

bařkan'dan

Sevgili Meslektařlarım,

Dergimizin bu sayısında öncelikle Ekim-Kasım/2012 tarihlerinde yapılan Baro seçimleri sonucu yeni seçilen, yeniden seçilen Baro Başkanlarımızı, Yönetim, Disiplin ve Denetleme Kurulu Üyelerimizi kutluyor, kendilerine başarılar diliyorum.

Dergimizin bu sayısında son günlerde ülkemiz gündemine taşınarak tartışmaya açılan "kuvvetler ayrılığı ilkesine, üzerinde çalışılan yen anayasa taslağında yer verilmemesi" yönündeki görüş ve öneriler hakkındaki düşüncelerimi sizlerle paylaşmak istiyorum.

Hepimizin çok iyi bildiği üzere Avrupa'da mutlakiyetçi yönetimlerin gerilemesi ile birlikte, devlet gücünün dizginlenmesi ve denetlenmesi konusunda yararlanılabilecek teknikleri arama çabaları sonucunda doğan ve modernizmin ürünü olan anayasa kavramının özü; devletin temel örgütlenmesinden daha çok devlet iktidarının kurallara bağlanması, birey hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla siyasi iktidarın sınırlandırılması ve bu suretle bir yandan birey hak ve özgürlükleri yönünden en büyük tehdit ve tehlike olan güç/iktidar temerküzünün, yani gücün/ iktidarın bir kişinin, bir kurulun, bir meclisin veya bir partinin elinde toplanmasının önüne geçilmesi, diğer yandan siyasal alanda keyfiliğin önlenmesi düşüncesine dayanır.

Aristo'dan, siyasi sistemlerle ilgili görüşünü normatif yargılardan hareketle geliştiren Locke'a ve yine siyasal sistemlere yönelik önerilerini tamamen deneysel bulgulara dayandıran Montesquieu'a kadar uzanan oldukça uzun bir tarihsel kesit içinde; anayasal devleti kurumlaştırma yolundaki arayışlara bağlı olarak gelişen, 1776 yılında kabul edilmekle dünyanın ilk yazılı anayasaları olan Virginia,

Maryland ve Pennsylvania Anayasaları'nı izleyen 1787 tarihli Amerikan Bildirisi'nin 16.maddesinde yer alan 'hakları ve kuvvetler ayrılığını güvence altına almamış bir toplumun anayasası yoktur' ifadesi ile güçlenen "kuvvetler ayrılığı" ilkesi, siyasal iktidarın kullanımının paylaşılmasının bir aracı olarak modern anayasacılığın da temelini oluşturur.

Yine Amerikan Anayasası'nı izleyen 1791 tarihli ilk *Fransız Anayasası*'nı hazırlayanların anayasa kavramından anladıkları da, krallığın iktidarını sınırlayan hukuki ve siyasi bir metindir. Nitekim iktidar temerküzünün önüne geçilebilmesinin ve bu amaçla iktidarın sınırlandırılmasının bir aracı olarak Fransız Anayasası'ndan önce hazırlanan 1789 *Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi*'nin 16.maddesi '*Hakların güvence altına alınmasını sağlamayan, kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsemeyen toplumlar, asla bir anayasaya sahip değildirlir*' hükmünü ortaya koymuştur.

Aynı şekilde Amerikalı siyaset bilimci ve hukukçu M.J.C. Vile "Constitutionalism and Separation of Powers/Anayasacılık ve Kuvvetler Ayrılığı" isimli eserinde: "Kuvvetler ayrılığı öğretisi, yüzyıllar boyunca özgür toplumların kurumsal yapılarını, özgür olmayan toplumların kurumsal yapılarından ayırt etmeye yarayan yegane anayasal kuram olmuştur" demek suretiyle, kuvvetler ayrılığı ilkesinin anayasal önemi ve değeri ile siyasal özgürlüğe olan katkısına vurgu yapmaktadır.

Diğer taraftan özü itibarıyla bir siyasi ve hukuki değerler ile hedefler dizisi olan anayasal demokrasi, anayasacılık kurumunu işlevsel kılan ve onun ayrılmaz parçasını oluşturan kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince yasama, yürütme ve yargı erklerinin hiç birisi bir diğerinin üstünde değildir.

Bu bağlamda, "seçilmişlerin atanmışlara üstünlükleri" ilkesi üzerine kurulu olan klasik demokrasi anlayışının aksine, anayasal demokrasilerde, başta yasama, yürütme ve yargı olmak üzere anayasal ve kamusal yetki kullanan her organ, kendisine verilmiş olan yetkiyi, başta anayasa olmak üzere yasalara, hukukun üstün ve evrensel kurallarına bağlı olarak kullanabilir.

Anayasal demokrasilerde, kuvvetler ayrılığı ilkesini ayakta tutacak ve bu ilkenin etkili biçimde işlenmesini sağlayacak ve her türlü iktidar gücü üzerinde iç ve dış denetimler oluşturmak suretiyle hak ve özgürlükleri koruyacak olan en etkili mekanizma, Amerikalıların "check and balance" diye isimlendirdikleri "denetleme ve dengeleme" sistemidir.

Her türlü güç/iktidar kötüye kullanılabilir. Kullanılmıştır da. Ama dünya siyasi tarihi bize göstermiştir ki, en çok kötüye kullanılan güç "yürütme iktidarı"dır. Zira yürütme gücü subjektif olmakla, hemen her yerde ve bütün zamanlarda keyfi kullanılmış, birey hak ve özgürlükleri konusunda en büyük tehdit ve tehlike hep siyasi iktidarlardan gelmiştir. Bu tehlikenin önüne geçecek en önemli araç anayasayı bir fren mekanizması olan "denetleme ve dengeleme" ilkesi üzerine inşa etmektir.

Bizim anayasal sistemimizde olduğu gibi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin özgün biçiminin değil de, onun yumuşatılmış, sulandırılmış biçimi olan "kuvvetlerin işbirliği" ilkesinin işlevsel kılındığı ülkelerde, yasama çoğunluğunu elinde bulunduran yürütme erkinin yasama organına da hükmettiği düşünüldüğünde, mevcut kuvvetler içinde denetleme ve dengeleme işlevini yerine getirecek, bu bağlamda birey hak ve özgürlüklerini/insan haklarını güvence altına alacak ve koruyacak olan kuvvet, yargı erkidir. Bu gücün de bir başka tehlike olan "judiocracy"ye, yani "yargıçlar yönetimine" dönüşmemesi ve kendi sınırları içinde kalması gerekir.

Arz ettim!

Saygılarımla.

Av. V. Ahsen Coşar
Türkiye Barolar Birliği Başkanı