

YAYIN NO: 2030

Kamu Hukukçuları Platformu IX. Toplantısı
Türkiye’de ve Dünyada Hukuk Devletinde Aşınma Hukukun Araçsallaştırılması –
Belirsizleştirilmesi 12-13 Kasım 2021 (Çevrim içi)
Editörler: Didem Yılmaz / Uğur Orhan / Ece Göztepe

ISBN 978-625-432-189-4

1. BASKI - İSTANBUL, HAZİRAN 2022

© **ON İKİ LEVHA YAYINCILIK A. Ş.**

Adres Prof. Nurettin Mazhar Öktel Sokak No: 4/1 Şişli / İSTANBUL

Telefon (212) 343 09 02

Faks (212) 224 40 02

Web www.onikilevha.com.tr

E-Posta bilgi@onikilevha.com.tr

 facebook.com/onikilevha

 twitter.com/onikilevha

 instagram.com/onikilevha

Baskı/Cilt Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No:2
Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul
Tel: (212) 269 30 00
Sertifika No: 52846

onikilevha

SEMPOZYUM DÜZENLEME KURULU

Prof. Dr. Ece Göztepe (İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Elvin Evrim Dalkılıç (İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Didem Yılmaz (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğretim Üyesi Zülfiye Yılmaz (İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Ar. Gör. Uğur Orhan (İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

SEMPOZYUM BİLİM KURULU

Prof. Dr. Fazıl Sağlam (İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Rona Aybay (İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Yasemin Özdek (Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Oktay Uygun (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Kemal Gözler (Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi - *Emekli*)

Prof. Dr. Selda Çağlar (Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi)

Doç. Dr. Ozan Ergül (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

TÜRKİYE’DE ANAYASAL ÇÜRÜME VE YENİ DÖRDÜNCÜ ERK TEORİSİ: “ÇÜRÜMÜŞ BİR ŞEY VAR DANİMARKA KRALLIĞINDA” *

*Doç. Dr. Tolga Şirin***

Giriş

Bildirimim konusu ve planı çok karmaşık sayılmaz. Temel sorum şu:

Türkiye’nin içinde bulunduğu durumu kamu hukuku perspektifiyle nasıl adlandırabiliriz ve buna dönük kurumsal çözümlerimiz neler olabilir?

Bu soruları tüketici biçimde yanıtlamayı değil ama olası yanıtlardan bir veya birkaçını ortaya koymayı, bunu da ilgili literatürü tanıtarak ve alt sorular sorarak ele almayı planlıyorum.

Bu bakımdan ilk bölüm bilimsel “niteleme arayışı”, ikinci bölümü de kurumsal “çözüm arayışı” olarak başlıklandıracağım.

I. Niteleme Arayışı: “İnce Şeyleri Anlamak”

Türkiye, karanlık bir dönemden geçiyor. Bu, farklı gerekçelerle de olsa makul çoğunluğun malumu. Kuşkusuz, bu karanlık dönemin kamu hukukçularına da bakan bir yüzü var. Acaba bu yüzü nasıl adlandırabiliriz? Sorunun ucu açık. Çünkü içinde bulunduğumuz süreci anayasal bir bağlamda tanımlamak için, herhangi bir sorun bulup başına “anayasal” sıfatı koyarak

* Hamlet’te birinci perdenin dördüncü sahnesinde Subay Marcellus’ın Hamlet’in eski dostu Horatio’ya söylediği bu ünlü söz, tarihin Aydınlanma uğrağında eski rejimin şatolarının ve saraylarının, içindekilerle birlikte çürüyüşüne ve gelmekte olan modern kurumların yadsınamazlığına da bir göndermeydi. Bugünün Türkiye’sinde (ister sarayda ister şatolarda) böylesi bir çürüme fazlasıyla geçerli. *Shakespeare, William: Hamlet, Çev.Sabahattin Eyüboğlu, İstanbul, 2020, s. 28.*

** Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, E-posta: tolgasirin@gmail.com, ORCID: 0000-0002-7172-5426.

Meseleye dikkatimi çeken Özen Ülgen’e metindeki katkıları için de teşekkür ederim. Bir teşekkür de metni okuma ve öneri geliştirme zahmeti gösteren değerli Seda Özkan’a.

sayısız kavram türetmemiz mümkün. Hele ki son yıllarda “anayasal x” kabilinden nitelemelerin “anayasal enflasyon”unu dikkate aldığımızda ve bunun kanıksandığını düşündüğümüzde bu çok daha mümkün.

Bu mümkünlükten, -dikkatli bir tutum ve tutarlı bir arka plan varsa- rahatsız olmayı gerektirecek bir neden yok. Çünkü Gülten Akın’ın “*Ah, kimselerin vakti yok / Durup ince şeyleri anlamaya*” dediği bir çağda sosyal bilimlerin, toplumun önüne ham ve kaba hâliyle duran bir şeyi incelikli dilimlere ayırıp kavrayışı genişletme gayreti oldukça değerli ve işlevseldir.

Türkiye’nin bir “anayasa krizi” içinde olduğu söyleniyor. Buna peşinen doğru veya yanlış demek kolay değil ama açık olan şu ki bu söylem, Türkiye’ye özgü değil. Dünyanın farklı yerlerinde farklı otoriterleşme pratikleri yaşanıyor ve bunların hemen hepsi için bir “anayasa krizi” belirlemesi yapılıyor. Konuya buradan baktığımızda acaba deneyimlediğimiz şey küresel bir “anayasa krizi”nin Türkiye’nin payına düşen kısmı mı, yoksa burada gündelik siyasetin incelikli olmayan bir abartısıyla mı karşı karşıyayız?

Bu soruya yanıt vermek, “anayasa krizi” ifadesinden ne anladığımıza bağlı. Türkçe literatürde Ergun Özbudun’un “Türkiye’nin Anayasa Krizi”¹ eserindeki zımni kabulden ve bu kabulü sürdüren çevrelerin üretimlerinden² hareket edecek olursak, pekâlâ yeni anayasa arayışlarının çıkmaza girmesi dahi bir “anayasa krizi” olarak tanımlanabilir. Bu, daha 2000’li yılların başından veya daha önceki zamanlardan itibaren bir “anayasa krizi” ile karşı karşıyayız demek oluyor. Terminolojide böylesi geniş bir mercek kullanmak bir tercih meselesi. Fakat bu tercihin hem kavramın gücünü zayıflatılabileceğini akılda tutmalıyız. Zira bu konudaki literatüre baktığımızda “anayasa krizi”, çok daha tehlikeli bir aşamayı ifade ediyor. Dolayısıyla kavramın anlamını netleştirmeden bir sonuca varmak makul görünmüyor.

A. Anayasa Krizi

Anayasa krizinin (veya anayasal kriz) ne anlama geldiği konusunda özellikle İngilizce literatürde son yıllarda genişlemekte olan bir birikim var. Bu literatürden hareket edersek anayasa krizi, özetle “anayasanın merkezi

¹ Özbudun, Ergun: Türkiye’nin Anayasa Krizi, Ankara, 2009.

² Örn. SETA çevresinde bkz. Aslan, Ali: “Anayasa Krizi Nasıl Aşılacak?”, SETA, 02/01/2016. <http://setav.org/anayasa-krizi-nasil-asilacak/> (E.T. 15.02.2022).

ödevini yerine getirememesi” anlamına geliyor. Gerçi anayasanın ödevinin ne olduğu konusunda farklı görüşler ileri sürülebilir ama aşağı yukarı oydaşılın nokta, bunun “şiddete, iç savaşa veya bölünmeye neden olmadan anlaşmazlıkları olağan siyasetin ve kuralların içinde çözme olanaklarını insanlara sağlamak” olduğudur.³ Buna göre anayasa krizi, bunun başarısızlığa uğradığı yerde ortaya çıkar.⁴ Bu başarısızlık ise özellikle üç durumda söz konusu olur:⁵

(i) Yetkililerin (siyasetçiler veya askerlerin) Anayasa’ya itaat etmeyeceklerini ortaya koyduğu bir durumda.

(ii) Anayasa, ülkenin içinde bulunduğu bir felaketin siyasi aktörlerce çözümüne engel oluşturduğunda.

(iii) Çok sayıda öznenin Anayasa’ya uymayı reddettiği ve anlaşmazlıkların kaba kuvvet temelli olarak Anayasa dışı faktörlerle (ordunun seferber olduğu, silahlı sokak çatışmalarının yaşandığı) çözülmeye çalışıldığında.

Bu düzeye ulaşmayan Anayasa’ya aykırılıklar, pek çok kişi bu konudaki rahatsızlığını “anayasa krizi” ifadesiyle dışa vursa dahi konumlarını ve savlarını güçlendirmek amacıyla kullandıkları bir abartı sayılabilir. Şu hâlde “anayasa krizi” -literatürdeki anlamıyla- peşinden büyük olasılıkla büyük davaların geleceği veya köklü bir değişimin yaşanacağı ileri bir aşamayı ifade ediyor.

B. “Anayasal Zorlama”, “Anayasal Yozlaşma”, “Anayasal Çürüme”

Anayasa krizi kavramının ele alındığı bağlamlarda, bu konuda kalem oynatanların üzerinde durduğu iki kavram daha bulunuyor.

³ Anayasa’nın işlevleri konusunda özellikle Almanca literatürde 7 işlev sayılır. Bunlar, kurma işlevi, siyasal iktidarı örgütleme işlevi, iktidarı sınırlandırma işlevi, bütünleştirme işlevi, yönlendirme işlevi, istikrar kazandırma işlevi, meşrulaştırma işlevi biçimindedir. Bkz. *Morlok, Martin/ Lothar, Michael: Staatsorganisationsrecht*, 2020.

⁴ Rusya’da 1993’te parlamento ile başkan Boris Yeltsin arasındaki çekişmenin girdiği açmaz ve sonunda ordunun müdahalesi de anayasal kriz olarak ifade ediliyor. Olayların özeti için bkz. *Henderson, Hane: The Constitution of the Russian Federation: A Contextual Analysis*, 2011, s. 68 vd.

⁵ *Levinson, Sanford / Balkin, Jack M.: “Constitutional Crises”, University of Pennsylvania Law Review*, 157(3), 2019, s. 707-753; *Balkin, Jack M. : “Constitutional Crisis and Constitutional Rot”, Maryland Law Review*, Vol. 77(1), 2017, s. 147-160.

Bunlardan ilki profesörü Mark Tushnet'in ortaya attığı "anayasal zorlama" (*constitutional hardball*) kavramı.⁶ Tushnet bu kavramı, toplumsal ve siyasal olarak anayasanın teleolojik olarak açığa düşürüldüğü fakat kâğıt üzerinde anayasaya aykırılığın netçe söylenemediği sorunlu durumları nitelemek için kullanır. Kavram, hukukla siyasal tarihin arasında bir yerdeki gri alanlara özgüdür ve daha çok anayasal düzenin hakkaniyetli işlemesi için süregelen, yazılı olmayan anayasal uygulama veya teamüllere uyulmadığı durumlarda gündeme gelir. Siyasal öznelerin, anayasa hukuku kurallarının genel ve yoruma muhtaç kurallarından kaynaklanan boşlukları dolandığı veya bunları zorlayarak kendi yararlarına kimi kısa vadeli sonuçlar çıkaracak zorlamalara gittiği durumlar, böylesi örneklerdendir. Tushnet, ABD'de Başkan Barack Obama'nın görevinin son günlerinde Yüksek Mahkeme üyesi ataması yapmak istemesine karşılık Senato'nun toplanmayarak buna engel olmasını buna örnek gösterir.

Bu tür pratiklere net bir hukuksal karşı çıkış geliştirilemediği için anayasa, böylesi sert salvolar karşı kendini koruyamayabilir. Fakat bu durumlarda anayasa hâlâ yürürlükte, açıkça kuralları ortadan kaldırılmış değildir. Yaşanan şey, anayasal düzeni dolanmak, bu yolla Anayasa'nın prestijinin ve değerinin aşınmasına neden olmaktır. Buna karşı en çok "Anayasa'ya karşı hile yapıldığı" iddia edilebilir, ne var ki bunu kanıtlamak da kolay olmaz.

Bağlam anayasa krizi olduğunda bir de "anayasal çürüme" (*constitutional rot*) türetiminin üzerinde durmak gerekiyor. Bu türetme, anayasal bir düzenin olduğu demokratik cumhuriyetlerde, anayasa hükümlerinin uzun süreler (anayasa krizleri görelî kısa sürelidir) boyunca süregelen bozulmaları nitelemek için kullanılıyor.

Bu noktada kavram, yine hukukun ötesinde bir yere bakmamızı gerekli kılıyor. Şöyle ki demokratik anayasaların ayakta kalması, kanunlara itaatten fazlasına, yani hırsı ve iktidarları frenleyen ve denetleyen kurumların iyi çalışmasına bağlıdır. Bu kurumların iyi çalışmasını destekleyecek temel faktörse her yetkilinin kendisinin veya ahabının kişisel çıkarları için değil, kamu yararına çalışacağına dair kamuoyu güvenidir. Ayrıca siyasi aktörlerin de rakiplerine karşı "adil oyun" (*fair play*) içinde kalmaları önem taşır. Bu

⁶ Tushnet, Mark: "Constitutional Hardball", The John Marshall Law Review, 37(2), 2004, s. 521-553. Çeviri önerilerine açığım.

anlamını, siyasal yarışmada hileye dayanmamak, hatta en anlaşmazlık yaşanan durumda dahi bel altına vurmamak ve kısa vadeli hesaplar kadar hatta onlardan önce uzun vadeli kamusal yararı gözetmekle bulur. İşte anayasal çürüme, bu başlıklardaki sürekli aşınma ve bozulmanın sonucudur. Küçük bozulmaların sonu çürümeye varır. Jack Balkin’e göre:

“Anayasal çürüme meydana geldikçe sistem, hem daha az demokratik ve daha az cumhuriyetçi hâle gelir. Siyasal sistem daha az demokratiktir çünkü devletin gücü, halkın görüşüne ve iradesine daha az duyarlı hale gelir. Daha az cumhuriyetçidir çünkü temsilciler kendilerini artık kamu yararını desteklemeye adanmaz; bunun yerine, kendilerini iktidarda tutmaya ve nispeten küçük ama güçlü birey ve grubu memnun etmeye çalışırlar. Bu gerçekleştiğinde, cumhuriyetçi temsil projesi başarısızlığa uğrar. Sistem, hâlâ seçimlerin gerçekleşmesi anlamında resmî açıdan temsile dayansa da sonuç oligarşidir.”⁷

Aynı perspektiften; anayasal aşınmayı hızlandıran faktörler şöyle sıralanabilir:

(i) Hem iktidara hem de diğer yurttaşlara dönük güven kaybı.

(ii) Tutarlı bir politik programa dayanmayan ve gündelik yüzeysel polemiklerden beslenen aşırı kutuplaşmanın yurttaşlar arasında düşmanlık düzeyine ulaşması.

(iii) Derinleşen ve kronikleşen ekonomik eşitsizlikler.

(iv) Basiretsiz politikaların siyasal felakete dönüşmesi.

Bu faktörler anayasal çürümeye neden olur ve uzun vadede anayasal krizin habercisidir. Öyle ki her anayasal çürümenin aslında ağır çekim bir anayasal kriz anlamına geldiği de pekâlâ söylenebilir.⁸

Bu son belirleme, “bozulma” (*constitutional decay*), “erozyon” (*constitutional erosion*) “yozlaşma” (*constitutional degeneration*) gibi kavramlarla

⁷ Balkin, Jack M.: “Constitutional Crisis and Constitutional Rot”, Maryland Law Review, Vol. 77(1), 2017, s. 121.

⁸ Ibid., s. 156. Aslında bu yönüyle “anayasasızlaştırma” kavramı da bunu yansıtır gibidir. Kaboğlu, İbrahim Ö.: Anayasasızlaştırma ve Demokrasi Umudu, İstanbul, 2019.

da ifade edilen bir kategoriye de denk düşer.⁹ Burada ayrıntılarına girmek mümkün olmasa da kavramların ortak keseni “anayasal demokrasinin yapılarının ve özünün kademeli olarak bozulması süreci”ni anlatmalarındır.¹⁰ Bu çalışmalardan edindiğimiz izlenim, tek tek ele alındığında hukuken sorunsuz veya münferit bir sorun olarak görülebilecek adımların, ancak bütünsel olarak kavrandığında bir çıkar ağının otoriter ve kişisel amaçlarla inşa ettiği bir süreci ifade etmeleridir. Bu bağlamda otoriter iktidarlar, geçmişte aşınası olduğumuz ani hükûmet darbeleri veya karşı devrim süreçlerinden farklı olarak, milim milim tırtıklar ve otoriter rejimi alıştırma alıştırma inşa eder.¹¹

Şu hâlde bir kademelendirme yapmak gerekirse anayasal zorlamalarla başlayan “hukuksal” adımlar, iktidarın otoriter eğilimleriyle birlikte bir anayasal yozlaşma sürecinin önünü açıyor, bunun uzun sürmesi, nihayetinde bir anayasal krize neden oluyor.

Peki anlık olması beklenen bir krizin, süreklilik kazanması mümkün mü? İşte bu soru da bizi “hukuksuzluk devleti” kavramına ulaştırıyor.

C. Hukuksuzluk Devleti

Anayasa krizi kavramının öncülü olarak “anayasal zorlama” veya “anayasal çürüme” kavramlarından bahsettik. Oysa bir de bu krizin etrafını çevreleyen ve onu aşıp daha ileri seviyesini tanımlayan çok daha bağlamsal bir başka kavram daha var. Alman kültür çevresinden gelen bu kavram, “hukuksuzluk devleti”.

⁹ Kavramsal türetimler, zayıflama (*decline*), sapma (*backsliding*), geri çekilme (*recession*), kötüleşme (*retrogression*), çökme (*breakdown*) gibi yeni biçimlerle çeşitlenmedir. Bkz. *Graber, Mark A./ Levinson, Sanford/ Tushnet, Mark: Constitutional Democracy in Crisis*, 2018.

Spesifik ülke örneklerine yoğunlaşan monografik eserlerden bazıları için bkz. *Meyer, Emilio Peluso Neder: Constitutional Erosion in Brazil*, 2021; *Sadurski, Wojciech: Poland's Constitutional Breakdown*, 2019.

¹⁰ Söz konusu tanımlara dayanan bir projede bu ortaklık, anayasayı bir dişe, otoriterliği de bir şekerle benzetip bu temasın belli bir aşamada “çürüme” yaratacağı benzetmeyle yansıtılmıştır. Bkz. <https://www.democratic-decay.org/democratic-decay-as-the-organising-concept> (E.T. 15.02.2022).

¹¹ *Sadurski, Wojciech: “Constitutional Democracy in the Time of Elected Authoritarians”, International Journal of Constitutional Law, Vol. 18(2), 2020, s. 324–333.*

Kanımcı hukuksuzluk devleti, anlık ve geçici olduğu varsayılan anayasa krizinin bir tür sistemli hâle gelmesini anlatıyor.¹²

Kavramın çağrışımı açık. Hukuk devletine karşıtlık. Almanya’dan mülhem hukuk devletinin (*Rechtsstaat*) ne anlama geldiğini hatırlayalım. En kaba tanımıyla hukuk devleti, “bireylerin keyfilikten korunmaları ve kamu hizmetlerinin kamusal yarara uygun olarak yerine getirilmesi için idarenin; öngörülebilir, ulaşılabilir ve belirli nitelikteki kanunlara dayanıp onlara uygun olarak hareket ettiği ve bunun bağımsız mahkemelerce denetlendiği devlet”tir. Başlarda liberal ve muhafazakâr çevrelerin sahiplendiği bu ilke, “iktidara etkili kısıtlamaların dayatılması ve yurttaşların iktidarın her şeye karışma isteklerine karşı savunulması, bana kayıtsız şartsız her insan için iyi olan bir şey gibi görünüyor” diyen Marksist tarihçi E. P. Thompson’un da değindiği üzere, evrensel bir asgari eşiğe dönüşmüş bulunuyor.¹³

Hukuk devleti konusunda azımsanmayacak bir oydaşma var. Bu oydaşma, kavramın bir bariyer olmasından (başka bir deyişle ne olduğu kadar ne olmadığından) da kaynaklanıyor. Şöyle ki Almanca ve Türkçe yazında, hukuk devleti olmayan devletler için kullanılan “polis devleti”, “iktidar devleti”, “güç devleti”, keyfilik devleti” gibi devlet biçimlerine karşı bir bariyer olduğu kabul edilir.

Hukuk devleti fazlasıyla çığnenmiştir. Peki “hukuksuzluk devleti” ne anlama gelir? “Hukuksuzluk devleti” (*Unrechtsstaat*), hukuk devletlerinin henüz var olmadığı “premodern” devlet yapılarını (söz gelimi Göktürkler, Selçuklu Devleti vb.) veya modern zamanlarda sadece hukuk devletinin gereklerini karşılayamama durumunu imleyen “hukuk devleti olmama”dan (*Nicht-Rechtsstaat*) farklı bir anlamı çağrıştırır.¹⁴ Bir devletin “hukuk devleti” ol(a)maması onu “hukuksuzluk devleti” kılmaz. Tersten söylersek; bir “hukuksuzluk devleti”, “hukuk devleti” olamamaktan daha fazlasıdır. Reichensberger’in tanımını aktaracak olursak hukuksuzluk devleti, “huzur-

¹² Kemal Gözler, bu ifadeyi hukuka uymayan devlet gibi daha düşük bir seviyeyi anlatmak için kullanır görünüyor. 1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte Mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme (V.4), <https://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf> (E.T. 15.02.2022).

¹³ Bu çıkarımı Edward Palmer Thompson’un yapması dahi başlı başına bir tartışma başlatmıştır. Bu konuda bkz. *Tamanaha, Brian Z.*: Hukukun Üstünlüğü Tarih, Siyaset ve Teori, Çev. Ali Fahri Doğan, 2020.

¹⁴ Hukuksuzluk devleti kavramı, Almanya’da ilk kez Peter Reichensberger tarafından kullanıldığı söylenir.

suzluk çıkarıcıları kollamaya çalışan, hak sahiplerini tehdit eden, adaletsiz devlet”tir.

Almanya’da II. Dünya Savaşı’ndan sonra yaygınlaşan bu kavram, Nazi-ler iş başına gelmeden önce Adalet Bakanlığı da yapmış olan ve Nazizm’den sonraki süreçte yeniden görev üstlenen Gustav Radbruch tarafından da epey işlenmiştir. Radbruch’a göre 1930’ların sonunda ve 1940’ların başında Almanya’daki hukuka aykırılıklar o kadar ileri düzeye ulaşmıştır ki artık olan biteni “aykırılık” bağlamında da olsa “hukuk” kavramının denk düştüğü sınırlar içinde anlatabilmek mümkün değildir. Tam bir örgütlü hukuk düşmanlığı söz konusudur.

Bu dönemde “hukuksuzluk devleti” konulu literatür derinleşmiş, hatta yargısal süreçlerde de kullanılır olmuştur. Bu dönemi ele alan kamu hukukçularından David Johst, tanımı şöyle güncellemiştir:

“Hukuksuzluk devleti, yönetim faaliyetlerinde hukuksuzluğa hoşgörü gösteren fakat bunun ötesinde siyasi hedeflerine ulaşmak için insan haklarını kasten göz ardı eden veya buna temel oluşturan devlet.”

Bu türden bir yönetimde, adalet ve hakkaniyet kavramlarına içkin anlamıyla hukuk, sadece ayak bağı olarak görülmekle kalmaz, politik ve ekonomik hedeflere engel olduğu denli düşman sayılır hatta ona karşı yıkıcı bir tutuma girilir. Bu yapılırken “kanunlar” ve diğer hukuksal araçlar, gerektiğinde ters yüz edilir ve hukuk karşıtlığının aracına dönüştürülür. Hatta hukuksuzluk devletinde, bir bakıma “hukuk karşıtlığı” iktidardadır. Böyle bir durumda her reform, hangi biçime bürünürse bürünsün ve hangi söylemin arkasın saklanırsa saklansın, özünde adaletin değil, iktidarın bekası içindir.

D. Ara Değerlendirme

Şu hâlde şöyle toparlayabiliriz. Dönüşümlerin ani gerçekleşmediği pek çok durumda anayasal zorlamayla başlayan süreçler, kişisel iktidarın formel becerilerine bağlı olarak yaygınlık kazandığında ve toplumun örgütlü kesimi uyuşukluk gösterdiğinde anayasal yozlaşma ve anayasal çürümeye neden olur. Süreç uzadıkça bu yolun sonu ise anayasa krizine çıkar. Nihayet, anayasa krizinin derinleştiği yerde ise bir hukuksuzluk devleti aşamasına geçilir.

Bu süreci içindeyken kavrayabilmek, geniş kesimlerce hatta ilerici çevrelerce bile kolay olmayabilir. Zira bağlamsal ve spesifik kesitlere göre sorun sayılmayacak münferit anayasaya aykırılıkların veya formel olarak Anayasa’ya aykırı sayılmayacak durumların yarattığı aşınma, koşullar olgunlaştığında bir bütün olarak Anayasa’yı çökertebilmekte, en azından onun koşullarını sağlamaktadır.

Durum, bir bakıma “kaynayan kurbağa” anekdotundaki gibidir: Kurbağayı kaynayan suya attıklarında ve kurbağa aniden kaptan dışarı zıplar. Fakat aynı kurbağayı bir defa da soğuk suya koyup suyu yavaşça ısıttıklarında, kurbağa ısınmayı kavrayıp kaçamaz. Su kaynamaya başladığında ise artık “kriz” yaşanmaktadır ve kurbağa kaçacak mecal bulamaz. Kaynamanın sürmesi durumunda ise artık kurbağa hayatta değildir, yaşam “çökmüştür.”

Anayasal çürüme parametreleriyle bakarsak; öncelikle tam bir güven kaybı sarmalında olduğumuz açıktır. Türk Silahlı Kuvvetlerine (TSK) dönük Türkiye’ye özgü koşullardan kaynaklanan durum göz ardı edildiğinde nüfusun yarısından fazlasının güvenini alan hiçbir kurum bulunmamaktadır.¹⁵ Anayasa Mahkemesi de dahil olmak üzere yargıya güven oldukça düşükken adaletsizlik algısı epey yüksektir. Bu, yurttaşların Anayasa’yla, anayasal organlarla ve en çok da yargıyla bir bağ kuramadığını göstermektedir.

Buna karşılık Türkiye’de siyasi kutuplaşma olduğu konusundaki kanı %50’nin üzerindedir. Hatta nüfusun üçte ikiye yakını adeta “düşman” gördüğü başka bir partinin üyesiyle komşu olmaya, iş yapmaya, ailevi ilişkiler kurmaya karşıdır. Gittikçe büyüyen “yankı odaları”, ortak yurttaşlık bağlarını yıpratmaktadır. Bu bir “toplum sözleşmesi” koşullarının olmadığını da göstergesidir.

Ekonomik eşitsizlik bağlamında da durum oldukça kötüdür. Gelir ve Yaşam Koşulları Araştırması verilerini yayınlayan Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) verilerine göre gelir eşitsizliği son on bir yılın en kötü seviyesinde görünmektedir.¹⁶ Ekonomik Kalkınma ve İş Birliği Örgütü (OECD) verilerine göre de Türkiye geliştirmekte olan ülkeler arasında Şili ve Meksika’nın

¹⁵ Buradaki ve devam eden kısımdaki tüm veri kaynaklarını link kalabalığı olmaması için şurada topladım: <https://www.tolgasirin.com/> (E.T. 15.02.2022).

¹⁶ Gelir dağılımı eşitsizliği ölçütlerinden olan Gini katsayısı, sıfıra yaklaştıkça gelir dağılımında eşitliği, bire yaklaştıkça gelir dağılımında bozulmayı ifade etmektedir. TÜİK’in araştırmasına göre Gini katsayısı bir önceki yıla göre 0,015 puan artış ile 0,410 olarak tahmin edilmektedir.

ardından Gini katsayısı en kötü olan üçüncü ülkedir. Açlık sınırı, asgari ücretin üzerine çıkmıştır ve asgari ücret ve altında bir ücretle çalışan kişi sayısı toplam nüfusun %40'a yaklaşmıştır.¹⁷ Bu durum, olağan koşulların dışına çıkıldığını ve anayasal düzenin dışında arayışların meşrulaşabileceğinin açık göstergesidir.

Son olarak Türkiye açıkça bir savaş yaşamamışsa da yıllarca toplumun farklı kesimlerini dışlayan, liyakati değil partizanlığı ve cemaatçiliği esas alan patronaj ilişkisi 15 Temmuz 2016'da bir felaketle sonuçlanmıştır. İç politika-daki bu felaketi, dış politikadaki cihatçı açılımların yarattığı felaketler izlemiştir. 2015 yılının Haziran-Kasım ayları arasındaki ardı ardına gelen terör saldırıları ve birkaç yıl içinde milyonlarca göçmenin ülkeye girişi derin bir sorundur.¹⁸ Bunlar ülkenin siyasal felaket içinde olduğunun göstergesidir.

Dolayısıyla anayasal çürümeye dönük nesnel koşullar fazlasıyla bulunmaktadır. Fakat burada, makarayı geriye sarmak bu süreçleri önceleyen anayasal aşındırmalara değinmek gerekiyor.

Aşınma, bizzat Anayasa'nın sorunlu doğumuna kadar götürülebilir. Anayasa'nın eski Anayasa'yı ihlal eden kişilerce ilan edilmesi ve bunu yaparken de toplumun örgütlü dinamiklerinin büyük bir kısmını dışlaması, Anayasa ile Anayasa'yı sahiplenecek özneler arasında geniş bir açığı oluşturmuştu. Bu açığı, destekleyici bir hukuk kaynağı olarak öğretide "12 Eylül Anayasası"na karşı süreklileşen tepkisel tutumuyla ve farklı çevrelerden siyasetçilerin sürekli olarak Anayasa'yı (onlarca olumlu değişiklik geçirmesine rağmen) yerip ayak bağı olarak nitelemesiyle daha da açıldı.¹⁹ Dolayısıyla Anayasa, büyük kamuoyu rejiminde sahipsiz kaldı.

Hâl böyleyken bu misyon, büyük ölçüde Anayasa Mahkemesine kaldı. Anayasa Mahkemesinin kararlarına karşı üretilen (bilimsel yönden tartışmalı) savlar, Mahkemenin meşruluk temellerini oldukça zayıflattı. Bu bağlamda başlıca çıkış, büyük ölçüde Hirschl'in *Jüristokrasi* eserindeki tezlerden mühlhem bir yaklaşımla, Anayasa Mahkemesinin, Kemalist siya-

¹⁷ Türk-İş'in raporuna göre Türkiye'deki açlık sınırı 2 bin 865 TL'dir. Asgari ücret ise 2 bin 825 TL'dir. DİSK verilerine göre asgari ücretin +/-%20 ücret alan işçilerin sayısı 9,7 milyonu civarındadır. Bu bütün çalışanların %50'sine yakını demektir.

¹⁸ Bu süreçte sadece Suriye'den Türkiye'ye giren 4 milyona yakın göçmen vardır.

¹⁹ Tanör, Bülent: İki Anayasa, İstanbul, 2012. Öğretideki bu olumsuz belirlemeler, ironik biçimde AYM içtihatlarında özgürlüklerin sınırlandırılması amacıyla da kullanıldı.

sal elitlerinin çıkarlarını kollayan bir “vesayet organı” olduğuydu. Ampirik olarak doğrulanmayan²⁰ bu söylem, kamuoyunda kabul gördü. Dahası, resmî makamlardan gelen Mahkeme’nin kararlarına uyulmaması gerektiği yönündeki savlar²¹ -karara uyulsa bile- onun etki gücünü yıprattı. Anayasa Mahkemesinin kararlarına uyulamaması olasılığını bilim dışı alanda tedavüle sokup bu olasılığı normalleştirdi. Bu durum akademik alanda (i) ya Mahkeme’nin kapatılması veya bu yönde yargısal strateji önerileriyle²² ya da (ii) Mahkeme’nin dar bir formel inceleme organına dönüşmesi yönündeki savlarla pekişti. Bütün bu süreçte, kendi varlığını mevcut Anayasa’nın reddiyesi söylemiyle kuran “yeni anayasa” girişimlerinin başarısızlığı, daha iyisini getirmeden eskisinin kamusal meşruluğunun daha da yıpranmasına neden oldu. Dahası anayasa değişikliklerinin gündelik istenç ve kaprislere göre gündemleştirilmesi ve üstelik de bunların başarılı olması da buna tuz biber oldu.

Aslında bu süreç, Aydınlanma hareketinin “anlatı”larını ve onun (Anayasa ve Anayasa Mahkemesi gibi) modern kurumlarını, postmodern (sözde ilerici) söylemleri kullanarak yıpratın, onu yıpratırken bizi premodern (özde gerici) bir yozlaşmanın içine savuran siyasi hareketlerin makro düzeyde yaptığı şeyin (bilinçli veya bilinçsiz) spesifik bir kesitiydi.

Bu süreçte biçimsel olarak Anayasa’ya aykırı görünmeyen ama mad-di anlamda Anayasa’nın “ruhunu”²³ bedeninden söken bazı “anayasal zorlama”lar da gerçekleşti.²⁴ Bu zorlamalar “Anayasa’yı bir kez delmekle bir şey olmaz” diyen eski Cumhurbaşkanı Turgut Özal’ın pratiklerine kadar

²⁰ Bkz. Hazama, Yasashi: “Hegemonic Preservation or Horizontal Accountability: Constitutional Review in Turkey”, *International Political Science Review*, Vol. 33(4), 2011, s. 421-440.

²¹ Can, Osman: “Anayasa Yargısında Yokluk”, Serap Yazıcı / Kemal Gözler/ Fuat Keyman (Ed.): *Özbudun’a Armağan / Essays in Honor of Ergun Özbudun*, İstanbul, 2008, s. 175-215.

²² Kemal Gözler, Cumhurbaşkanının AYM üyesi atamaması gerektiğini, bunun tek başına yaptığı hukuki işlem niteliğinde olduğu için de herhangi bir sorumluluk söz konusu olmaksızın AYM’nin kapatılması gerektiğini önermiştir. *Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, 2000.

²³ Burada “ruh” teolojik ve metafizik anlamıyla değil, teleolojik öz anlamıyla kullanıldı.

²⁴ Kemal Gözler, “anayasasızlaştırma” kavramını Anayasa’ya aykırılıkları örnekendirerek açıklar. Burada bu çıkarımı, anayasaya biçimsel olarak (anayasaya uygunluk karinesi gereği) aykırı olmayan “anayasasızlaştırma” faktörleriyle de çözümleyerek ilerletmeye çalışıyorum. Bkz. *Gözler, 1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte Mi?*

götürülebilir.²⁵ Fakat çok geriye gitmeden, yakın zaman önceki bazı dikkat çekici örnekleri hatırlayalım.

Bu konudaki süregelen sorun Anayasa Mahkemesinin “ihmal yoluyla anayasaya aykırılık” kararı vermemesinden ötürü Anayasa’ya aykırılık belirlemesi yapılamayan kategoridir. Bu kategori, özellikle 1990’lı yıllardan itibaren OHAL KHK’lerinin süratle kanunlaştırılmaması ve dolayısıyla denetlenmemesiyle ilgilidir. Benzer durum, Anayasa değişikliklerinin gerektirdiği kanunların çıkarılmamasıyla da ilgili olarak tezahür etmektedir. Bu, özellikle 2016’dan sonra çıkarılan OHAL KHK’lerinin denetlenmeyerek “anayasa hükmünde kararname” hâline getirilmesine dolayısıyla “anayasa”nın ve mahkemesinin toplumsal meşruluğunun zayıflamasına neden olmuştur. Benzer durum, OHAL ilanının ve uzatma kararlarının veya sınır ötesi operasyon tezkerelerinin veya bu operasyonlarda TBMM’nin bilgisiz bırakılmasının denetlenmemesine kadar genişletilebilir. Bu denetimsizlik tarafsız olması beklenen Cumhurbaşkanının, taraflı davranması karşısında yargısal bir yolun bulunmaması, ardından da Anayasa’nın fiili duruma uyarlanmak istenmesiyle de baş göstermiştir.²⁶

Bu örneklerde durum formel olarak haklı çıkarılabilir fakat maddi olarak Anayasa’yı derinden zedelemiştir. Kamuoyuna yansıyan örneklerden devam edersek; 2013’te haklarında çok ağır suçlamalar bulunan (hatta bugün bir tanesinin aklanma için yargılama istediği) bakanların yargılanmamasının, Anayasa’nın bazı siyasi özneler karşısında etkisiz kaldığı görüntüsünü oluşturduğunu kaydetmek gerekir. Anılan süreçte gerçekleştirilen (Haziran 2015) milletvekili seçimlerinden sonra Cumhurbaşkanı’nın, CHP Genel Başkanı Kemal Kılıçdaroğlu’na hükûmeti kurma görevini vermemesi örneği de kayda değerdir. Bu örnek, Tushnet’in “anayasal zorlama” belirlemesini akla getirir. Anayasal uygulama, Cumhurbaşkanı’nın yasama organının çoğunluğuyla bir koalisyon kurma olasılığı olanağı bulunan ana muhalefet liderini hükûmet kurmakla görevlendirmesini gerektirse de bu konuda kural yoktur. Bu kural boşluğu istismar edilmiştir. Fakat istismar her zaman için muhalefete rağmen olmamıştır. Örneğin 2016 yılında CHP’nin “Anayasa’ya

²⁵ Söz konusu söylem, Anayasa’nın 133’üncü maddesinde (1993 değişikliği öncesinde) “Radyo ve televizyon istasyonları, ancak Devlet eli ile kurulur” hükmü varken oğlunun bir özel televizyon kanalı kurduğu Turgut Özal tarafından dile getirilmiştir.

²⁶ Aslında Anayasa hükümlerinin çoğunun yaptırımsız norm (“*lex imperfecta*”) kalmasının nedeni “organ ihtilafı” (*Organstreit*) benzeri bir tespit mekanizmasının dahi bulunmamasından ileri gelir.

aykırı ama destekleyeceğiz” diyerek parçası olduğu, yasama bağışıklığı güvencelerinin içini boşaltan geçici 20’nci madde bunu doğrulamaktadır.²⁷

Böylesi durumlarda mesele biraz da siyasal etik meselesi olmaktadır. Konu etiğe kaldığında da Anayasa, çoğu kez daha çaresizdir. Örneğin pek çok hükmün kamusal tartışmadan kaçırılmak amacıyla “torba kanunlara” sokulması veya kamuoyunca makul karşılanmayacak kimi atamalar, anayasal düzende etik açıdan haklı çıkarılamayacaksa da yapılabilecekler sınırlı kalmaktadır. Nitekim üç farklı AYM üyesinin atanma süreçleriyle ilgili çok sayıda etik tartışma yapılmışsa da bu atamalara karşı denetim yapılması güçtür. Burada konunun ne denli yargısal olacağı kuşkulu kalmıştır. Benzer sorun, mahkeme üyeliğinden emekli olan üyelerin emeklilik yıllarında yürütme bünyesindeki kimi önemli makamlara atanmalarıyla ilgili olmaktadır. Kamuoyunun benimsemediği en azından bir kısmının oldukça tartışmalı gördüğü bu süreçlerin Anayasa’ya aykırı olduğu formel olarak söylenemese bile bunların Anayasa’yı yıprattığını kabul etmek gerekmez mi?

Yanıtı belli olan bu soruyu başka bir soruyla ilerletelim: Acaba anayasal çürüme, anayasal kriz düzeyine ulaşmış bulunuyor mu? Balkin’in parametrelerine bakacak olursak bu noktada krizin iki bağlamda öne çıktığını söyleyebiliriz. Bunlardan ilki 15 Temmuz gecesi TSK’den bazı askerlerin Anayasa’yı askıya alma girişimi ve bu girişimden sonra yaşananlardır. Girişim, açıkça bir anayasasızlaştırma kalkışmasıdır. Fakat bu kalkışmaya karşı ilan edilen OHAL sürecindeki denetimsizlik ve “anayasa hükmünde kararname rejimi”, bir Cumhurbaşkanı’nın dilediği an OHAL ilan edip dilediği konuda kural koyup uygulatabileceği bir alanın olduğunu göstermiştir. Bu durum bir başkanın, Anayasa’nın bağlayıcı olmadığını düşündüğünde pekâlâ “Anayasa’ya itaat zorunluğundan” kabulünü beraberinde getirmiştir. Dahası, bu süreçlerdeki kimi eylem ve işlemlerden ötürü “hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluk” doğmayacağına ilişkin hüküm ve bu hükmün Anayasa’ya uygun sayılması²⁸ de yoruma bağlı olarak bir tür “istisna anayasa” yaratmış veya Anayasa’yı bağlamasal olarak itaati zorunlu olmayan bir norma dönüştürmüş gibidir.²⁹

²⁷ Örnekler Anayasa’ya göre gizli yapılması gereken anayasa değişikliklerinin güya gizli yapılması veya kanıtlanamayan “kararnameler için açığa imza” uygulamalarının gerçek olma olasılığıyla değerlendirilebilir.

²⁸ AYM, E. 2018/31, K. 2020/38, T. 16.07.2020.

²⁹ Buradaki “gibi” ifadesinin nedeni, Mahkemenin, bu düzenlemenin “cezasızlık” anlamına gelmediğine dönük tartışmalı yorumudur.

İkinci önemli bağlam ise Anayasa Mahkemesi kararlarına (dolayısıyla Anayasa hükmüne) direnilebileceğine dönük söylem ve bu söylemin siyasal destekle uygulanması pratiğidir.³⁰ Bu, bazı siyasilerin veya ona koşut olarak mahkemelerin Anayasa hükümlerine itaat etmeyebileceğini göstermiştir. Dolayısıyla bu durum da Türkiye’nin açıkça bir anayasa krizi içinde olduğunu gösterir gibidir.³¹

Anayasa krizinin bir hukuksuzluk devletine dönmesi ise krizin uzunluğuna ve yıkılanın yerine inşa edilecek olana bağlıdır. Bu bakımdan Türkiye’nin bir hukuksuzluk devleti olup olmadığı, anılan “gibi” kayıtlarının netleştirilmesine ve 2023 seçimlerinin sonuçlarına kadar -şimdilik- askıda tutulabilir.

Bu belirlemeyi havada bırakmayıp bir çıkarım yapmak anlamlı olur düşüncesindeyim. Anayasa’nın aşınması sadece Anayasa’ya aykırılıklarla değil aynı zamanda anayasal yozlaşma ile de gerçekleşir. Bu yozlaşmaya karşı duracak şey etik alanda olsa da bunun kurumlaşması da bir gerekliliktir. Bu gereklilik de bizi bildirinin ikinci kısmına “dördüncü erkler teorisi”ne ulaştırılmaktadır.

II. Çözüm Arayışı: “Yeni Dördüncü Erkler Teorisi”

Şimdi ikinci kısma geçelim. Sorum şudur: Acaba anayasanın ayakta kalması ve gerçekten demokratikleşmesi kısa vadede hangi yolla mümkün olabilir?

Bu soruya yanıt arayışı yeni değil, aksine kadim. Hatta “Anayasa nasıl korunacak?” sorusu anayasaların ortaya çıktığı ilk günden itibaren temel bir sorudur.

Batı dünyasında bu soruya Fransız, İngiliz ve Alman literatüründen gelen katkılar farklı farklıdır.

³⁰ Bu konuda bkz. *Şirin, Tolga*: “Anayasa Mahkemesinin Şahin Alpay Kararına İlişkin Değerlendirmeler”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 13, 2018, s. 245-267. Ayrıca bkz. *Şirin, Tolga*: “İnsan Hakları Mahkemesinin Selahattin Demirtaş Kararı Hakkında Notlar”, 22/11/2018. <https://www.tolgasinir.com/post/demirtas> (E.T. 15.02.2022). İHAM’ın etki gücünü azaltmaya dönük diğer teknikler konusunda bkz. *Petrov, Jan*: “The Populist Challenge to the European Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol 18(2), 2020, s. 476–508.

³¹ Buradaki “gibidir” kaydı da söz konusu kararların sonradan yerine getirilmiş olmasından ileri geliyor.

Antiklerden devralınan cumhuriyetçi mirasın verdiği yanıt, felsefe ağırlıklıdır: Yurttaş erdemi ile! Bu hesaba göre, anayasal değerlerin güvencesi olan medeni erdem veya (*inter alia*, Gençliğe Hitabe’nin ve Bursa Nutku ile “cumhuriyetçi”liğini ortaya koyan Mustafa Kemal Atatürk’ün ifadesiyle) “fazilet”, Cumhuriyet’in ve onun yurttaşlarının en önemli meziyetlerinden biri olmalıdır. Bu meziyet uyarınca Cumhuriyetçi değerlere bağlı yurttaşlar, her türlü yozlaşmaya karşı uyanık olmalı ve onu baltalayacak olanlara karşı harekete geçmelidir. Cumhuriyetçiler için bu harekete geçme biçimi önce hukuksal yollarla, hatta son kertede (ve icabında) güç yoluyla direnişe kadar varan direnme biçimleriyle mümkün olabilir ve meşrudur. Bu, Cumhuriyet’e adanmış yurttaşların “yurtsever” erdemlerinin bir gereği sayılır.

1961 Anayasası’nın hazırlanış sürecindeki tutumlarda ve nihayet Başlangıç kısmında bu perspektifin izleri vardır:

“Türkiye Cumhuriyeti Kurucu Meclisi tarafından hazırlanan bu Anayasa-yı kabul ve ilân ve onu, asıl teminatın vatandaşların gönüllerinde ve iradelerinde yer aldığı inancı ile, hürriyete, adâlete ve fazilete âşık evlâtlarının uyanık bekçiliğine emanet eder.”

Jürgen Habermas’ın “anayasal yurtseverlik” kavramıyla güncelleştirerek ve etnik öğelerden arındırarak yeniden canlandırmaya çalıştığı bu cumhuriyetçi gelenek, dikkate değer olsa da, köprünün altından çok sular geçtiğini kaydetmek gerekiyor.³² Antiklerdeki küçük cumhuriyetler veya Jean Jacques Rousseau’nun “Cumhuriyetçi anayasa projeleri” için odaklandığı türden küçük nüfuslu devletler, hiç olmadığı kadar büyüdü.³³ Hele ki küreselleşme süreciyle birlikte devasa nüfuslar ve sınırlar çok daha iç içe geçmiş ve etik kabuller veya müzakere, oydaşma ve tartışmaya dayalı karar alma süreçleri çok daha karmaşık hâle geldi. Bundan daha önemlisi, kapitalizmin her türlü ilişki biçimine sirayet eden kültürel hegemonyası her alanı ticarileştirdi. Böylesi bir bağlamda yurttaşlık erdemlerinin yeşerme olasılığını -özellikle internet teknolojilerindeki değişimler ve onun potansiyelleri dikkate alındığında imkânsız kılmasa da- güçleştirdi. Dolayısıyla örgütlü toplum³⁴ ve onun getirdi-

³² Habermas’ın “anayasal yurtseverlik” savı için Türkçede bkz. Müller, Jan-Werner: *Anayasal Yurtseverlik*, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, İstanbul, 2012.

³³ Daly, Eoin: *Rousseau’s Constitutionalism Austerity and Republican Freedom*, 2019.

³⁴ Hatta sosyalist perspektiften bir pencere açarak açıkça sınıf mücadelesi de diyebiliriz.

ği kültür, hâlâ temel teminatlardan biri olsa da³⁵, Cumhuriyetçi erdemlerin -kurumsal destekler olmadan- kısa vadede anayasal teminat sağlayacağını hâlâ söyleyemiyoruz.³⁶

Bu nedenle, Anayasa'nın nasıl korunacağı sorusuna yanıt ararken kurumsal mekanizmalara yoğunlaşmamız gerekiyor.

Bu yoğunlaşmada öne çıkan ilk öneri, Kıta Avrupası'nda (John Locke ve ondan daha çok Montesquieu'nün biçim verdiği) "erkler ayrılığı" kuramı ve bunu modern Anglo-Amerikan yorumunu anlatan "frenler ve dengeler sistemi" (*checks and balances*) oldu. Madison'un *Federalist Yazılar*'da özlü biçimde ortaya koyduğu bu mantığa göre hırsın panzehiri karşı-hırsıdır.³⁷ Her erk ve o erkin üyeleri, diğerlerinin pahasına büyümeye çalışır ve büyüyene devlet, potansiyel olarak bireysel hakları ihlal eder. Her erkin, çıkarın ve hırsın sınırı bir diğeridir. Bu nedenle çıkar gruplarının çoğulculuğu çatışmanın dinamizmiyle anayasal düzene süreklilik kazandırabilirdi. Bu hesaba göre federalizm, temel haklar, erkler ayrılığına dayalı tasarımların tamamı merkezileştirilememiş farklı çıkar gruplarının değişken ittifaklar ve stratejilere yönelecek ve bunun da özgürlük lehine gelişecekti.³⁸ Fakat işler öyle yürümedi. Federalistlerin "fitnecilik" olarak gördüğü siyasi partilerin baskınlığı bu dengeyi bozdu.

Siyasi partilerin farklı erkleri kapsama ve aynı zamanda çıkar gruplarını kendi içinde belli bir disiplin çerçevesinde eritme nitelikleri bu hesabı alt üst etti.³⁹ Siyasi partiler çağında yasamayı ve yürütmeyi, hatta merkez ve yereli

³⁵ Acemoğlu ve Robinson, çok ses getiren kitaplarında tartışmayı bu noktada toparlar. Bkz. *Acemoğlu Daron/Robinson, James A.*: Dar Koridor, Çev.Yüksel Taşkın, İstanbul, 2020.

³⁶ Cumhuriyetçilerin medeni erdem için eğitime verdikleri merkezi önem de bir kurumsal örgütlenme gerekliliğidir.

³⁷ *Hamilton, Alexander/ Madison, James/ Jay, John*: *Federalist Yazılar*, Çev. Tolga Şirin/Umut Orcan, İstanbul, 2021.

³⁸ Karma yönetimin bu mantığını antiklere kadar götürebiliriz. O kadar gitmek istemezsek Machiavelli'nin şu sözleri dahi yeterli sayılabilir: "Bana öyle geliyor ki halk ile soylular arasındaki çekişmeleri suçlayanlar, Roma'nın özgür kalmasını sağlayan ilk neden hakkında hatalıdır ve bu çekişenlerin iyi etkilerini düşünmekten çok, kavgı ve gürültüye bunların neden olduğunu düşünmektedirler; her cumhuriyette halk ve zenginlerden oluşan iki karşıt hizip olduğunu, özgürlükten yana yapılan tüm yasaların, onların uyumsuzluklarından çıktığını düşünmüyorlar." *Machiavelli, Niccolò*: *Titus Livius'un İlk On Kitabı Üzerine Söylevler*, Çev. Alev Tolga, İstanbul, 2017, s. 38.

³⁹ Mark Tushnet, parti içi hiziplerin de bir fren ve denge olabileceğine, Peru'daki Fujimorist çekişmelere atıfla dikkat çeker. *Tushnet, Mark*: *The New Fourth Branch*, s. 13 vd.

neredeyse aynılaştıran bu gelişme karşısında Anayasa’yı bekleyecek partiler üstü özne arayışı baş gösterdi. Bunun bir “devlet başkanı” olabileceğini ileri süren bir damar⁴⁰ ile mahkemeler olabileceğini söyleyen bir damar⁴¹ arasındaki çekişmede üstünlük önce ilkindeyken, XX. yüzyılın ikinci yarısında ikincisi baskınlaştı. Bu Kelsenciliğin yükselişiydi. Kelsen’e göre bu işi mahkemeler yapmalıydı ama olağan mahkemelerin son tahlilde siyasal nitelik taşıyan konularda merkezi karar verici hâline gelmesi hem siyasetin hem de hukukun aleyhine olurdu. Çünkü teknik hukukun ötesinde işlev görececek bir mahkeme siyasallaşacak, siyasetin aşırı hukuksallaşması da demokratik katılım konusunda gerilimlere neden olabilecekti. Bu nedenle Kelsen, meslekten hukukçulara nazaran daha politik ama gündelik siyasetin içinde olmayan ve farklı erkler ve öznelerden kişilerin katılımıyla oluşacak bir komisyonun seçtiği uzmanlardan oluşan merkezileşmiş anayasa mahkemelerini önerdi.

İşte dünyanın farklı yerlerinde kabul gören ve zaman içinde yaygınlaşan bu öneri kimilerince “dördüncü erk” olarak tanımlandı. Bunun nedeni, yargısal işlev göremeyip negatif anlamda yasama etkinliği de gösteren, hatta mekanizmalara bağlı olarak idari sonular doğuran eylem ve işlemlerde bulunan bu yapıların kendine özgü niteliğiydi. Gelgelelim geçtiğimiz yüzyılın özellikle son çeyreği gösterdi ki bu yapıların da anayasanın bekçisi olma işlevinin bir sınırı vardı ve hemen her ülkede pek de başarılı olamadılar.

Bu başarısızlığın nedeni kimilerine göre anayasa mahkemelerin “siyasi partiler” çağından kendilerini kurtaramamasıydı. Matt Stephenson, Tom Ginsburg ve Türkiye’de daha çok yankı uyandıran⁴² Ran Hirschl’in yaklaşımlarına katılacak olursak, söz konusu mahkemelerin başarısızlığının nedeni, belli (ve hegemonik olarak güçlü) siyasi partilerce, kendi uzun vadeli beklenti ve çıkarlarını güvence altına almak için kurulmuş olmalarıydı. Bu mahkemeler, onları kuranların sigortası oldukları için anayasal dinamizme yanıt üretmiyor ve çatıştıkça aşınıyordu.

⁴⁰ Schmitt, Carl: Hüter der Verfassung, 2016.

⁴¹ Kelsen, Hans: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, 2019.

⁴² Türkiye’de Hirschl’in jüristokrasi savı Ergun Özbudun’un tanıtımıyla yaygınlaştı. Bkz. Özbudun, Ergun: “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62(3), 2007, s. 258-268. Hirschl, Ran: Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism, 2007.

İşte bu uğrakta yeni arayışlar ortaya çıktı. Bu uğraş erkler ayrılığı teorisinin gözden geçirilmesini önerdi.

A. Literatürde

Erkler ayrılığının ve anayasa yargısının yetersizliklere karşı, literatürde özellikle 1980’li yılların ikinci yarısından itibaren yeni arayışlar baş gösterdi. Bu alanda çok sayıda eser bulunsa da beş tanesi özellikle dikkat çekicidir.⁴³ Bunlardan ilki Harvard Üniversitesi’nin politika felsefecisi Roberto Mangabeira Unger’in *Yanlış Gereklilik* kitabı oldu. Unger o kitapta erkler ayrılığı teorisinin bir tür amentü gibi algılanmasını eleştirdiği gibi bunun statik bir kurumlaşmaya yol açtığı için tehlikeli olduğunu ileri sürer. Unger’e göre erklerin sayısında sınırlamaya gitmek yerine, mercek değiştirerek, çoğaltmaya kapı aralamak gerekir. İletişime, bilgiye ve uzmanlığa erişimi olanaklı kılacak yolları genişletecek türden yeni araçlara şans tanınmalı ve her türden dönüştürücü pratiğe şans tanıyacak bir “istikrarsızlaştırma erki” benimsenmelidir.⁴⁴ Bir ütopyacı olarak Unger, kitabında nasıl bir öneri getirdiğini spesifik olarak somutlamasa da her türlü kurumda hatta özel tüzel kişilerde kemikleşmeye karşı mekanizmaların gerekliliğine vurgu yaptı. Yargı erkinin idari pratikleri hatta siyasa değişikliklerine neden olan çıkarımları (örn. siyahların eğitim hakkı, eşcinsellerin evlenme hakkı vb.) bu türden bir istikrarsızlaştırma örneği sayılabilir.

İkinci önemli köşe taşı Bruce Ackerman’ın *Yeni Erkler Ayrılığı* eseridir.⁴⁵ Yale Üniversitesi’nin anayasa hukukçusu Ackerman, bu eserde, Unger’e nazaran hukukçulara özgü bir temkinlilikle yeni erk üretiminde çok açılmadan, meseleyi “yolsuzluk” sorununa odaklanarak ele alır. Yazara göre klasik erkler ayrılığı kuramına, özellikle idari bürokrasinin gündelik ilişkilerdeki yozlaşma ve yolsuzluklarını tasfiye etmeye yönelen, yüksek maaşlara veya hizmet sonrası istihdamlara yoğunlaşan bir de “dürüstlük erki” eklenmelidir.

Bir diğer dikkate değer eser Frank Vibert’in *Seçilmemişlerin Yükselişi, Demokrasi ve Yeni Erkler Ayrılığı* kitabıdır. Bu eserde meseleye kamu yöneti-

⁴³ Tushnet, Mark: The New Fourth Branch Institutions for Protecting Constitutional Democracy, 2021.

⁴⁴ Unger, Robert Mangabeira: False Necessity, 1987.

⁴⁵ Ackerman, Bruce: New Separation of Powers, 2005.

mi perspektifinden bakan yazar, yeni erkleri sistemli biçimde ileri sürmekten ziyade, artık bildiğimiz erkler ayrılığı teorisinin, değişen teknolojiler ve teknik uzmanlığın artan önemi karşısında geçerliliğini sorgular.⁴⁶ Son olarak, Martin Loughlin’in, Türkçeye yakın zaman önce değerli kamu hukukçusu meslektaşlarımızca titizlikle çevrilen *Kamu Hukukunun Temelleri* eserinde ileri sürülüyor. LSE’deki kamu hukuku derslerini veren Loughlin de konuya benzer bir odakla yaklaşmakla birlikte tarihsel bir perspektif katıyor. Modern kamu hukukunda, Sparta’daki eforlara (her yıl dönemlik olarak seçilen, aylık olarak kralın emirlerine -kralın da kanunlara uyacağına ant içmesi kaydıyla- ant içen üst düzey barış yargıçlarına) benzer statülerin oluştuğuna dikkat çeken yazar, “devlet işlerinin nasıl yürüdüğünü sürekli gözlemleyen” ve “gerektiği yerde soruşturma yapma hakkına sahip olan” bu öznelere ayrı bir erk olarak kavranması gerektiğini ileri sürer.⁴⁷

Bu konudaki son önemli eser, karşılaştırmalı anayasa hukuku çalışmalarıyla ve sol kanat analizleriyle öne çıkan Harvard Üniversitesi’nin emeritus profesörü Mark Tushnet’in “Yeni Dördüncü Dal” eseri oldu. Bu alandaki literatürü analiz eden ve konuyu sistematize etmeye çalışan yazar, yolsuzluk komisyonları bağlamında Brezilya ve Güney Afrika Cumhuriyeti (GAC) örneklerini, seçim komisyonları bağlamında ABD ve Güney Kore örneklerini karşılaştırarak ve hesap denetimi konusunda Kanada ve Hindistan örneklerine odaklanarak ampirik çıktılar sunmaya yöneliyor. Tushnet’in dördüncü erk kabulü, GAC Anayasası’ndan mülhem “demokrasiyi destekleyen kurumlar” eksenindedir.

Tushnet bu kurumların varlığını, her şeyden önce ele aldıkları sorunun meslekten gelmeyen anayasa mahkemesi yargıçlarını dahi aşacak denli spesifik bir uzmanlığı gerektirmesinden ötürü desteklemektedir. Yazar ayrıca her biri genel siyasetin üzerinde çok büyük etkiler doğuracak sorunları karara bağlama işinin sadece Anayasa Mahkemesinin üzerinde bırakılmasının yoğun bir basınç anlamına geldiği bu nedenle eş kurumların varlığının biraz olsun paylaşım anlamına geleceğini savlar. Bu hem bağımsızlığı güçlendirecek hem de siyasallaşma marjını azaltabilecektir. Buna karşılık Tushnet, bu kurumların klasik erkler arasında gerilime ve yetki tartışmalarına kapı

⁴⁶ Vibert, Frank: *The Rise of the Unelected: Democracy and the New Separation of Powers*, 2007.

⁴⁷ Loughlin, Martin: *Kamu Hukukunun Temelleri*, Çev. Dilşad Çiğdem Sever/Kıvılcım Turan, Ankara, 2018.

aralayabileceğini akılda tutar. Ayrıca bu kurulların yeni aktörler olarak aşırı bağımsız olmasının hesap verebilirlik marjını azaltabileceği ve geleneksel dengeleri (uzman oldukları konuda aşırı hassas olmalarından da ötürü) gereksiz yere bozabileceğine de dikkat çeker.⁴⁸

B. Anayasalarda

Dördüncü erk kavramı, kimi zaman bu erki anayasa yargısından ayırmak amacıyla “beşinci erk” olarak da ifade edilir. Dahası, bu kategorinin yargısal alandan çok işlevsel olarak yürütmeye benzer işlevlerinin ağır basıyor olması da onun ayrı bir erk olarak tanımlanmasına neden olur. Bu erklerle ilişkin farklılık, gerçek anlamda kural koyma, kural uygulama ve denetleme gibi etkinlikler göstermemeleri; eğer ille de yürütmeye ilişkilendirilebilecek bir etkinlikleri varsa da bunun siyasal baskıdan arınması gerekliliğidir. Bu yönüyle dördüncü veya beşinci erkler anayasayı, yürütme içinde ama siyasal etkilerden bağımsız olarak koruyan kurumların oluşturduğu bir kategoriye ifade eder. Duruma göre bağımsız idari otoriteleri de kapsayan ama onları da aşan bu gruplar bünyesindeki kurumların ve işlevlerin sayısı sınırlı tutulmaz.

Örneğin John Ackerman’ın bir çalışmasına göre bu türden bağımsız kurumların sayısı, kimi anayasalarda bir düzineye yaklaşmaktadır.⁴⁹ İlginçtir, bu örnekler “Küresel Güney” (Global South) ülkelerinde yoğunlaşır. Bu ülkeler de (i) iç dinamikleriyle ama çatışmasız dönüşüm geçiren (Filipinler, Macaristan, Şili, Yunanistan), (ii) savaş sonrası dış güçlerin etkisiyle dönüşüm geçiren (Afganistan, Ruanda, Irak, Sırbistan ve Somali) ve (iii) görece eski bir anayasal geleneği olan ve sol kanat aktörlerin etkisiyle köklü değişikliklerin yaşanageldiği (Ekvador, Güney Afrika, Peru, Venezuela) ülkeler olmasıdır.

Gereken bağımsızlığı sağlamaları koşuluyla Kamu Başdenetçiliği, halk savcılığı, ulusal insan hakları kurulları gibi insan hakları lehine iş gören

⁴⁸ Yazar, monografisinde yolsuzluk komisyonları bağlamında Brezilya ve GAC örneklerinde kimi figürlerin bu kurumları siyasi hesaplarının parçası kılmalarını ve bu bakımdan siyasal sorunlara nasıl neden olduklarını ayrıntılı biçimde anlatır. Daha özet bilgi için bkz. *Tushnet, Mark: Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, 2014.

⁴⁹ GAC ve Somali (12), Irak (11), Venezuela, Ruanda ve Nijerya (10), Peru ve Ekvador (7), Svaziland ve Butan (6), Afganistan, Filipinler, Macaristan, Mozambik, Meksika, Malavi, Sırbistan, Uganda (5), Şili ve Yunanistan (4) bu ülkelerdendir. *Ackerman, John M.: “Understanding Independent Accountability”, Comparative Administrative Law*, s. 272.

kurumlar; münhasıran çevreyi korumak konusunda bilimsel, istişari hatta bazı koşullarda yargısal etkinlik gösteren konseyler, kural koyma, uygulama ve denetleme gibi işlevleri belli bir marj içinde bünyesinde toplayan seçim kurulları, mali denetim organları ve hatta merkez bankaları bu kategorilerin içine eklenmektedir.

Bu kurumlar dağınık biçimde ele alınabileceği, gerçekten bağımsızlıktan yoksun olabileceği gibi bazen ayrı bir başlık altında ele alınabilmekte hatta erklerin çokluğu anayasal olarak ifade edilebilmektedir.

Bu bağlamda 2008 tarihli Ekvador Anayasası, özellikle dikkat çekicidir. Liberal kabullerden⁵⁰ ve bu çerçevede klasik erkler ayrılığı kuramından köklü biçimde bilinçli bir kopuşu ortaya koyma niyetiyle kaleme alınan bu Anayasa’da, erkler üçlü değil, altılı biçimde düzenlenmiştir. Anayasa’nın “Katılım ve İktidarın Örgütlenmesi” başlıklı dördüncü kısmında, klasik üç erkin yanı sıra “yerli adaleti”, “şeffaflık ve toplumsal denetim” ve “seçim” biçiminde üç erk daha yer almaktadır.⁵¹ Anayasa bunlardan ayrı olarak bir de Anayasa Mahkemesi ile *Procurador General* ve *Fiscal General* gibi kendine özgü kurum ve makamlar getirmiştir.

Bunlardan “Şeffaflık ve Toplumsal Denetim” erkinin organı özellikle yolsuzlukla, yozlaşmayla mücadele ve yurttaş katılımının sağlaması anlamında “radikal demokrasi” arayışı açısından dikkat çekicidir.⁵² Yedi asıl ve yedi yedek üyeden oluşan bir Konsey, demokratik kitle örgütleri ve yurttaşların önerdiği adayların rekabetçi ve liyakate dayalı kamusal sınav süreçleriyle belirlenmesi, ayrıca Seçim Kurulu’nca yürütülecek bu süreçlerde yurttaş gözetiminin ve itirazların esas olması öngörülmüştür.

1999 tarihli Bolivarçı Venezuela Anayasası’nda da klasik erklerden ayrı olarak “seçim” ve “yurttaş” erkleri bulunur. Yurttaş erkinin, *ombudsman* olarak da bilinen “halk müdafii”, denetçi, bir tür başsavcı işlevi gören *Fiscal General* gibi öğelerden oluştuğu kabul edilmekte ve bunların hepsinin bir-

⁵⁰ Doğanın hak öznesi olması konusunda bkz. Şirin, Tolga: “Gelecek Kuşaklardan Doğanın Haklarına: Bolivya ve Ekvador Anayasaları”, Fevzi Özlüer/Aykut Çoban (ed.), Doğa ve Kent Hakları İçin Siyasal Stratejiler, 2016.

⁵¹ Moscoso, Andrés Martínez: “A New Concept of the Separation of Powers. The Fifth Power: Transparency and Citizen Participation. A New Proposal of New Latin American Constitutionalism the Case of Ecuador”, Transparency and Integrity: Good Government and Democracy, Vol. 7, 2014, s. 3-5.

⁵² Konsey’in yetkileri md. 208’de düzenlenmiştir.

den yönetimini “Cumhuriyetçi Etik Konseyi” yapmaktadır. Konseyin temel işlevi, *inter alia*, iktidarın, yozlaşma ve yolsuzluk biçiminde tezahür eden kötüye kullanımlarına karşı halk adına “uyanık bekçilik” görevini yerine getirmektir. Kamusal ve idari etikle uyumlu olmayan eylemleri önlemek, soruşturmak ve cezalandırmakla görevli olan Konsey, Devletin tüm idari faaliyetlerinde kamu mallarının kullanımında sağlıklı yönetim ve hukuka uygunluk ilkesinin yerine getirilmesini ve uygulanmasını sağlamak ve eğitimin, dayanışma, özgürlük, demokrasi, emek ve toplumsal sorumluluk gibi değerlerle bezenmiş bir yurttaş yetiştirmeye yönelik bir eğitimi geliştirmek gibi ödevlerle donatılmıştır. Bu bakımdan raporlama, inceleme ve insan haklarına saygı ve medeni erdemlere uygun yurttaşlık eğitimi konularındaki yetkileri önem taşır. Anayasa, Konsey’in yurttaşlık erki içindeki her organdan, toplumun farklı kesimlerinden katılımın gözeterek belirleyeceği üçer adaydan oluşturmasını ve Ulusal Meclis’in bu listeden seçim yapmasını öngörmüştür. İlginç olan ise bu seçimin otuz gün yapılamaması durumunda seçimin halk tarafından yapılmasının kurala bağlanmasıdır.

Bu düzeyde olmasa da bu türden kurumları özel olarak kategorize eden ve yeni erkleri zımnen tanıyan örnekler de vardır. GAC Anayasası’nda erklerin sayısına dair belirleme yapılmasa da bu bildirinin konusunu oluşturan kurumların hepsi birden aynı madde altında “anayasal demokrasiyi destekleyen kurumlar” (md. 181-194) biçiminde nitelenmiştir.⁵³ GAC İnsan Hakları Komisyonu; Kültürel, Dini ve Dilsel Toplulukların Haklarının Teşviki ve Korunması Komisyonu; Genel Denetçi; Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Komisyonu ve Seçim Komisyonu gibi isimler alan bu kurumlar özgün bir kategoriye oluşturur.

Anayasa’da bu erke ilişkin seçimlerde, toplumsal cinsiyet ve ırksal çeşitliliği yansıtılması ve %60 nisap kuralı gibi uzlaşmayı zorlayıcı hükümlere yer verilmiş olması dikkat çeker.

Bu çerçevede halkın uzun vadeli çıkarlarının gözetilmesi için para politikası, mali denetimler istatistiksel çalışmalar yapan kurumların iktidar baskısından korunmasında özel bir hassasiyet ön plana çıkar. Bu hassasiyetin yargısal olarak belirlendiği örnekler de vardır.⁵⁴

⁵³ Klug, Heinz: The Constitution of South Africa: A Contextual Analysis, 2010, s. 212 vd.

⁵⁴ İlginçtir, Meksika Anayasası da bu kurumların hepsini birden, ayrı bir erk içinde değil ama bağımsızlık vurgusuyla düzenler. Meksika Anayasa Mahkemesi de bu bağımsız kurumların işlevini özel olarak ele almıştır.

C. Uygulamada

Bu kuram, kâğıt üzerinde oldukça etkili olsa da uygulamada ne iyi ne de kötü olarak tanımlanabilecek bir nötrallik içinde görünüyor. Fakat oldukça yeni ve etkililiği konusunda değerlendirme yapmak için henüz erken sayabileceğimiz bu teorik açılımın dikkate değer öğelerini aktarmak anlamlı olabilir. Bu bağlamda en uygun örnek, Cumhuriyetçi geleneğin “erdem” vurgusuna kurumsal olarak en çok yaklaşan “yolsuzluk komisyonları” olabilir.

Burada bir es verip şu notu düşmek gerekiyor sanıyorum. Yolsuzluk, artan sayıda ülke anayasalarında açık yolsuzlukla mücadele hükümlerine yer veriliyor. Bu yaklaşımın ilk örneklerinden bazıları Filipinler, Tayland, Singapur, Kenya ve Pakistan’dır.⁵⁵ Bununla birlikte, 2010’ların ortalarından bu yana, bu eğilim önemli ölçüde hızlanmış görünüyor.

Yolsuzluğu ortadan kaldırmak gerektiğini Anayasa’nın başlangıç kısmında vurgulayan (örn. 2018 Çad, 2018 Komorlar) bunu devletin ödevi kılan (Ekvador 2008, 1999 Nijerya 2019 Sudan anayasaları) veya açıkça yolsuzluk karşıtı anayasa hükümler getiren (1991 Burkina Faso, 2015 Dominik Cumhuriyeti, 2016 Fildişi Sahilleri, 1996 Gambiya, 1917 Meksika, 2014 Mısır, 2015 Nepal, 2010 Nijer, 1975 Papua Yeni Gine, 1963 Singapur, 1995 Uganda, 1991 Zambiya anayasalar vardır. Bundan başka, yolsuzluğa açıkça gönderme yapmasa da genel olarak tüm yurttaşlara dürüst davranma yükümlülüğü yüklemek (2008 Butan, 2009 Bolivya, 2010 Madagaskar anayasaları) gibi dolaylı ifadelere yer vermek de bu konudaki hassasiyete vurgu amaçlı bir yöntemdir. Türkiye’nin de dahil olduğu çok sayıda ülkede “bilgi edinme hakkı”nın da aslında özü itibarıyla bu yolsuzluğa karşı şeffaf devlet amacına dönük olduğu açıktır. Fiji, Ekvador ve İzlanda’da olduğu gibi bilgi uçuran (*whistleblower*) kişilerin korumasını anayasal düzeye taşımak veya kara para aklamaya karşı özel mekanizmalara yer vermek de (Nijerya ve Tayland anayasaları) mümkündür.

Bu tür örnekler içinde özellikle önem taşıyan ve Türkiye açısından dikkate değer örnek ise GAC bağlamında ortaya çıkmıştır. Güney Afrika örneği önemlidir çünkü bu ülkede eski ırkçı rejimden yeni rejime geçişte anayasal demokrasiyi destekleyecek bağımsız kurumlara bir işlev yüklenmiştir. BM 2020 Sürdürülebilir Kalkınma Hedeflerine dönük başlıkları dikkate alarak

⁵⁵ Chêne, Marie: “Anti-Corruption Clauses in Constitutions”, Transparency International, 2013.

tasarlanmış gibi görünen bu kurumlar ilham verici olmanın yanı sıra çok önemli bir karara da temel oluşturmuştur.

Güney Afrika'da ırkçı rejim (*Apartheid*) sonrasında hâkim parti görünümündeki Afrika Ulusal Kongresi (ANC), Nelson Mandela'nın ölümünden sonra ikiye bölünmüş ve hizipler arası çatışmalar aynı zamanda bazı yolsuzluk tartışmalarını gündeme getirmişti. Ülkede normal şartlarda Adalet Bakanlığına bağlı soruşturma makamları olsa da 1999'da Özel Operasyon Başkanlığı ("Akrepler" diye bilinen) isimli bir birim kurulmuştu.⁵⁶ Bu birim, özellikle askeri modernizasyon süreçlerinde bazı yetkililerle ilgili rüşvet iddialarına karşı etkinlik gösterdi. Bu etkinlik, hiziplerden birinin⁵⁷ de aleyhine çalıştı. Bu gelişme sonrasında söz konusu birimin ortadan kaldırılması ve yetkilerinin Adalet Bakanı bünyesindeki ("Şahinler" diye bilinen) olağan soruşturma birimine aktarılması konusunda bir değişikliğe gidildi. Bu değişiklik, Anayasa Mahkemesinin önüne taşındığında ise Mahkemenin verdiği iptal kararı, konumuz açısından oldukça önemliydi.⁵⁸ Zira konu yolsuzlukları soruşturan komisyonların bağımsızlığıydı.

Birincisi; Mahkeme, bu kararda her ne kadar yolsuzluk komisyonu Anayasa'da açıkça düzenlemese de onu "Demokrasi Kurumları" ile ilişkilendirdi, bağımsız bir soruşturma komisyonunun kurulmasının anayasal bir zorunluluk olduğu sonucuna ulaştı. Mahkemeye göre yasa, bu kurumların açıkça altını oymaktadır.

İkincisi; Mahkeme, üst düzey soruşturma yürütecek birimlerin, sadece yapılarının değil aynı zamanda "operasyonel özerkliği"nin de incelenmesi gerektiğini söyledi. Bu bağlamda sadece fiili bağımsızlığın değil, en az onun kadar önemli olan şeyin bağımsızlık görüntüsü olduğunu vurguladı. Bu büyük olasılıkla Mahkeme'nin, söz konusu değişikliğe dair kamuoyunda oluşan siyasi müdahale algısına bir yanıtı.

Üçüncüsü; yapısal olarak bağımsızlığı zedeleyen iki kusur belirlendi. Öncelikle, bu soruşturmalarda görev alacak polislerin, görevden alınması, yer değişikliği veya kıdemlerinde gerileme olması gibi siyasi baskılara karşı

⁵⁶ Bu birimin kurulmasına öncülük eden eski Başkan Thabo Mvuyelwa Mbeki idi.

⁵⁷ Bu hareketin başında, eski Başkan Jacob Zuma yer alıyordu.

⁵⁸ Glenister v. President of the Republic of South Africa and Others (CCT 48/10), [2011] ZACC 6; 2011(3) SA 347 (CC); 2011 (7) BCLR 651 (CC).

özel olarak korunmalarını sağlayacak hiçbir hüküm yoktu. Öte yandan, birim müdürünün bir daha atanma olanağı, yeniden atanmak isteyen müdürü siyasilerin eğilimlerine bağımlı kılma riski taşıyordu.

Dördüncüsü; söz konusu birimin çalışmaları “kabine komitesi” tarafından koordine etme biçimi da sorunlu bulundu. Çünkü bu, söz konusu birimi kimi siyasilere dokunacak “hassas” konularda pasifize etme veya tersten siyasal taciz amacıyla kullanma olasılıklarını arttırıyordu. Mahkeme, bu birimlerin parlamenter denetime tabi olması gerektiğini kabul etmekle birlikte mevcut denetimin fazlasıyla müdahaleye açık olduğunu söyledi.⁵⁹

Bu bağlamda GAC örneğindeki bir diğer ilginç karar, “demokrasiyi destekleyen kurumlar” içinde sayılan “*Public Protector*” (Kamu Koruyucusu) tarafından yayımlanan bir kararla ilgilidir. Güney Afrika Yayın Kurumu’nun başkanlığını yapan kişinin idari kusurlarıyla ilgili bu raporla ilgili kararda Mahkeme, Kelsen’in Anayasa Mahkemelerine ilişkin terminolojisinden esinlenerek bu kurumu “bekçilerin bekçisi” olarak ifade etmiştir. Büyük ölçüde ombudsman gibi işlev gören bu kurumun rapor ve kararlarının bağlayıcılığı konusuna odaklanan Mahkeme, bunların mutlak bağlayıcı olmamakla birlikte “dikkate alınması zorunlu” nitelik taşıdığını vurgulamıştır. Bu türden raporların ve tavsiyelerin makul bir gerekçe sunmaksızın dikkate alınmamasını kurumun demokrasiyi destekleme biçimindeki anayasal ödevinin açığa düşeceğini söylemiştir.⁶⁰

Bu yaklaşımı geliştiren bir diğer adım ise GAC Anayasa Mahkemesinin 2016 yılında verdiği bir karardır. Karar, Başkan Zula’nın, hakkındaki yolsuzluk iddialarından ötürü istifa etmesinden bir süre sonra yayımlanan bir raporla ilgilidir. Kamu Koruyucusu’nun raporuna dayanan Mahkeme, başkanın yolsuzluğa konu parayı iade etmekle yükümlü olduğu sonucuna ulaştı. Mahkeme, bu kararında söz konusu kurumun raporunu kararının gerekçesinde referans olarak kullanmakla kalmayıp Kamu Koruyucusu’nun çözüm önerilerinin⁶¹ isteğe bağlı olmadığını, aksi bir düşüncenin bu kurumu etkisiz

⁵⁹ Bu karar, bir oy farkla verilmişti, dolayısıyla yasama organının kozmetik değişiklikler yapmasından sonra takip edilemedi. Mahkeme bir bakıma içtihadından döndü. *Tushnet, The New Fourth Branch*, s. 113.

⁶⁰ *South African Broadcasting Corp. v. Democratic Alliance*, 2015 (4) All SA 719 (SCA).

⁶¹ Bu konuda bir sınırlama yoktur ve alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemlerini de içerdiği için gerekçenin bağlayıcılığı konusunu gündeme getirir.

ve anlamsız hâle getireceğini söyledi. Bu bakımdan karar, Yüksek Mahkemenin yaklaşımını anayasa yargısı düzeyinde teyit etmiş oldu. Mahkemenin bu kararında, “Devlet işlerinde veya hükümetin herhangi bir alanındaki kamu idaresinde, uygunsuz olduğu iddia edilen veya bundan şüphelenilen veya herhangi bir uygunsuzluğa veya önyargıya neden olan herhangi bir davranışı araştırmak, bu davranış hakkında rapor vermek ve uygun düzeltici önlemi almak” yetkisine sahip Kamu Koruyucusu’nun tarafsız olması gerektiğini ve özellikle de siyasal iktidarla ilgili etkinliklerinde yetkilerini korkusuz veya lütuf gerektirmeden kullanması gerektiği ve diğer hükümet aktörlerinin kamu koruyucusuna yardım etme görevi olduğunu söylemesi ayrıca önemliydi.⁶²

SONUÇ

Her cumhuriyet yozlaşır, her devlet çöker. Anayasalar da bu gerçekten ayrı bir yerde durmaz. Bununla birlikte bunu geciktirmek mümkündür. Cumhuriyetçi bir perspektiften Anayasa’nın teminatı cumhuriyetçi erdem olabilir. Bu erdeme, kamusal eğitimle yurttaş bilincine erişmiş, örgütlü toplumla (kamuoyu rejimi) erişilebilir. Toplumun örgütlü, dinç ve uyanık güçleri yaygınlaştığı denli anayasal değerler vücut bulur.⁶³ Fakat bunun gerçekleşmesi salt ulusal eğitimle sağlanamaz. Birer demokrasi hücresi olarak siyasal katılım araçları, diğer pek çok şeyin yanı sıra eylemli eğitim kanalları sağlar. Bu kanalların kurumlaşması ve aynı zamanda yerleşik hâle gelmiş siyasal erklerden ayrı bir güç olarak varlık göstermesi önemli bir çıkış noktası sağlayabilir.

İşte dördüncü erkler teorisi, bir bakıma bu siyasal katılım ile anayasayı destekleyen bağımsız kurumlaşmayı sağlayacak türden bir arayışın ürünüdür. Bu arayış, diğer pek çok şeyin yanı sıra Anayasa Mahkemesi gibi kendisine anayasanın bekçiliği işlevi yüklenen bir kurumun siyasal basınç ve gerilimden kaynaklanan yükünü ve kararlarının sonuçlarından kaynaklanan sorumluluğunu başkaca kurumlarla da paylaşmasına neden olur. Dahası Anayasa Mahkemesinin düştüğü yerde onu ikame edici bir işlev de görür.

Böyle bakınca dördüncü erkler, sadece kâğıt üzerinde hem oluşum hem de işlev itibarıyla oldukça olumlu bir görüntü sunar. Ne var ki uygu-

⁶² *Economic Freedom Fighters v. Speaker of the National Assembly*, 2016(3) SA 580 (CC).

Md. 181 genel olarak, md. 182 ise özel olarak bu çerçeveyi ortaya koyar.

⁶³ Bu konuda bkz. *Soysal, Mümtaz*: Dinamik Anayasa Anlayışı, Ankara, 1969.

lama her zaman için farklıdır. Burada uygulamanın politik tezahürlerinin üstünde durmadık ama şu riski de sezgisel olarak kaydetmeliyiz: Yeni bir kurum, çoğu kez diğer kurumlarca sıcak karşılanmaz. Belli bir konuda, çok sayıda yetkiyle donatılmış yeni bir kurumun kendisini kamuoyuna ispatlamak için “aşırı” etkinlik göstermesi, geleneksel kalıpları hızla bozacağı için mevcut statükonun direnci ve tepkisiyle karşılaşabilir. Bu direnç eğer hırsın hırsla dengelenmesi gibi sürecin önünü açıyor veya kamusal desteği sağlamak için farklı organlarda yeni açılımlara ve olumlu yönde bir rekabete kapı aralıyorsa anayasal amaçlar lehinedir. Ne var ki bu kurumların yüksek siyasete etki etmeye dönük potansiyelleri, bunları çeşitli bürokratlar için elverişli bir yükselme basamağı, siyasal özneler için ise önemli bir manipülasyon aracına dönüştürebilir. Bu manipülasyon, (i) siyasi öznelerin kendi yapamadıklarını bağımsızlık-tarafsızlık görüntüsüne bürünerek operasyonel etkinlikleri yoluyla olabileceği gibi, (ii) bu tür kurumları işlevsiz “arpalık” organlarına dönüştürerek de gerçekleştirebilir. Bu her iki durumda kurumlar varlık nedeniyle çelişecek ve yozlaşmayı pekiştirecektir.

Söz konusu riskleri veya olumlu olasılıkları akılda tutmalıyız. Bununla birlikte uygulamada bunlardan hangisinin karşılık bulacağının toplumsal ve siyasal güçlere ve ülkedeki bilinç düzeyi ve dönüşüm beklentisine bağlı olduğunu da bilmeliyiz. Bu politik değişkenleri bir tarafa bıraktığımızda, söz konusu normatif belirlemelerin hukuksal yönden (ideal anlamda) olumlu olduğu açıktır.

KAYNAKÇA

- Acemoğlu, Daron/James A. Robinson*: Dar Koridor, Çev. Yüksel Taşkın, İstanbul, 2020.
- Ackerman, Bruce*: New Separation of Powers, 2005.
- Ackerman, John M.*: “Understanding Independent Accountability”, Comparative Administrative Law.
- Aslan, Ali*: “Anayasa Krizi Nasıl Aşılacak?”, SETA, 02/01/2016. <http://setav.org/anayasa-krizi-nasil-asilacak/> (E.T. 15.02.2022).
- Balkin, Jack M.*: “Constitutional Crisis and Constitutional Rot”, Maryland Law Review, Vol. 77(1), 2017.
- Can, Osman*: “Anayasa Yargısında Yokluk”, Serap Yazıcı/Kemal Gözler/Fuat Keyman (Ed.), Özbudun’a Armağan / Essays in Honor of Ergun Özbudun, İstanbul, 2008.
- Chêne, Marie*: “Anti-Corruption Clauses in Constitutions”, Transparency International, 2013.
- Daly, Eoin*: Rousseau’s Constitutionalism Austerity and Republican Freedom, 2019.
- Gözler, Kemal*: 1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte Mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme (V.4), <https://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf> (E.T. 15.02.2022).
- Gözler, Kemal*: Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000.
- Graber, Mark A./ Levinson, Sanford / Tushnet, Mark*: Constitutional Democracy in Crisis, 2018.
- Hamilton, Alexander/ Madison, James/ Jay, John*: Federalist Yazılar, Çev. Tolga Şirin ve Umut Orcan, İstanbul, 2021.
- Hazama, Yasashi*: “Hegemonic Preservation or Horizontal Accountability: Constitutional Review in Turkey”, International Political Science Review, Vol. 33(4), 2011.
- Henderson, Hane*: The Constitution of the Russian Federation: A Contextual Analysis, 2011.
- Hirschl, Ran*: Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism, 2007.
- Kaboğlu, İbrahim Ö.*: Anayasasızlaştırma ve Demokrasi Umudu, İstanbul, 2019.
- Kelsen, Hans*: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, 2019.

- Klug, Heinz: *The Constitution of South Africa: A Contextual Analysis*, 2010.
- Levinson, Sanford/ Balkin, Jack M.: “Constitutional Crises”, *University of Pennsylvania Law Review*, 157(3), 2019.
- Loughlin, Martin: *Kamu Hukukunun Temelleri*, Çev. Dilşad Çiğdem Sever/Kıvılcım Turan, Ankara, 2018.
- Machiavelli, Nicollò: *Titus Livius’un İlk On Kitabı Üzerine Söylevler*, Çev. Alev Tolga, İstanbul, 2017.
- Meyer, Emilio Peluso Neder: *Constitutional Erosion in Brazil*, 2021.
- Morlok, Martin/Lothar Michael: *Staatsorganisationsrecht*, 2020.
- Moscoso, Andrés Martínez: “A New Concept of the Separation of Powers. The Fifth Power: Transparency and Citizen Participation. A New Proposal of New Latin American Constitutionalism the Case of Ecuador”, *Transparency and Integrity: Good Government and Democracy*, Vol. 7, 2014.
- Müller, Jan-Werner: *Anayasal Yurtseverlik*, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, İstanbul, 2012.
- Özbudun, Ergun: “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 62(3), 2007.
- Özbudun, Ergun: *Türkiye’nin Anayasa Krizi*, Ankara, 2009.
- Petrov, Jan: “The Populist Challenge to the European Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol 18(2), 2020.
- Sadurski, Wojciech, “Constitutional Democracy in the Time of Elected Authoritarians”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 18(2), 2020.
- Sadurski, Wojciech: *Poland’s Constitutional Breakdown*, 2019.
- Schmitt, Carl: *Hüter der Verfassung*, 2016.
- Shakespeare, William: *Hamlet*, Çev. Sabahattin Eyüboğlu, İstanbul, 2020.
- Soysal, Mümtaz: *Dinamik Anayasa Anlayışı*, Ankara, 1969.
- Şirin, Tolga: “Anayasa Mahkemesinin Şahin Alpay Kararına İlişkin Değerlendirmeler”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Vol. 7(13), (2018).

- Şirin, Tolga: “Gelecek Kuşaklardan Doğanın Haklarına: Bolivya ve Ekvador Anayasaları”, Fevzi Özlüer ve Aykut Çoban (ed.), *Doğa ve Kent Hakları İçin Siyasal Stratejiler*, 2016.
- Şirin, Tolga: “İnsan Hakları Mahkemesinin Selahattin Demirtaş Kararı Hakkında Notlar”, 22/11/2018. <https://www.tolgasirin.com/post/demirtas> (E.T. 15.02.2022).
- Tamanaha, Brian Z.: *Hukukun Üstünlüğü Tarih, Siyaset ve Teori*, Çev.Ali Fahri Doğan, İstanbul, 2020.
- Tanör, Bülent: *İki Anayasa*, İstanbul, 2012.
- Tushnet, Mark: *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, 2014.
- Tushnet, Mark: “Constitutional Hardball”, *The John Marshall Law Review*, 37(2), 2004.
- Tushnet, Mark: *The New Fourth Branch Institutions for Protecting Constitutional Democracy*, 2021.
- Unger, Robert Mangabeira: *False Necessity*, 1987.
- Vibert, Frank: *The Rise of the Unelected: Democracy and the New Separation of Powers*, 2007.