçesinde **halkoylanması** da dikkate alınarak, seçim maddesine “**halkoylanması**” sözcüğünün eklendiği vurgulanır) HALKOYLAMASINA gitme olayı da SEÇİM olgusunun içine sokulmaktadır.

Anayasanın 175.maddesinin başlığı, “Anayasanın değiştirilmesi, seçimlere ve halkoylamasına katılma” olduğuna göre, Halkoylaması olayında da SEÇMEN vardır ve “evet”, “hayır” değerlendirmelerinden birini seçmesi istenmektedir. Sonuçta bir seçme olgusu asıldır. Milletvekili seçimleri de halkın oyuna başvuru değil midir?

Esasen son anayasa değişikliğini halk oylaması temelinde iktidar kendi eğilimini meşrulaştırma yolunu aramaktadır denebilir. Eğer iktidar, halk oylamasının kendi lehine dönüşeceğini düşünüyorsa (parlamentoda sorunu çözemediği ve uzlaşma sağlayamadığı için) halk oylamasını denemek yoluna gidebilir. Bu yola gitmeyi bizzat iktidar seçer. Halka kaybedeceği bir konuyu en azından doğal olarak götürmez. Ancak HAYIR oyunun çıkması dolaylı olarak seçimi kaybetme rizikosunu da taşımakta ve iktidarı zayıflatma olarak görülebilecektir.

Halkoylaması %58 EVET oyu ile sonuçlanır. Umarız bu sonuç, hukuk bazında kalarak yaptığım olumsuz analizleri boşa çıkartır.

### **b) Yüksek Seçim Kurulunun Halkoylaması için yorumlu seçim günü kararı**

Halkoylamasına gitme takvimini kurgulayan Yüksek Seçim Kurulu, son değişiklik süresi 60 güne indirilir hükmü yerine amaçsal bir yorumla halkoylamasının 120 gün sonra yapılacağı kararını alır. Bunun nedenini, Anayasanın 67/son fıkrasındaki “**Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğü girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak**” hükmüne dayandırdığı ve amaçsal bir yorumla sonuca gidildiği görülebilir. Dolayısıyla anayasa değişikliği yasasının Anayasaya aykırılığı sorgulanabilir. Çünkü 60 gün sonra halkoyuna başvuru değişikliği, Anayasanın 67/son fıkrasına aykırı bir durum oluşturur. Çünkü “**Seçimler ve halkoylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli...yapılır**”(md.67/2) hükmü, Halkoylamasını SEÇİM ilkeleriyle örtüştürür.

Dahası, Anayasa 175/7.fıkıradaki, Anayasa değişikliğine dair kanunların kabulünde “**bu kanunun HALKOYLAMASINA sunulması halinde, Anayasanın değiştirilen hükümlerinden, hangilerinin birlikte hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını da karara bağlar**” emredici hükmü gereği, muhalefetin ‘yüksek yargı yapılandırılmasını ayıralım’ önerisi de reddedilmiştir. Bu yönüyle de Anayasa değişikliği teklifi sakatlanmış, aykırılık üretmiştir. Sonuçta SEÇİM bir oylama olduğuna göre, halkoylaması ivmeleri de bu kav-

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

ramla akışmaktadış.

1982 Anayasasında dzenlenen yargı bağımsızlığının noksan dzenlendiği anlayışı sorgulana gelmesine karşın, yeni dzenleme sorunu daha da pekiştirmiştir.

Ancak Anayasa değişikliğinin asıl aykırılığı, 2.maddeye karşı uretilen aykırılıkt. Çünkü değiştirilmesi dahi teklif edilemez bu maddenin hukuk devletinin **erkler ayrılığı, yargı bağımsızlığı** koşulları bağlamında dşenulirse, yurütmenin yapılandırmadaki yaklaşımı, her iki koşulu zedelemektedir. Ve vurgulanan“**şekli anlamda anayasa**” aykırılık sorununu kapsamaktadır.

Çünkü Anayasa sistemindeki iki başlı yurütmede çekirdek yetkilerin iki başta toplanması, orneğin sorumsuz cumhurbaşkanına bu denli yetkilerin tanınması(doğrudan ve dolaylı olarak 14 kişiyi Anayasa Mahkemesi üyeliğine atama), **başkanlı** veya **başbakanlı** veya **başkanlı ve başbakanlı iki başlı yurütme** kapsamlı kendine özgu devlet biçimlerini akla getirirken, kuramda bilinen klâsik Anayasa Hukuku hükümet sistemlerinin kuramsal yapılarına uymama yaklaşımlarının ne olduğunu sorduğumuzda cevaplamada güçlük çektiğimizi söylemeliyim. Bu şudur: Ortada bir Anayasa sorunu olmasına karşın yurütmenin bu denli otoriterliğinin arttırılmasına devam etme modern anayasal devlet anlayışını zayıflatmaktadır. Çünkü demokrasinin uzlaşma ek-seninde yükseldiği bir model olduğu ve bu modele uygun alt yapıların kurgulanması gerektiği açıktır. Sorun, hukukun üstünlüğünü sağlamak için, hukuk devleti formülüne uygun olarak uygun araçlarla yapılanmaya devam etmektir.

### c) Batı standardı Anayasanın üstünlüğü tezine dayanır

şu soruyu da sormalıyız: Sorumsuz Cumhurbaşkanı Anayasa bazında, tarafsız olarak Anayasayı ve Cumhuriyeti korumada özellikle taraflı olduğu için, Anayasa zedelenmelerini kendisine tanınan dava açma ve diğer Anayasal organları gözetme yetkilerini kullanmada olumsuz davranırsa ne olacaktır? Unutmamak gerekir ki “**İdare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür**” (md.123). Kurumların atışması da Anayasayı zedeler. Onun için Batı standardı “Anayasanın üstünlüğü” temelinde dayanır. Anayasayı oluşturan kurucu irade de Anayasanın kabulünden sonra bu irade ile bağlıdır. Kanımca halkoylamasından sonra Anayasanın üstünlüğü tezi, Batı standardından saparsa (Ki, Anayasanın kabul ettiği rejim Batı Demokrasisidir) Anayasa Mahkemesi, kendisine Halkoylamasında yetki tanıyan milli irade sapması olasılıklarını da bir görüşe göre kuramsal olarak denetleyebilmelidir. Örneğin millet to-

taliter bir rejimi önüne getirildiğinde onaylarsa ne olacaktır? Ancak uygulamadaki asıl sorun, hukuk bilimi verilerini ideolojimize ters düşse de içtenlikle onları kabul etme, hukuk devleti kapsamında duraksamadan uygulamadır.

Demokrasilerde “genel irade” esastır ama nesnel yönetim için, toplumsal denge için, egemenliğin hüsnüniyetle kullanılması bağlamında toplumların (milli iradenin) da evrensel hukuk kurallarına, ulusal üstü ilkelere uyması gerekmektedir. Kuşkusuz burada demokrasilerde kültürün önemi öne çıkmaktadır. Uymama denetiminin formülü, YASAMA Anayasaya aykırı olmamak biçimiyle her türlü yasaları çıkarabilir (yasamanın genelliği ilkesi).

Son bir analizle milli iradenin asıl olmasına karşın, bu iradenin de uygar ülkelerin evrensel hukuk kurallarına koşut gitmesi gerekir. Doğacak olan sorunların çözümünde son formül, Anayasa Mahkemesi kurumunu üretme buluşudur. Elbette aşağıda yapılan analizlerde görüleceği üzere bu mahkemenin kuramsal eleştirilere sahne olduğu, ancak bu yüksek yargının da yapılandırılması olayında başarı, daha iyi bir yöntem bulununcaya dek, kuramsal bazda batılı anlamda adalet yöntemlerini uygulayabilecek kariyeri pak yüksek yargıçların veya hukuk alanında katkı sağlamış bilim insanlarının bağımsız yargı temelinde atanmalarının sağlanmasıyla olacaktır. Böylesi bir oluşum, hukukun siyasallaştırılmasıyla değil, hukuk kurallarını koyan siyasetin batılı hukuk nirengileri yönünde hukuk düzeninin kurulmasını sağlaması ve daha etkin olarak adalete ulaşma yollarını pekiştirmeye çaba göstermesidir.

## **7- Sıkça Örneklenen Alman Anayasa Mahkemesine Üye Seçimi İle Araya Girme**

### **a) Seçim için 2/3 nitelikli çoğunluk kuruluş kanununda öngörülür**

#### **Anayasa Mahkemesi yargıcının politik tarafsızlığını garantileme**

Alman Anayasa Mahkemesine üye seçilmesinde yargıcın bağımsızlığının bir güvencesi, Federal Anayasa Mahkemesine atanan üyelerin **(12 yıl için atandığı görev süresi sonunda)** yeniden seçilme olanağının sıfırlanmasıdır(§ 4/2 BVerfGG). Her iki Anayasa Mahkemesi Senetosu yargıçları, federal eşitlik vizyonu<sup>9</sup> yarısı federal temsilciler meclisi(federal parlamento), diğer yarısı federal konsey eliyle seçilir ( Art.94 I 2 GG, § 5 I BVerfGG). Bu seçim için her Mecliste 2/3 çoğunluk “nisabi” aranır. Oysa Anayasada bir “nisap” oranı verilmemiştir. Anayasada saptanmayan nitelikli çoğunluk arama durumu, mahkemenin kuruluş kanununda(§§ 5, 7 BVerfGG) saptanmıştır. Federal

<sup>9</sup> BETTERMANN, *Opposition und Verfassungsrichterwahl*, 1981( in:FS Zweigert,s.726).



## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

Konsey genel kurulu seçim yapmasına karşılık, Anayasanın 94.maddesi (1) lâfzı karşısında federal parlamentonun Anayasa Mahkemesine üye seçimi, bir seçilmiş kurul aracılığıyla yerine getirilir. Yani Anayasa Mahkemesine üye seçimi “indrekt” seçimle icra olunur. Aşağıda vurgulandığı üzere seçim kurulu (Wahlmännrausschuß) 12 kişi olup nispi seçim usulü bağlamında(federal parlamento kanalıyla )seçilir(§ 6 /2).

Anayasa Mahkemesine Üye seçmede, Federal Anayasa Mahkemesi yargıcı seçim usulünden ayrılarak (abweichenden Modus der Wahl) geri kalan federal yargıçlara yargıçlık yöneltme (demokratik olarak her iki meclis vasıtasıyla ve bunun gibi Federasyonun yüksek anayasa organlarının federal kimliğini kanıtlamada) ve Anayasa Mahkemesi yargısında özel görev değerinin yansıtılarak ifade olunması gözetilir. Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfG), demokratik yasamayı denetleme ve federal çatışmaları çözme görevlerini de kararlaştırma yetkisiyle donatılır. Federal Anayasa Mahkemesi Yargıcı, birlik (Bund) seviyesinde eyaletleri temsil etmede, doğrudan en yüksek demokratik seçilmiş Anayasa organı vasıtasıyla ve bu organla birlik seviyesinde temsil edilme bağlamında seçilmek; bu cümleden olarak çatışmaları anayasal bazda çözüme kavuştırmada karar vermede katkı sağlar.

Anayasa Mahkemesi yargıcını 2/3 nitelikli çoğunluk koşulu arayarak seçme, yargıcın politik tarafsızlığını garantileme içindir. Parleментар nitelikli çoğunluğu sağlama gerçekleştirilmezse, Anayasa Mahkemesine seçimde seçilenin az da olsa kendi yandaşlarının doğrultusunda karar alma tehlikesi artar ve anayasal değerlerin dışında karar alma hukuksuzluğu doğar.

Hatta (1951 metni), Alman Anayasa Mahkemesi Kuruluş Kanunu (BVerfGG) yargıç seçiminde  $\frac{3}{4}$  oranını “mülâhaza” (dikkatle bakma) etmiştir. 2/3 çoğunluk koşulu 1956 değişikliğiyle getirilir (**Anderungsgesetz vom 21.07.1956, BGBII, s.662**). Ancak o zaman ki hükümet tasarısında basit çoğunlukla seçim istenmiştir<sup>10</sup>. Bu yasama usulünde yargıç seçiminde açık olarak nitelikli çoğunluk aranması ifadesi vurgulanır. Şöyle ki: Anayasa Mahkemesinin görevi, azınlığın haklarını da korumak (“Hüter der Rechte der Minderheit”) durumundadır<sup>11</sup>. Yargıç politik yaklaşımlarda muhalefetin veya “azınlığın” görüşünü de dikkate almalıdır ve anayasal bir denge kurmalıdır. Üçte iki(2/3) çoğunluk orjini, bir oylama veya seçimde basit ya da bunun gibi

<sup>10</sup> KRÖGER, **Richterwahl**, in: **BVerfG und GG I**, 1976, s.76 ,91.

<sup>11</sup> Bk. LAUFER, **BVerG und politischer Prozeß**, 1968 s.188 vd.

mutlak çoğunluk yerine azınlığı korumanın klâsik bir aracıdır.<sup>12</sup> Bu bağlamda Alman Anayasası da azınlığın haklarının korunmasını üstlenmiştir ve bu nedenle 2/3 nitelikli çoğunluk aranması getirilmiştir. Bu yaklaşım çoğulcu demokrasinin de gereğidir. Parlamentodaki sandalyelerin 1/3 üne sahip olmayan bir parti gurubu (eine Fraktion), kuşkusuz yargıç seçiminde, sadece bir sandalye daha büyük bir partinin kararına bırakma zorunluluğu bağlamında faaliyete katılır.

**b) “Nisaba” ulaşma fikri eşitlikten kaynaklanır**

Parlamento çoğunluğu ve muhalefet bir oйдаşma - 2/3 çoğunluğu sağlama koşulunu zorlar. Gerçi (bu düzenleme hükmünün anlamına göre) “ad hoc und ad personam” belleğimizdedir<sup>13</sup>. Ancak aday üzerinde bir kabul oluşmadan da seçilebilir. Her yönüyle en az 1/3 oy bağlamında düşündüğümüzde ve bir tasarruf hakkı buldukça (ki, bu koalisyon ve muhalefet arasındaki bir eşitliğe dayanır), nitelikli çoğunluğa ulaşmayı zorlama, aynı haklara malik olmadan husule gelir (= “Parität zwischen Koalition und Opposition”)<sup>14</sup>. Başka anlatımla “nisaba” ulaşma fikri eşitlikten kaynaklanır. Şu var ki, bu amaçla Bonn uygulamasında kişiler üzerinde uzlaşmada ( bir muvafakat zorlamasında aksaklıklara) işaret olunur. Aksine her iki büyük parti ( fazla veya daha az) yargıç sandalyelerini böler. Bir yargıcın yeniden bir görev ve faaliyet için ayrılmasında hangi parti gurubunca gerçekleşeceği açıktır.<sup>15</sup>

Günümüzde Alman parti gurupları, yargıçlık görevine getirecekleri adayları ayırmada, görevlendireceklerini ve önerileri yaparlar. Bu öneriler, bir kural içinde karşı taraftan hazmettirilir ve federal konsey tarafından ve parlamento seçim (ikinci seçmen / ”müntehibi sani” ) komisyonunca (vom Wahlmännergremium des Bundestages) ekseriya “ittifakla” kabul olunur. Burada (en az resmi)“ umumiyet” katılımı yoktur. Seçime iştirakçilerin yaptığı müzakerelerde ağzı sıkılık (gizlilik) vardır.<sup>16</sup> Özellikle 2/3 nitelikli “nisab” ilkesinin tehlikesi bağlamında, Bonn’daki iki politik güç nüfuz alanı güvencesinin dejenere edilmesinin de söz konusu olduğu yazılmıştır. Bu yöndeki aşırıya kaçmalar gözlenebilir ama karşı güçler de sorunu çiğnemekten geri kalma-

<sup>12</sup> Bk. HEUN, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*, 1983, s.125 vd.

<sup>13</sup> PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, s.33 vd.

<sup>14</sup> Bilgi için BETTERMANN, *Opposition und Verfassungsrichterwahl*, in: FS Zweigert, 1981, s.726 vd.

<sup>15</sup> Bk. FROWEIN /MAYER/ SCHNEIDER, *BVerfG im dritten Jahrzehnt*, 1973 , s.71 vd.

<sup>16</sup> Bk. § 6 IV 4 BVerfGG.

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

mıştır. Parti guruplarının “tarafsızlık” üzerinde uzlaştıkları da vurgulanmalı.<sup>17</sup>

Alman Federasyonunda, koalisyon ve muhalefet arasında (üye seçiminde “ der Perität” bağlamında), yaşayan partiler arasında bir “harmoni” oluşturulduğu gözlenebilir ve Alman BVerfG kararlarında parti gurupları arasında üye seçmede eşitlik yönündeki ağırlıklı kararlar izlenebilir. Kuşkusuz, çoğunluk ve azınlıklı partilerin üyeleri anlaşarak seçebilmeleri en azından eşitlik kavramında düşümdeşir.

### 8- Alman Anayasa Mahkemesine Yargıç Seçme Usulünde Tartışmalar ve Pozitif Alt Yapı

#### A- Önemli Bulduğum Görüşler

Alman doktrininde iki önemli görüş ilginç gelebilir.

Anayasa Mahkemesine yargıç seçim usulünde bir pratik seçim usulünün ret edilip – ret edilemeyeceği(ya da kararlaştırma) mantığı, BVerfG’in işlevi hakkındaki bir “ön anlayış”a (Vorverständnis) bağlıdır. şöyle ki:

#### a) Bir Görüş

Alman Anayasa Mahkemesinin (BVerfG) de bir mahkeme olduğu ve bir mahkemeden başka bir şey olmadığı, bu yüzden diğer mahkemeler gibi tarafsız (neutral) olması gerektiği sonucu çıkarılır. Ancak BETTERMANN’ın yazdığına bakılırsa bu durum “gayri meşrudur” (illegitim). Çünkü anayasa yargısının anayasal eşgüdümünde, Anayasa Mahkemesinin parlamentonun aksettirdiği görüntüdeki (oluşumu tablosunda) parti guruplarına orantılı rol dağıtımını yapmada üçüncü bir güç (dritten Gewalt) oluşturduğu, eskilerin deyişiyle “telif kabul etmez”. Muhalefet(siyaset) ne isteyebilir? Parlamentonun tüm guruplarının güvendiği, tüm anayasa yargıçlarından yararlanması; sadece çoğunluğun değil, azınlığında (azınlıklarında); sadece koalisyonun değil, aksine muhalefetin de yararlanması gerekir.

Anayasa Mahkemesi ne çoğunluk ne de azınlık temsilcilerine aittir. Aksine sadece böyle yargıçlar, tüm politik ve parlamenter guruplar ve güçlere aynı mesafede olmalı ve durmalıdır. şu kadar ki, muhalefetin sayıca azlığının oy verme engellenmesinde mahkemenin heyetçe tarafsızlığı bir araç olarak kullanılmalı, bir suiistimal yapmak yerine kendine has parti yandaşları eğilimi bir geminin su seviyesinin ayarlanmasında olduğu gibi kararlara yansıtılmalı

<sup>17</sup> Fazla bilgi için bk. BÖCKENFÖRDE, *Verfassungsfragen der Richterwahl*, 1974,s.106 vd.

ve hükümetle de “tabir caiz ise” ‘ganimet’ bölünmesi söz konusu olmalıdır<sup>18</sup>.

### **b) İkinci Bir Görüş**

HÄBERLE de başka bir örnek, bakış açısı verir<sup>19</sup>: Anayasa yargılaması, asgari olarak da tüm sistemde politik davaların (muhakeme usulünün) kısmi usulü olarak bir politik işleve sahiptir. Bu yüzden Anayasa Mahkemesinde olanaklı olduğu kadar iyi (optimal), toplumsal ya da çoğulcu mevcudiyetin yararının, başka anlatımla kamu yararının temsilinin bir güvencesine yargıç seçimi ile ulaşmada önem kazanacaktır. Günümüz mahkemelerine rol dağıtım usulünde; hükümet ve muhalefet vasıtasıyla, çok veya daha az Senetoda bir dengeye ulaşmak, ancak mutabık olmada söz konusu olabilecektir.

Kanımcı da değinilen ilk görüş sadece bir çıkış noktası üretebilir. Anayasa Mahkemesi, politikanın devamında bir organ ve Halk içinde politik akımların temsilcisi de değildir. Özellikle bir mahkeme politik yaşamda resmi bir sıfatla davranmaz veya temsil etme işlevi yoktur. Ama ilke, hukuku tamamen gerçekleştirmek de değildir.

Anayasa Hukukunun açıklığı ve Anayasa Mahkemesi kararlarının politik ağırlığı karşısında, genel politika bağlamında bir seçim aracılığıyla federal Anayasa Mahkemesi yargıçlarını özel demokratik haller gibi “politik” bazda bağlama düşüncesi doğrudur. Bununla birlikte, gerçekli (emin olunan- fiili, hukuki değil) bir gereksinimle, fraksiyonculuk ve çoğulculuk delinebilir (ikna söz konusu olunabilir). Sorun olan bu delme-kesme işinin ne dereceye kadar “caiz” olma durumudur. Ve bu sorun nasıl sınırlandırılabilir?

Nihayet Federal Anayasa Mahkemesi yargıcını seçme daha az milletvekili sorumluluğunda oluşur. Mahkemenin yargıcını seçme olgusu, yandaş kaynağı veya müzakere yapma ve karar oluşturmalarda yargıç eğiliminin pek az bir rol oynama olgusunun teyididir. Seçim tarzının

(Wahlmodus) değişimindeki öneriler, ikna edici olmayan büyük bir sayıyı yansıtmaktadır.

### **c) Ara değerlendirme bir**

Sonuçta Anayasa Mahkemesi işlevi, Anayasal ideolojiyi koruma, kollamadır. Dolayısıyla oraya yargıç seçimi özellikle demokrasi standardına ula-

<sup>18</sup> BETTERMANN, *Opposition und Verfassungsgerichtswahl*, in:FS Zweigert,1981,s.726;SCHLAICH, *Neutralität als vefassungsgerichtliches Prinzip*,1972,s.63 vd.; KNÖPLE, *Richterbestellung und Richterbank bei den Landesverfassungsgerichten*, in: *Landesverfassungsgerichtsbarkeit I*, s.234-237.

<sup>19</sup> HÄBERLE, *Gurundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976,s.4-24.

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

şılamayan (demokrasiyi araç olarak algılama) ülkelerde, hukukun üstünlüğünü milli irade olarak algılayan ve demokrasiyi sadece seçime indirgeyen katı anlayışlarda iktidarı elde etmek için katı çatışmaların yaşana geldiği yeterince görülebilir. Dolayısıyla Alman Hukukundaki yargıç seçimindeki tartışmalara hak vermek gerekmektedir. Ve yargıç seçiminde, nasıl Anayasa yapmada elverdiğince toplumsal güçlerle uzlaşma gerekiyorsa, Anayasayı uygulamada, aykırı olarak çıkarılabilecek yasaların uzlaşma sağlanan Anayasaya uygunluğunu denetlemede yargıçların kendi dayatmalarını-eğilimlerini uygulamaya yansıtma değil de (ki, kendi anlayışını mahkeme dışında bırakarak) hukukun üstünlüğünü sağlayacak teknik bilgilerle, bakış açılarıyla mevcut Anayasayı koruyacak kararlara, halkın zemininde kalarak çözümler getirecektir.

Anayasa Mahkemesine yargıç seçiminde, yargıcı tarafsız kılacak faktörleri gözetmezsek toplumda adalet duygusu yıpranır ve baskıcı rejimler söz konusu olur.

Son Anayasa değişikliğiyle Dünyada görülmedik bir biçimde Anayasa yargıçlar kurulunun ön dördünü şu veya bu biçimde Cumhurbaşkanı seçtirirseniz, bunun adını koymada hukuk sistemi de şaşar. Yargıçların tüm gurupları gözeterek tarafsız olarak seçilmesi, daha da önemlisi tüm yargıçların batılı hukuk devleti anlayışını ve bilimini iyi hazmetmesi(ki, oraya dahiliz) ve kendi ideolojisini mahkeme salonuna taşımaması, beğenmesi de tüm enerjisini onayladığımız batı evrensel hukuk değerleri metinleriyle ve onlara paralel olması gereken iç hukuk metinleriyle karar üretmeye yönelme olmalıdır. Çünkü yargıç, mevcut hukuk vasıtalarını kendi ideolojisine göre değil, çağdaş hukuk bilimi donanımlarıyla kullanarak adalet dağıtmalıdır. Gözlem odur ki, hukukun üstünlüğünü savunuyorsak ulaşılan çağdaş hukuk çözümlerini dikkate alabilen, Avrupa normu derecesine sahip olan bir toplum üretmeliyiz. Bu standardı yakalamak istemeyen toplumlar, ideolojik yaklaşımlar labirentlerinde boğuşur durur ve iktidarlar bencilleşir. Arkası karanlıktır. Önce her tür görüşü olanlar ilke olarak Anayasanın üstünlüğünü (=hukukun üstünlüğü) hazmetmelidir. Anayasanın iktidarı eline geçirenlerin Anayasası olmasını değil, olanaklı olduğu kadar toplumun tüm diri güçleriyle konsensus sağlanarak toplumun Anayasası olmasını sağlamak gerekir. Nihayet yapılan Anayasayı, hukukun üstünlüğünü sağlayacak ve uygulama yapabilecek tarafsız yargıçlar yetiştirmek gereklidir. Ve yüksek mahkemelere yargıçları seçerken de uygulanacak “modus” için seçimde tarafsız davranabilecek yargıçlar üzerinde yoğunlaşmak gerekecektir. Asıl olan mevcut Anayasayı ideolojik sapmalarla değil de hukuk kültürü üstünlüğü bağlamında uygulayabilecek, hukuka sadık taraf-

sız yargıçların seçimi önem kazanmaktadır. Bu bağlamda iktidarı eline geçirenlerin de görüşleriyle demokratik donanımla hareket etmeleri, kendi ideolojilerine doğru sapmamaları, başka deyişle demokratik tablodaki yerlerini doğru algılamaları gerekecektir.

## **B- Alman Anayasa Mahkemesine Üye Seçiminin Pozitif Alt Yapısı**

### **a) Anayasa Hükümleri**

Alman Federal Cumhuriyeti(BRD) “ **Federal Anayasa Mahkemesi, tüm diğer Anayasa organlarına kıyasla bağımsız ve otonom bir Federal Mahkemedir**”(BVerfGG § 1).

Bu mahkemenin kuruluşunu düzenleyen Federal Anayasa 94.maddesi şöyle der:

**“(1)Federal Anayasa Mahkemesi, federal yargıçlar ve diğer üyelerden kurulur. Bu üyelerin yarısını Federal Parlamento, kalan yarısını ise Federal Konsey seçer. Üyeler, ne Federal Parlamento'ya, ne Federal Konsey'e, ne Federal Hükümete ve ne de bir eyaletin benzer organlarına mensup olamazlar.**

**(2) Federal bir kanun(BVerfGG), Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve yargılama usulünü düzenler. Anayasa Mahkemesi kararlarının hangi hallerde kanun gücünde olacağını saptar...”**

### **b) Kuruluş kanunu (BVerfGG) hükümleri**

Kuruluş Kanununun 2.paragrafı, (1) “**Federal Anayasa Mahkemesi iki Senetodan oluşur**”; (2) “**Her Senetoya sekiz yargıç seçilir**”; (3) “**Her Senetodan üç yargıç, Federal Temyiz Mahkemesi üyelerinden seçilir. Ancak Federal Temyiz Mahkemesinde en az üç yıl çalışmış olan yargıç seçilmelidir**” der.

**Yargıcın liyakatini saptayan** 3.paragrafta, (1) Anayasa Mahkemesi üyesi olmak için kırk yaşını doldurmuş olmak, Federal Parlamento'ya(Zum Bundestag) seçilebilir olmak ve yazılı bir beyanla üye olmak niyetiyle Federal Parlamento'ya başvurmak; (2)Alman Yargıçlık Kanuna göre yargıçlık ehliyetine sahip olmak; (3) ne federal parlamento, ne federal konsey, ne federal idare, ne de bir eyaletin benzer organlarına mensup olmamak, böyle organlara atanmış ise bunlardan ayrılma; bir Alman Yüksek Okulunda hukuk öğretmenliği olarak başka bir mesleki faaliyette bulunmak yargısal faaliyetle uzlaşmaz.

Anayasa Mahkemesi yargıçı olarak faaliyet göstermede yüksek okul hocasının rüçhan hakkı vardır.

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

**Yargıcın çalışma süresi başlığında** (4.paragraf), (1)yargıcın çalışma süresi 12 yıldır ve en uzun yaş sınırına dek (bis zur Altergrenze) sürer; (2) yargıcılık süresi dolunca yeniden veya daha sonra seçilmek olanaksızdır; (3) yaş sınırı, yargıcın 68 yaşını doldurduğu ay sonunda biter; (4) yargıç çalışma süresinin bitişine göre ve yerine halefi atanıncaya dek işlevini sürdürür.

**Yargıcı seçim organları**(5.paragraf): Her Senoto yargıç sayısının yarısı, her defa federal temsilciler meclisi(Bundestag) ve federal konsey(Bundesrat) tarafından seçilir... **Federal Temsilciler Meclisi Seçim Usulü**(Parag.6): Meslekten yargıçlar, (1)Federal Parlamento (Bundestag) kanalıyla indirekt seçimle seçilir;(2) Federal Meclis, nispi temsil düzenlemesine göre, Anayasa Mahkemesi yargıçlarını, federal meclisin 12 üyesinden oluşan bir seçim kurulu (einen Wahlasschuß) seçer. Her parlamento gurubu bir öneri verebilir. Her öneri için verilen oyların toplamından, **d'Hondt usulü** (en yüksek sayı usulüne göre) bağlamında her öneriyle seçilmiş üyelerin sayısı hesaplanarak sonuçlandırılır. Sırasıyla önerideki ismi geçen seçilmişler(seçkinler) gösterilir. Seçim Kurulunun bir üyesi ayrılma ya da engellenmiş olduğunda( üyelerden birisinin üyeliğini kaybetmesi), aynı listedeki sıradaki önerilmiş üye ( durch das Nächste) ayrılanın yerini alır; (3)seçim kurulunun en yaşlı üyesi, seçim kurulunu derhal bir haftalık davetiye müddeti içinde çağırarak tüm yargıçların seçimine dek seçimi yapma oturumunu sevk ve idare eder; (4) seçim kurulu üyeleri; bir açmazlıkta; seçim kurulunda adaylar ya da talipliler hakkında, onların faaliyetlerinden duyulan veya bilinen kişisel koşulları ayrıca onlar hakkında bu amaçla yapılan uçarı görüşmeler ve oylamayla sorumludurlar; (5) en az sekiz oy alan yargıç seçilir.

**Federal Konsey Seçim Usulü** (Parag. 7): Federal Konseyce, meslekten olması gereken yargıçlar, federal konseyin 2/3 (mit zwei dritteln) oyu ile seçilir (7a Paragrafının başlığı Özel Durumlarda Seçim Usulünü içerir).

**Öneri Listesi** (Parag.8): (1) Adalet Bakanlığı (Das Bundesministerium der Justiz) tüm federal yargıçlardan bir öneri listesi saptar( Liste çıkarma yurkarıda değinilen paragraf 3'ün varsayımları-fıkra 1, 2 bağlamında yerine getirilir); (2) Adalet Bakanlığı, Federal Anayasa Mahkemesinde bir yargıcın görevi için Federal Temsilciler Meclisi, Federal Hükümet veya bir eyalet hükümeti gurubunca önerilmiş ve kabul olunan tüm kişilerin diğer bir listesine klavuzluk yapar (Paragraf 3,fıkra 1-2 bağlamında); (3) Listeler bir seçim öncesi geçerli olarak tamamlamak ve en geç bir hafta içinde her iki meclisin başkanlarına verilmelidir.

**(c) Ara değerlendirme iki**

Yukarıda yazılanlara bakılırsa ve Türk Anayasa Mahkemesinin son yapısal değişikliği, Alman örneğini sıkça yineleyenlere umarım bir fikir verecektir. Çünkü çoğulcu demokrasinin uzlaşma kültürüne sahip olamayışımız ve Cumhurbaşkanının 17 üyeli Anayasa Mahkemesi Kurulunun öyle veya böyle 14 üyesi üzerinde söz sahibi olması olayı, “dervişin fikri neyse zikri de olur”(= ‘Wes das Herz voll ist, des gehet der Mund über’) özdeyişini hep hatırlatacaktır. Oysa yargıçlar bağımsız yargının yargıçları statüsüne kavuşturulmalıdır. Ve yargıçlar hukuk metinleriyle çalışan ve hukukun üstünlüğü bağlamında her görüşün tarafsız yargıcı olarak teknik hukuk bilgisine dayalı mesai yapmalıdır. Yargıç herkesin yargıcı ve bağımsız olmalıdır. Bunu gerçekleştirmenin asgari yolları vardır. Yargıçların Batının yargıçlarının öğrendikleriyle yargıç oldukları ve başta Anayasamız, uluslar arası kanun hükmünde antlaşmaların da hukukumuzun metinleri olduğu unutulmamalıdır.

**ANALİZLERİ SÜRDÜREN BİR SONUÇ**

Anayasa herkesi bağlar(md.11,90,138,153). Yargı organına millet adına yetki kullanma işlevi verilmiştir. Yargı organlarının kararlarını “yorum” diye nitelemek ve ötelemek bir Anayasa ihlâli oluşturabilir. Onun için anayasaya göre yasama, bir yetki dolmasına, bir yetki saptırmasına gidemez.

Anayasanın değişmezlik yasağı koyduğu 2.maddenin dayandığı Başlangıç kısmında vurgulanan “ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı” hükmü karşısında, dahası kuralları seslendirme, tanımlama hakkı bulunan yargı yerlerinin içtihatlarını görmezden gelme ve bunları etkisiz kılma çabaları, anlatılan teknik hukuk bilgileri karşısında bir değer taşımayacaktır. Anayasayı koruma görevi olan Anayasa Mahkemesinin dahi düzenleyici Anayasa profili karşısında sadece objektif davranması (Lâik devlet ilkesinin yanında olması) gerektiği zorunlu gibi görünmektedir. Bu tabloya AİHM de dahildir. “Anayasayı bir defa delsek ne olur?” sorusunu sormak “anayasacılık akımını” özümsemekten kaynaklanır. Anayasal devlette görev alanların Anayasaya uymama lüksü yoktur. **Toplumlar gereksinimleri karşılamayan Anayasayı gene bilimin ışığında değiştirerek yoluna devam edecektir.** Asıl olan üstünlerin hukukunu değil Anayasanın üstünlüğünü, ilk kez Alman hukuk yazınında kullanılan “hukuk devleti” gereklerini benimsemektir.

Son Anayasa değişikliği yasasında değerlendirmeler, yürütmenin üstünlüğüne kayıldığı, geçmişte yaşandığı gibi plâtonik mutlak milli irade ya-



## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

nılıgına düşüldüğünü gösterebilir. Sosyo politiğimiz bunu gerektirir derseniz, bu ayrı bir durumdur. Yöneticilerin sık sık başvurduğu milli irade tezini, bir sıgınak olarak alan söylemleri de aynı izlenimi vermektedir.

Hükümet edenlerin iktidarına oranla, “**egemenlik anayasadan öncedir, üstündür ve kurucu niteliklidir. Siyasal iktidarın kullanımı ise sınırlı olup yetkilerini Anayasadan alır**”.Anayasaya uygun olarak kayıtlı-koşullu kullanım ile görevlilik esastır. Unutmamak gerekir ki, egemenlik kuramları “**insan aklının yapılarıdır**”.

Sonuç olarak Almanya’da Anayasa Mahkemesi yargıçlarının seçiminde Meclislere rol verilmiştir ama bunun süzgeçle elenmesi gibi parlamentoda temsil guruplarının uzlaşması sonucu 2/3 nisapla seçim yapılacaktır. Bunun anlamı, her parti bir biçimde seçime katılacaktır. Kuşkusuz amaç, yargı bağımsızlığı koşulunun sağlanmasıdır.

Eğer bir ülke Batı Demokrasisini seçmişse, bir parti veya her parti çoğulcu demokrasi ilkelerini gözetmek durumundadır. Parlamentoda 2/3 çoğunluğu aşsa dahi çoğunlukçu dikta demokrasisine sapamaz. Demokrasi mücadelesi tarihinde, egemenlik kralın elinden alınarak millete verilmesi olayında görüldü ki, geçmişte bir kişi diktatörlüğü olgusu yerine bu kez çok kişinin diktatörlüğü uygulama buldu. Batı “nazizim” örneklerine sahne oldu. İşte yasamanın diktatörlüğü olgusunun vücut bulmaması, denetim altına alınması için Anayasa Mahkemeleri özellikle Kara Avrupası’nda bu amaçla ortaya çıktı. Ancak günümüzde “milli irade” tezine yanlış sarılarak çoğunluğun diktasına(çoğunlukçu demokrasi= genel irade kuramı) sapma örnekleri, hukukun üstünlüğü kalıbı ışığında çoğulcu demokrasi anlayışının tüm kurumlarıyla kurulup işletilmesinin kısaca çağdaş katılımcı demokrasi kavramının ve uygulamasının gözetilmesini gerektirmektedir. **Demokrasinin birinci koşulu seçimdir ama tek koşul değildir.** Temel hak ve özgürlükler meselesi, demokrasinin ağırlık noktasıdır. Anayasa Mahkemesi iktidarının da bilimsel dayanağı, her kurum gibi son bir analizle hukukun üstünlüğünü sağlama ve anayasal düzeni korumaktır. İşte üyelerinin seçimi, seçim modusu da önem kazanmaktadır. Kuşkusuz bu önemli kurumu pasifize ederek gerçek rolünü oynamaktan uzaklaştırmak, anayasaya uygunluk denetimi rolünü bağımlı hale sokacak siyasallaştırmalara yönelmek, hukukun üstünlüğü tezinin anlamsızlaşması olacaktır. Asıl olan, Anayasa Mahkemelerinden beklenen evrensel, çağdaş rolün yerine getirilmesini sağlayacak bir seçimle yargıçları seçmek ve bu mahkemelere uygun ağırlıkta adalet dağıtacak kariyerli yüksek yargıçlara görev ver-

mektir. Bu yargıçların kuşkusuz görevi, hukuk yazınında tanımlanan hukukun üstünlüğü değerinin çoğulcu demokrasi düzleminde uygulamasını sağlamaktır. Onun için mahkemelerin tekrar yürütmenin denetimine sokulması değil, onların adalet hizmetini dağıtabilecek koşulları yaratmaya çaba sarfetmek bir “beka” sorunu olarak gözlenmektedir.

Günümüzde yapılan sert tartışmaları yanıtlayabilmede Ord.Prof.Dr. A.Fuad BAŞGİL’in şu sorgulamalarına katılmama olanağı yoktur: “**Zorbalık ve baskı rejimleri, her zaman gücün ve yetkinin sayılı birkaç elde ya da bir başta toplanmasından doğmuştur...baskı politikası yoğunlaşan güç tekelinin sonucudur...güç tekeli ele alanın bu baskı politikasını yasallaştırmak için dayandığı çoğunluğun demokratik olması, yapılan baskının haklı olduğuna inandırır ki, bu da baskıyı katlanamaz bir duruma sokar. Bu konuda alınacak önlemlerin başında ... güç ve yetkilerin tek elde toplanması yerine bölünüp birbirine karşı birer özerk organ durumuna konulması gelir**”<sup>20</sup>.

Bu değerlendirme bizi kuşkusuz hukuk devletinin erkler ayrılığı koşuluna taşır.

Montesquieu **Kanunların Ruhunu** isimli eserinde ne diyordu? “**Ezeli bir deneyimle sabittir ki, kuvvet sahibi herkes bunu kötüye kullanmaya eğilimlidir ve kuvvetini buluncaya kadar gider...kuvvetin kuvveti durdurması gerekir**”<sup>21</sup>.

Özetle, çağın Anayasasını yapacaksa çoğulcu demokrasiyi getiren 1961 Anayasası felsefesine dönmemiz ve hukuk devletinin olmazsa olmazı erkler ayrılığı bazında idarenin her türlü eylem işlemini denetleyebilecek bir yargı mekanizmasını kurmalıyız. Bu yetmez. Bu mekanizmayı sürdürecektir yansız, bağımsız yargı anlayışını egemen kılmalıyız. Kuşkusuz bu dilek, içinde olduğumuz muasır medeniyet tezlerine uygun olmalı ve toplumun hazım gücünü çağın egemen doktrini demokrasiyi bilinçli bir düzeyde kavrayabilme donanımlarıyla beslemelidir.

Rousseau’nun “genel irade yanılmaz, kamunun iyiliğini ister” tezinin matematik ispatının olmadığı; azınlığın fikrinin de kamu iyiliğini isteyebileceği yargısının doğruluğunun çoğulcu demokrasiye geçişi sağladığını hatırlamalıyız. Dolayısıyla sürekli milli irade tezine platonik bir biçimde sarılma ile parlamentonun etkin bir çoğunluğuna ulaşma ile her şeyi yaparım algısıy-

<sup>20</sup> VELİDEDEOĞLU, 12 Eylül KARŞI Devrim,1989.

<sup>21</sup> MEMİŞ, s.205.

## Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler

la davranarak tarihte görüldüğü gibi azınlığı hiçe sayan çoğunluğun diktatörlüğüne sapma(çoğunlukçu demokrasi)sonuçta totaliterliğe kayma olacaktır. Onun için klâsik Anayasa Hukukunda anlatılan rejimlerden birini seçmiş iseniz önce karşılıklı denetim mekanizmalarını sağlam ayarlara bağlamanız gerekir. Yargı bağımsız bir mekanizma olmalıdır. Meğer ki, yürütmenin elinde olsun.

Anayasa Bethoven'in 9.senfonisidir. Toplumun mutluluğunu sağlayacak hukuksal ve siyasal orjinlerin sağlam ayarlara bağlanması sözleşmesidir. Toplumun geleceği meselesidir. **Sınırsız değişim eğrisinin sınırsızlığını sağlayan sınırlı organlar eğrisidir.** Onun için Anayasayı toplumla, zinde güçlerle yapılmalı ve sağlam bir düzlemi beslemelidir. Anayasalar toplumların kefilidir. Hukukun üstünlüğünün kefilidir. Üstünlerin hukuku değil hukukun üstünlüğü geçerli olacaksa, bunun güvencesi kişiler değil Anayasa olmalıdır. Başka deyişle kişilere endeksli güvencelerin önemi yoktur. Çünkü temel hak ve özgürlükler ancak demokrasi olduğunu savunan rejimlerde kalıcı işlevlidir. Şunun bunun güvencesine göre düzenlenemez. Kanunlar, nesnel koşullar bağlamıyla düzenleme yapılır ki, Anglo-Saxson hukukunda birey-devlet eşitliğine (Kara Avrupası'nda kamu yararının devlet dizaynında önem taşınması, idarenin bireye karşı öncelikli orjine sahip olması) dayanan hukukun üstünlüğü (hukuk devleti) dediğimizde bu anlaşılır. Vatandaşlar, demokratik güvencelerin geçerli olduğu bir toplumda kimsenin güvencesi olmadan haklarını kullanmayı "İnsan Derisiyle Kaplı Anayasa"ya (T.Z.Tunaya'nın eserinin ismi, Paris'te müzede) borçludur.

Anayasanın halkoylmasına sunulan değişikliğinde (ki, bu çalışma yapılırken sonuç %58 evet,%42 hayır olarak çıkmıştır), özellikle HSYK gibi yargı bağımsızlığını doğrudan ilgilendiren yeni değişiklik maddesinin önemi, yargının bağımsızlığının bizatihi bu kuruldan geçmesi gerçeğidir. Bu cümleden olarak bağımsız bir yargı projesinde HSYK'nın yürütme kuşatmasından kurtarılması gereklidir. Yargının "pranga" olduğu tanısı karşısında, HSYK'nın ne anlama geldiği sorgusunun önemi hemen anlaşılacaktır. Eğer "hakimler devleti" itirazınız varsa, yargıç yetiştirme projesini devreye sokmalısınız. İktidar yargı denetiminden kurtulmak istiyorsa, günümüz demokrasisinde siyasal iktidarın yargı denetimine bağlanması demokrasinin en temel koşulu olduğu unutulmamalı.

Mevcut uygulamada Adalet Bakanının HSYK'nın karar almasını engellediğini yaşıyarak gördük. Yargıtay kararı olan yargıçlar ve hakkında so-

ruşturma açılması istenen savcılarının durumları, HSYK’da görüşülemiyor. İşte burada Anayasa değişikliği istenmesi amacının sorgulanması, haklı sonuçlar üretmektedir. Asıl sorun, Milli Güvenlik Konseyi üyesi olan Adalet Bakanının yetkileri meselesidir. Örnek verirsek genel kurulda konuşulacak bir kararname, gene HSYK başkanı olan bakan tarafından engellenebilecektir. Değişiklikle bu kez Müfettişler HSYK’a bağlandı ama Soruşturma için bakan onayı gerekli olduğu için engelleme barajı devreye girebilecektir. Daha da önemlisi HSYK başkanı Bakan kararına karşı yargı yolu açık değildir ( Yeni değişiklikte Adalet Bakanı yerine “ HSYK Başkanı” denilmiştir). Bu şudur: Adalet Bakanı işlemlerine yargıda itiraz edilebilir ama HSYK işlemlerine karşı “ihraç” hariç, diğer 6 disiplin cezasına karşı yargı yoluna başvuru yasakları sürmektedir. Yine önceki metinde Adalet Bakanı yerine bu kez HSYK Başkanı denmiş ve başkanın temsil yetkisi olduğu vurgulanmıştır. Bu şuna benzer: Vilayeti Vali, Üniversiteyi Rektör... HSYK’ı da Adalet bakanı (HSYK Başkanı) temsil edecektir. Burada amaç nedir? Sorgulama yaptığımızda sonuç olumsuzdur.

HSYK Sekreterini bakan atayacak değişikliğinde, HSYK seçse daha mantıksal olmaz mıydı? Yargının geniş temsili için aşağılara doğru temsil yetkisi kuşkusuz önem taşır. Ancak dengenin yüksek yargı aleyhine bozulabilme olasılığı, diğer söylemlerle denge bozukluğu da sorgulanmalıdır. Çünkü önünde uzun bir çalışma süresi olan seçimle üye olabilecek 1.derece meslek mensuplarının Adalet Bakanının etkisine açık olduğu gerçeği de ortada durmaktadır.

Üstelik genel kurul ile eşgüdümlü çalışacak HSYK dairelerinin işlevlerinin kanunla düzenleneceği hükmünün dayanağı, Anayasada bazı temel ilkelerle saptanmış olsaydı daha güvenceli olabileceği savunulabilir. Denebilir ki, düzenleme kanunu Anayasa Mahkemesine götürülebilir. Şu var ki, Cumhurbaşkanının şu veya bu biçimde 14 üyeyi atayacak olması hakkındaki sert tartışmaların uygunluk denetimi üzerine gölge düşürebileceğini varsaymak da yaşayarak görmediğimiz için küçümsenemeyecek bir durumda gözlenmektedir.

İşte böyle bir Anayasayı, değişikliklerini ve Anayasanın özellikle yargı organlarını, birinci sınıf yüksek kurumlarını yapılandırmayı, anayasacılık akımları bağlamında ve bilimin öncülüğündeki yöntemlere göre yapmalıdır.

“Barika-i hakikat, müsademe-i efkârdan doğar”.